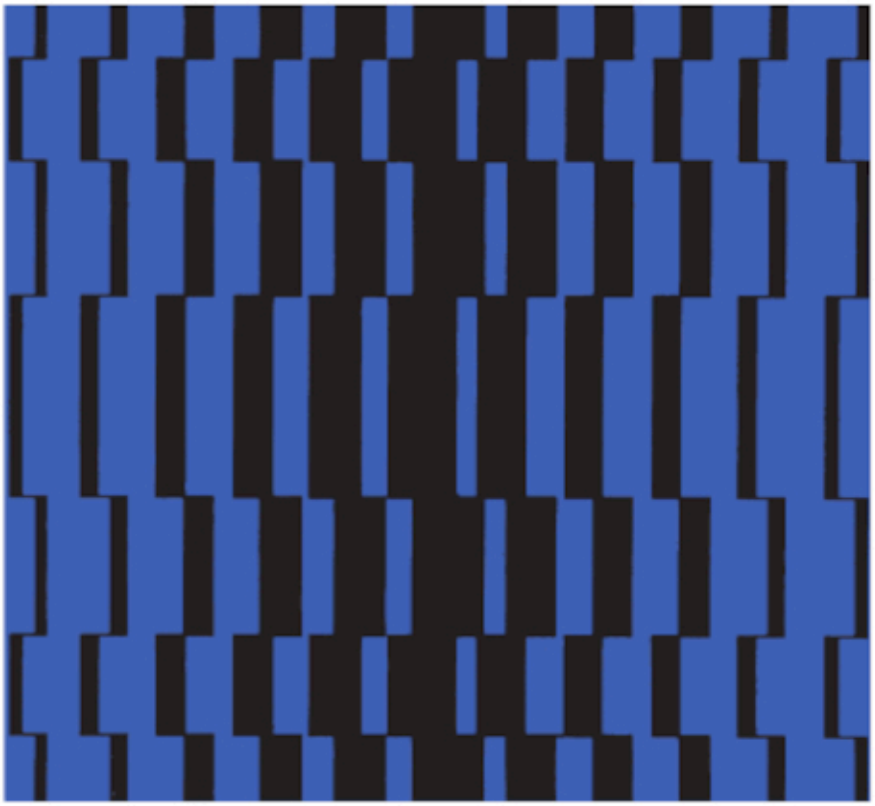
Beleidsbepaling en aansprakelijkheid

Een drieluik over de feitelijke beheersing van vennootschappen



Mr. J.E. van Nuland

SERIE VANWEGE HET VAN DER HEIJDEN INSTITUUT

Wolters Kluwer

Deel 170

BELEIDSBEPALING EN AANSPRAKELIJKHEID

Een drieluik over de feitelijke beheersing van vennootschappen

Wolters Kluwer

Deventer – 2021

SERIE VANWEGE HET
VAN DER HEIJDEN INSTITUUT TE NIJMEGEN
ONDER REDACTIE VAN
PROF. MR. G. VAN SOLINGE
PROF. MR. M. VAN OLFFEN
PROF. MR. M.P. NIEUWE WEME
PROF. MR. C.D.J. BULTEN
PROF. MR. J.B.S. HIJINK

DEEL 170

Verkorte citeerwijze: Van Nuland, *Beleidsbepaling en aansprakelijkheid (VDHI nr. 170)* 2021/[paragraafnummer].
Volledige citeerwijze: J.E. van Nuland, *Beleidsbepaling en aansprakelijkheid* (Serie Van der Heijden Instituut nr. 170), Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Omslagontwerp: Bert Arts bNO

ISBN 978 90 13 16230 1
NUR 827-715

© 2021, Wolters Kluwer Nederland BV, J.E. van Nuland

Onze klantenservice kunt u bereiken via: www.wolterskluwer.nl/klantenservice

Auteur(s) en uitgever houden zich aanbevolen voor inhoudelijke opmerkingen en suggesties. Deze kunt u sturen naar: boeken-NL@wolterskluwer.com.

Alle rechten in deze uitgave zijn voorbehouden aan Wolters Kluwer Nederland B.V. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Wolters Kluwer Nederland BV.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht (www.reprorecht.nl).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en Wolters Kluwer Nederland BV geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Op alle aanbiedingen en overeenkomsten van Wolters Kluwer Nederland BV zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Wolters Kluwer Nederland BV. U kunt deze raadplegen via: www.wolterskluwer.nl/algemene-voorwaarden.

Indien Wolters Kluwer Nederland BV persoonsgegevens verkrijgt, is daarop het privacybeleid van Wolters Kluwer Nederland BV van toepassing. Dit is raadpleegbaar via www.wolterskluwer.nl/privacycookies.

Zie inhoud van deze uitgave ook op:
www.wolterskluwer.nl/navigator
NAVIGATOR

FSC
www.fsc.org
MIX
Papier van verantwoorde herkomst
FSC® C004472

BELEIDSBEPALING EN AANSPRAKELIJKHEID

Een drieluik over de feitelijke beheersing van vennootschappen

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor aan de Universiteit Maastricht,
op gezag van de Rector Magnificus, Prof. dr. Rianne M. Letschert
volgens het besluit van het College van Decanen,
in het openbaar te verdedigen
op maandag 21 september 2020 om 13:00 uur

door

Jeffrey Elisabeth van Nuland

Promotores
Prof. dr. C.A. Schwarz
Prof. dr. J.J.A. Hamers

Beoordelingscommissie
Prof. dr. M. Olaerts (voorzitter)
Prof. dr. M.A. Verbrugh (Erasmus University Rotterdam)
Prof. dr. G. van Solinge (Radboud Universiteit)
Prof. dr. B. Kemp
Dr. S.F.G. Rammeloo

Dit proefschrift is mede mogelijk gemaakt door Boels Zanders Advocaten.

VOORWOORD

Op 21 september 2020 promoveerde mr. Jeffrey van Nuland aan de Universiteit Maastricht op zijn onderzoek naar de aansprakelijkheid voor feitelijke beheersing van vennootschappen. Zijn promotores waren prof. dr. C.A. Schwarz en prof. dr. J.J.A. Hamers.

In zijn proefschrift wordt binnen drie met elkaar verband houdende thema's onderzocht in hoeverre bestuursmacht kan worden verworven zonder formele benoeming en op welke wijze(n) dat leidt tot aansprakelijkheid. De centrale thema's zijn de aansprakelijkheid van (mede)beleidsbepalers en commanditaire vennoten, alsmede in concernverhoudingen. Het toegenomen gebruik van vennootschappen en het bestaan van steeds meer groepsverhoudingen vestigen de aandacht op (de gevolgen van) beperkte aansprakelijkheid. Het slechts aanknopen bij formele posities binnen de vennootschap is niet meer van deze tijd. De aansprakelijkheid voor beleidsbepaling is evenwel nog in ontwikkeling.

Het onderzoek is verricht vanuit drie perspectieven. Van Nuland behandelt eerst de aansprakelijkheid op grond van wettelijke bepalingen die voorzien in een gelijkstelling van feitelijk bestuurders met formele bestuurders en onderscheidt knelpunten in de betreffende regelingen. Hij toont zich daarnaast een tegenstander van bestuurdersaansprakelijkheid voor beleidsbepalers die niet op een wettelijke gelijkstelling is gebaseerd. Doorbraak van aansprakelijkheid vormt het tweede perspectief. Binnen dit kader wordt een lans gebroken voor het leerstuk van vereenzelviging en gaat Van Nuland in op de aansprakelijkheid in concernverhoudingen die is gebaseerd op een schending van zorgplichten. De beleidsbepalende elementen van deze aansprakelijkheidsvormen worden daarbij uitgelicht. Ten slotte wordt de huidige en (mogelijk) toekomstige aansprakelijkheid van commanditaire vennoten tegen het licht gehouden en bezien in welke mate de commandiet aan het bestuur van de vennootschap kan deelnemen.

Het proefschrift omvat 9 hoofdstukken. Na een algemene inleiding op het onderzoek, bespreekt de auteur in hoofdstuk 2 waarom een vennootschap behoefte heeft aan een organisatie, alsook de verhouding tussen beleidsbepaling en aansprakelijkheid. Het derde hoofdstuk is gericht op een nadere duiding van het besturen van vennootschappen en de autonomie van het bestuur. In de hoofdstukken 4 tot en met 6 komen

de drie centrale thema's aan bod. Het inhoudelijk deel van dit proefschrift wordt afgerond met een conclusie in het zevende hoofdstuk. Daarin blikt de auteur terug op de voorgaande hoofdstukken en brengt hij de drie thema's verder samen. Hij concludeert dat de aansprakelijkheid voor feitelijke beheersing van vennootschappen berust op twee pijlers: de opzettelijke benadeling en het gerechtvaardigde vertrouwen van schuldeisers.

De analyses in dit boek zijn lezenswaardig voor zowel de praktijkjurist als de wetenschapper. Met plezier nemen wij de dissertatie van Jeffrey Nuland op in de Serie vanwege het Van der Heijden Instituut.

G. van Solinge
M.P. Nieuwe Weme
M. van Olffen
C.D.J. Bulten
J.B.S. Hijink

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord V

Hoofdstuk 1. Inleiding 1

1.1 Onderwerp van het onderzoek 1
1.2 Driemaal het verband tussen zeggenschap en aansprakelijkheid 5
1.3 Verantwoording en plaats van het onderzoek 5
1.4 Onderzoeksmethode 7
1.5 Plan van behandeling 8

Hoofdstuk 2. Rechtspersoon en aansprakelijkheid 11

2.1 Inleiding 11
2.2 Behoefte aan een organisatie 12
2.3 Ownership and control bij de BV 14
2.4 Aansprakelijkheid en beleidsbepaling 19
2.5 Het is altijd de mens die handelt 24

Hoofdstuk 3. Bestuur 27

3.1 Inleiding 27
3.2 De bestuursfunctie 28
3.3 Besluitvorming en functioneren 31
3.4 Taken en bevoegdheden 33
3.5 Vertegenwoordiging van de vennootschap 44
3.5.1 Functionele vertegenwoordigingsbevoegdheid 45
3.5.2 Vertegenwoordiging krachtens volmacht 48
3.6 Bestuurszelfstandigheid 55
3.6.1 Instructies aan het bestuur 55
3.6.2 Ontwikkeling van de instructiebevoegdheid 57
3.6.3 De reikwijdte van het instructierecht 71
3.6.3.1 De instructiegever 72
3.6.3.2 Algemene beperkingen aan de instructiebevoegdheid 74
3.6.3.3 Maatstaven toetsing instructies en weigering bestuur 76
3.6.3.3.1 Het statutaire doel 78

3.6.3.3.2 Het vennootschapsbelang 81
3.6.3.3.3 De redelijkheid en billijkheid 87
3.6.3.3.4 Misbruik van bevoegdheid 92
3.6.3.3.5 Artikel 3:40 BW 95
3.6.3.4 Toetsing door de rechter 96
3.7 Samenvatting 98

Hoofdstuk 4. Aansprakelijkheid van de (mede)beleidsbepaler 99

4.1 Inleiding 99
4.2 Deel I: De eigenlijke beleidsbepaler 100
4.2.1 De parlementaire achtergrond van het begrip '(mede) beleidsbepaler' 100
4.2.1.1 De feitelijk beleidsbepaler in de misbruikwetgeving 102
4.2.1.2 Tweede Misbruikwet (WBA) 104
4.2.1.3 Derde Misbruikwet (WBF) 105
4.2.1.4 Wet Flex-BV 108
4.2.1.5 Faillissementswet 109
4.2.2 Leidinggeven in het strafrecht 113
4.2.2.1 Artikel 51 Sr 114
4.2.2.2 Artikel 348a Sr 117
4.2.3 Kwalificatie 118
4.2.3.1 Achtergrond en vereisten 119
4.2.3.2 Beleidsbepaling in de WBA 126
4.2.3.3 Beleidsbepaling in de WBF 128
4.2.4 Aansprakelijkheid van de eigenlijke (mede)beleidsbepaler 133
4.2.4.1 Artikel 36 IW en artikel 23 Wet Bpf 2000 133
4.2.4.1.1 Gewezen bestuurder versus (mede)beleidsbepaler 138
4.2.4.1.2 Collectieve aansprakelijkheid 141
4.2.4.1.3 Aansprakelijkheid van de rechts-persoon-bestuurder 144
4.2.4.2 Artikel 2:248 (138) BW 145
4.2.4.2.1 Maatstaf voor aansprakelijkheid 148
4.2.4.2.2 Disculpatie en matiging 155
4.2.4.2.3 Onderlinge bijdrageplicht 160
4.2.4.3 De beleidsbepalende commissaris 162
4.2.4.3.1 De feitelijk commissaris 164
4.2.4.3.2 De commissaris als beleidsbepaler 166
4.2.4.3.3 Afsluitende opmerkingen 169
4.2.4.4 Artikel 2:207, 208 en 216 BW 170
4.2.4.4.1 Intern versus extern 170

4.2.4.4.2 Rol van de (mede)beleidsbepaler bij goedkeuring 173
4.2.4.4.3 Disculpatie en décharge 176
4.3 Deel II: De oneigenlijke beleidsbepaler 179
4.3.1 De reikwijdte van artikel 6:162 BW 180
4.3.2 Kwalificatie van de oneigenlijke (mede)beleidsbepaler 183
4.3.3 Aansprakelijkheid insolventieadviseur 188
4.3.3.1 Feiten 189
4.3.3.2 Aansprakelijkheid 190
4.3.4 Maatstaf voor aansprakelijkheid 193
4.3.4.1 Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW 193
4.3.4.2 Beleidsbepalersaansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW 196
4.3.5 Bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 6:162 BW en artikel 2:11 BW 203
4.4 Samenvatting 205

Hoofdstuk 5. Doorbraak van aansprakelijkheid 209

5.1 Inleiding 209
5.2 Directe doorbraak 210
5.2.1 Rechtssubject en beperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders 211
5.2.2 Directe doorbraak in de rechtspraak 217
5.2.2.1 Krijger/Citco Bank Antilles 218
5.2.2.2 Rainbow 222
5.2.2.3 Maple Leaf 225
5.2.2.4 Openingen in de lagere rechtspraak 228
5.2.3 Een alternatief perspectief voor vereenzelviging 229
5.2.3.1 Vereenzelviging als evenwicht 231
5.2.3.2 Gezichtspunten voor vereenzelviging 236
5.2.3.2.1 Misbruik van recht, wetsontduiking en schijnhandeling 237
5.2.3.2.2 Toerekening 243
5.2.3.3 Conclusie 247
5.3 Indirecte doorbraak van aansprakelijkheid 248
5.3.1 Ontwikkeling in de rechtspraak 249
5.3.2 Zorgplicht en aansprakelijkheid 253
5.3.2.1 Maatschappelijke zorgvuldigheid: rekening houden met anderen 255
5.3.2.2 Aansprakelijkheid wegens (zuiver) nalaten 256
5.3.2.3 De betekenis van de concernleidingsplicht 261

5.3.2.4 De betekenis van intensieve bemoeienis 267
5.3.2.5 Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid bij indirecte doorbraak 274
5.3.3 De (mede)beleidsbepalende moeder 276
5.3.3.1 Kwalificatie als (mede)beleidsbepaler 277
5.3.3.2 Competentie-afhankelijkheid van de kwalificatie 282
5.3.3.3 De (mede)beleidsbepaler en indirecte doorbraak 284
5.4 Samenvatting 286

Hoofdstuk 6. Aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot 291

6.1 Inleiding 291
6.2 De CV in het algemeen 293
6.2.1 De CV als overeenkomst 293
6.2.2 Het bestuur van de CV 296
6.2.3 Vertegenwoordiging van de CV 301
6.3 Vennootschappelijke betrokkenheid van de commanditaire vennoot 305
6.3.1 Achtergrond bestuursverbod 306
6.3.2 De reikwijdte van het bestuursverbod 309
6.4 Aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot 317
6.4.1 Aansprakelijkheid als straf 318
6.4.2 Het Katterug-arrest 327
6.4.2.1 De feiten en het betoog van de A-G 327
6.4.2.2 Het oordeel van de Hoge Raad 328
6.4.2.3 Commentaar 329
6.4.2.3.1 Evenredigheid 332
6.4.2.3.2 (On)gerechtvaardigde sanctie 333
6.5 De commanditaire vennoot als (mede)beleidsbepaler 338
6.6 Modernisering Personenvennootschappen 344
6.6.1 De CV volgens de Werkgroep Personenvennootschappen 345
6.6.1.1 Bijzondere kenmerken van de commanditaire vennoot 347
6.6.1.1.1 Onbevoegd handelen: géén volmacht 348
6.6.1.1.2 Bevoegd handelen: handelen krachtens volmacht 351
6.7 De CV volgens het Ambtelijk Voorontwerp 357
6.7.1 Bijzondere kenmerken van de commanditaire vennoot 361
6.8 Samenvatting 363

Hoofdstuk 7. Conclusie 367

Hoofdstuk 8. Summary 379

8.1 Introduction 379
8.2 Legal personality and liability 380
8.3 Management 381
8.3.1 Role and powers 381
8.3.2 Representation 382
8.3.3 Autonomy of the board of directors 382
8.4 Liability of de facto (co-)policymakers 383
8.4.1 Actual (co-)policymakers 383
8.4.2 False (co-)policymakers 386
8.5 Piercing the corporate veil 387
8.5.1 Identification 387
8.5.2 The indirect form of piercing the corporate veil 388
8.6 The liability of limited partners 389
8.6.1 The management prohibition 390
8.6.2 Proposed amendments of statutory law 391

Hoofdstuk 9. Valorisatieaddendum 393

9.1 De sociale en economische relevantie 394
9.2 Doelgroepen 396
9.3 Innovatie en realisatie 397

Literatuurlijst 399

Rechtspraak 435

Curriculum vitae 447

Hoofdstuk 1

INLEIDING

1.1 Onderwerp van het onderzoek

Ingevolge artikel 2:5 BW worden rechtspersonen voor wat betreft het vermogensrecht in beginsel gelijkgesteld met natuurlijke personen. De rechtspersoon is dan ook zelfstandig drager van rechten en plichten en kan zodoende als rechtssubject deelnemen aan het rechtsverkeer. Kenmerkend voor een vennootschap is de beperkte aansprakelijkheid van de bij de vennootschap betrokken personen. Voor zover er schulden ten name van de vennootschap ontstaan, is in beginsel uitsluitend de vennootschap daarvoor aansprakelijk. De natuurlijke personen daarentegen, die (uiteindelijk) namens de vennootschap handelen en/of haar van eigen vermogen voorzien, zijn niet aansprakelijk voor schulden van de vennootschap.[1]

Deze beperkte aansprakelijkheid maakt een vennootschap in het bijzonder geschikt voor ondernemerschap waarbij enig risico niet is uitgesloten. Zij minimaliseert het risico voor aandeelhouders tot het bedrag dat zij op de aandelen moeten storten. Bovendien biedt de rechtspersoonlijkheid bescherming aan vennootschapsbestuurders, doordat hun handelen in hoedanigheid aan de vennootschap wordt toegerekend. Zodoende worden zowel degenen die het beleid van de vennootschap bepalen, alsmede de aandeelhouders van de vennootschap die van haar winsten profiteren, uit de wind gehouden. Daarmee is ook een tweede kenmerk van met name kapitaalvennootschappen zoals de BV gegeven, namelijk een scheiding tussen eigendom en bestuursmacht (*ownership* en *control*). Elk orgaan heeft daarbij zijn eigen, door de wet en statuten bepaalde, taken en bevoegdheden, zonder dat van een hiërarchische verhouding kan worden gesproken. Deze dualiteit dient de continuïteit van de vennootschap. Bovendien beoogt de centralisatie van het bestuur de besluitvorming eenvoudiger en efficiënter te laten plaatshebben. Tussen vorenbedoelde beperking (aandeelhouders) van en bescherming (bestuurders) tegen aansprakelijkheid enerzijds en de scheiding van machten tussen deze actoren anderzijds, bestaat een verband; het laatste vormt een rechtvaardiging voor het eerste. De beperking van aansprakelijkheid stimuleert het ondernemingsklimaat en stelt aandeelhouders in staat

1 Zie paragraaf 2.1.

het eigen vermogen af te schermen van het vermogen waarmee wordt ondernomen. Aangezien de aandeelhouders, in het wettelijk systeem, de beleidsbepaling hebben overgedragen aan het bestuur, kunnen zij in beginsel niet aansprakelijk worden gehouden voor gedragingen van de vennootschap.[2] Bestuurders voelen zich veilig, omdat zij veelal niets te vrezen hebben zolang zij hun taken behoorlijk vervullen.

Voornoemde verwevenheid tussen beleidsbepaling en aansprakelijkheid is terug te zien in verschillende aansprakelijkheden voor degenen die feitelijk het beleid binnen een vennootschap (mede) bepalen. Zo heeft de wetgever in de jaren 80 van de vorige eeuw bij de aanscherping van bepalingen over bestuurdersaansprakelijkheid middels de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid (WBA) en de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid bij Faillissement (WBF) ook aandacht gehad voor het uitbreiden van aansprakelijkheid naar degenen die het beleid van de vennootschap hebben bepaald of mede bepaald als waren zij bestuurder. Met deze uitbreiding van bestuurdersaansprakelijkheid tot beleidsbepalers beoogde de wetgever te voorkomen dat zij die daadwerkelijk de touwtjes in handen hebben binnen een vennootschap, de dans der aansprakelijkheid zouden kunnen ontspringen. In de praktijk laat de aansprakelijkheid van deze figuur zich moeilijk duiden. In het bijzonder is de vraag, wanneer sprake is van beleidsbepaling als ware men bestuurder, lastig te beantwoorden. Die onduidelijkheid werkt voor potentiële beleidsbepalers rechtsonzekerheid in de hand, maar maakt het ook lastig om met succes tot aansprakelijkheid van deze figuren te komen.[3] Voortschrijdende inzichten in de rechtspraak en praktijk doen verder de vraag rijzen of ook sprake kan zijn van aansprakelijkheid voor beleidsbepaling buiten de gevallen waarvoor de wetgever heeft voorzien in een uitdrukkelijke gelijkstelling van beleidsbepalers met formele bestuurders.[4]

De aanpak van misbruik van rechtspersoonlijkheid heeft ook in de rechtspraak een opleving gekend. Rechtspraak waarin de strikte scheiding tussen natuurlijk personen en entiteiten of verschillende entiteiten werd losgelaten of weggedacht, deed auteurs in de pen klimmen om zich als voor- of tegenstander voor deze 'vereenzelviging' uit te spreken. Het wegdenken van de grenzen die rechtspersoonlijkheid creëert om daarmee misbruik met benadeling van schuldeisers tot gevolg tegen te gaan was en is voor velen een brug te ver. De Hoge Raad heeft ons tamelijk recent nog eens voorgehouden meer brood te zien in oplossingen die zijn geënt op het leerstuk van de onrechtmatige daad.[5] Niettemin geeft zijn rechtspraak blijk van het besef dat de juridische werkelijkheid soms moet plaatsmaken voor de economische werkelijkheid of het perspectief van de benadeelde. De verwevenheid tussen zeggenschap en aansprakelijkheid is hier evenzeer aanwezig. De succesvolle toepassing van dit leerstuk

2 Zie paragraaf 2.3.
3 Zie paragraaf 4.2.
4 Zie paragraaf 4.3.
5 HR 7 oktober 2016, *NJ* 2017, 124, m.nt. Van Schilfgaarde (*Maple Leaf*).

kan leiden tot aansprakelijkheid van zowel degene met overheersende zeggenschap over verschillende entiteiten als de bij het misbruik betrokken entiteiten zelf.

Het gebruik van meerdere vennootschappen doet zich bij uitstek voor in concernverhoudingen. Bij de invoering van de WBA en WBF bleef de rol van aandeelhouders en commissarissen niet onbesproken. Beleidsbepaling behoort tot de bevoegdheid van het bestuur; aansprakelijkheid van zijn leden strekt tot bescherming van schuldeisers en anderen betrokkenen bij de vennootschap. Mede daarom vormt de bevoegdheidsverdeling binnen de vennootschap, in het verlengde van de scheiding tussen *ownership* en *control*, een belangrijk uitgangspunt van ons vennootschapsrecht. Juist in concernverhoudingen staat dit onderscheid ter discussie. Dit houdt onder andere verband met de omstandigheid dat de definitie van het begrip 'groep' – het Nederlandse equivalent van 'concern' – in artikel 2:24b BW het vereiste van 'centrale leiding' impliceert. Veruit de meeste concerns worden geleid door een moedervennootschap die als enig aandeelhouder de centrale leiding in de onderliggende vennootschappen uitoefent of kan uitoefenen. Het bestuur van de moeder wordt geacht de aandeelhoudersmacht in de groepsmaatschappijen te kunnen aanwenden om zodoende centrale leiding binnen de groep uit te oefenen. Hierbij vervaagt als het ware de scheiding tussen *ownership* en *control*, terwijl de beperkte aansprakelijkheid van de moedervennootschap in beginsel onverkort van kracht blijft. Juridisch is sprake van verschillende entiteiten, terwijl in economisch opzicht eerder sprake is van één onderneming en de groep ook door derden als zodanig wordt beschouwd. Met name in zeer dichte concernverhoudingen is er voor het bestuur van de dochter weinig ruimte voor een eigen beleid, terwijl de aansprakelijkheid tegenover crediteuren als uitgangspunt bij de betreffende dochtervennootschap zelf berust.[6]

In de loop van de laatste decennia heeft de aansprakelijkheid in concernverhoudingen, maar ook aansprakelijkheid wegens misbruik van rechtspersoonlijkheid zich in de rechtspraak ontwikkeld.[7] In concernverhoudingen is de grondslag voor aansprakelijkheid doorgaans gelegen in het leerstuk van de onrechtmatige daad. Een moedervennootschap kan afhankelijk van haar zeggenschap en de uitoefening daarvan aansprakelijk zijn jegens schuldeisers van haar dochter,[8] terwijl in sommige gevallen (tevens) kan worden betoogd dat de moeder het beleid van haar dochter heeft (mede) bepaald als ware zij bestuurder.[9] Deze twee vormen van aansprakelijkheid houden verband met beleidsbepaling door de moeder, als gevolg waarvan zij aansprakelijk kan zijn voor schulden van haar dochter, en kunnen in onderling verband worden belicht. Naast de hier bedoelde indirecte doorbraak van aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad, moet ook aandacht worden gevraagd voor daadwerkelijke

6 Zie Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/133.
7 Zie paragraaf 5.2.
8 Zie paragraaf 5.3.
9 Zie paragraaf 5.3.3.

doorbraaksituaties, die onder de noemer 'vereenzelviging' zijn te duiden. In de rechtspraak over deze vorm van rechtsvinding waarbij verschillende rechtssubjecten als één worden beschouwd, neemt het element zeggenschap een belangrijke plaats in.[10] Hoewel het leerstuk aan betekenis lijkt te hebben ingeboet, kan het bij een beschouwing van de verwevenheid tussen beleidsbepaling en aansprakelijkheid niet achterblijven.

De scheiding tussen ownership en control is ten slotte reeds terug te zien bij de commanditaire vennootschap (CV). Van de drie vormen van personenvennootschap die ons recht kent, is de CV de enige rechtsvorm met twee soorten vennoten. Naast de gewone, hoofdelijk aansprakelijke vennoot neemt steeds ook ten minste één commanditaire vennoot deel aan de samenwerking. De rol van deze 'stille' vennoot is in feite beperkt tot die van geldschieter, hoewel ook andere vormen van inbreng zich laten indenken. In beginsel is hij tot niet meer gehouden dan het bedrag van de overeengekomen inbreng.[11] Weliswaar kunnen aan de commanditaire vennoot bevoegdheden toekomen die tot beïnvloeding van het beleid leiden, alsmede bevoegdheden die (de aard van) de samenwerking betreffen, maar het is hem bij wet verboden de CV (mede) te besturen en te vertegenwoordigen.[12] Zodoende verschilt zijn positie niet wezenlijk van die van de aandeelhouder bij kapitaalvennootschappen, ware het niet dat de wet overtreding van vorenbedoeld bestuursverbod met aansprakelijkheid sanctioneert. Bij schending van het verbod komt de commanditaire vennoot in een met de gewone vennoten vergelijkbare aansprakelijkheidspositie te verkeren. Ook in het vorig jaar gepubliceerde ambtelijk voorontwerp tot wijziging van de regeling voor de personenvennootschap behoudt de commanditaire vennoot zijn bijzondere, met de kapitaalverschaffer vergelijkbare positie, maar wordt het bestuursverbod ingeruild voor een aansprakelijkheidsregeling die is toegespitst op extern handelen van de commanditaire vennoot.[13]

Bij een samensmelting van de rol als kapitaalverschaffer enerzijds en die van bestuurder anderzijds, vervaagt de rechtvaardiging voor beperkte aansprakelijkheid of komt deze zelfs te vervallen. Dit geeft blijk van een verwevenheid tussen beleidsbepaling en aansprakelijkheid. Het drijven van een onderneming, terwijl het risico van aansprakelijkheid voor de betrokken natuurlijk personen beperkt is, biedt een uitstekend klimaat voor ondernemerschap en investering. De mogelijkheid om op deze wijze een onderneming te drijven biedt echter ook plaats voor misbruik. Men kan immers de vennootschap inzetten voor ongeoorloofde doeleinden of ter benadeling van vennootschapscrediteuren, al dan niet om persoonlijk voordeel te verwerven. In deze

10 Deze rechtspraak wordt met name in paragraaf 5.2.2 besproken.
11 Artikel 20 lid 3 WvK.
12 Daarover gaat paragraaf 6.3.
13 Zie paragraaf 6.7.

context moet op zoek worden gegaan naar de verhouding tussen macht in de zin van beleidsbepaling en aansprakelijkheid voor schulden van de vennootschap.

1.2 Driemaal het verband tussen zeggenschap en aansprakelijkheid

Bij zowel de kapitaalvennootschappen als de commanditaire vennootschap kan een duidelijk onderscheid worden gemaakt tussen de aansprakelijkheid van formele bestuurders of de beherende vennoten enerzijds en de aansprakelijkheid van anderen die de beleidsbepaling in meer of mindere mate naar zich toe hebben getrokken anderzijds. In ieder geval komt in het voorgaande naar boven dat er bij zowel de aansprakelijkheid van (mede)beleidsbepalers, als in concernverhouding en bij de commanditaire vennootschap telkens een verband tussen zeggenschap en aansprakelijkheid bestaat. Aan de hand van deze drie thema's kan vanuit verschillende invalshoeken worden beschouwd in hoeverre bestuursmacht kan worden verworven, voordat die verwerving tot aansprakelijkheid jegens schuldeisers van de vennootschap leidt. Een behandeling van het hierboven geschetste drieluik, gevolgd door een synthetische overpeinzing, biedt de mogelijkheid om dit grijze gebied nader te verkennen en van de nodige afbakening te voorzien.

Deze beschrijvende studie richt zich op de rechtspositie van (mede)beleidsbepalers, de doorbraak in concernverhoudingen en de bijzondere positie van de commanditaire vennoot, met als voornaamste doel het verwerven van (praktische) inzichten voor de afzonderlijke beoordeling van aansprakelijkheid van deze figuren. Voor ieder van deze drie thema's onderzoek ik de aard en de achtergrond van de aansprakelijkheid en belicht ik telkens het verband met de relevante zeggenschap die daartoe leidt in de context van het betreffende thema. Parallellen tussen de verschillende thema's stip ik aan waar deze zich voordoen. In de afsluitende conclusie (hoofdstuk 7) blik ik daarop terug.

1.3 Verantwoording en plaats van het onderzoek

Het leerstuk van bestuurdersaansprakelijkheid heeft in de afgelopen twee decennia steeds meer aandacht gekregen. Hoewel de maatstaf voor aansprakelijkheid naar de huidige opvattingen een hoge drempel voor de vaststelling van aansprakelijkheid opwerpt, blijft het aantal zaken over bestuurdersaansprakelijkheid ongeveer gelijk.[14] Gezien het grote aantal rechtspersonen dat Nederland kent, en daarmee dus ook bestuurders, moet deze aansprakelijkheidsvorm mijns inziens nog steeds worden

14 Zie Van Bekkum & Kreileman 2019.

aangeduid als uitzonderlijk. In het door de Hoge Raad in 2006[15] stellig geformuleerde uitgangspunt komt dit uitzonderlijke karakter overigens niet uitdrukkelijk naar voren. Indien sprake is van benadeling van een schuldeiser van een vennootschap door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van diens vordering, kan volgens de Hoge Raad ter zake van deze benadeling naast de aansprakelijkheid van de vennootschap mogelijk ook grond zijn voor aansprakelijkheid van degene die als bestuurder namens de vennootschap heeft gehandeld. De beoordeling van de aansprakelijkheid van deze bestuurder is afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval. Naast deze aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad, voorziet het rechtspersonenrecht in verschillende specifieke bepalingen die als grondslag kunnen dienen voor de aansprakelijkheid van bestuurders. Met name zij hier gewezen op de op 1 januari 1987 ingevoerde regels voor aansprakelijkheid in het kader van antimisbruikwetgeving.[16] Niet alleen schuldeisers worden door deze aansprakelijkheidsregels beschermd. Ook de vennootschap vindt bescherming in de potentiële aansprakelijkheid van haar bestuurder(s), nu artikel 2:9 BW voorziet in een grondslag voor interne aansprakelijkheid die de bestuurders in zekere zin dwingt tot een behoorlijke vervulling van hun taken. Telkens duiden deze bepalingen op een door de bestuurders in acht te nemen zorgvuldigheid: jegens schuldeisers van de vennootschap, jegens de vennootschap als zodanig, jegens andere betrokkenen bij de vennootschap. Aansprakelijkheid stuurt het gedrag van bestuurders – volgens sommigen boezemt het zelfs angst in[17] – en compenseert benadeelden als bestuurders onverantwoord of met aan opzet grenzende roekeloosheid hebben gehandeld.

Maar wat nu als degene die namens de vennootschap handelt of degene die de vennootschap beheerst géén formeel bestuurder is? De bijzondere regelingen voor bestuurdersaansprakelijkheid gelden slechts voor formele bestuurders, terwijl het algemene karakter van artikel 6:162 BW de vraag doet rijzen welke maatstaf geldt voor degenen die zich als formele bestuurder hebben gedragen. Hoewel het leerstuk van bestuurdersaansprakelijkheid de nodige pennen in beweging brengt, blijft de aansprakelijkheid voor het bepalen van beleid en het handelen namens de vennootschap door deze niet-bestuurders in nevelen gehuld. Wordt zij besproken, dan worden kaders van de betreffende grondslag voor aansprakelijkheid eigenlijk niet verlaten. Daarin ligt dan ook de aanleiding voor dit onderzoek.

De actualiteitswaarde van dit onderzoek is gelegen in de aanhoudende – of wellicht zelfs toenemende – interesse voor het leerstuk van bestuurdersaansprakelijkheid in de literatuur en praktijk. In de praktijk zien schuldeisers en curatoren zich dikwijls

15 HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659 (*Ontvanger/Roelofsen*).
16 Waarover paragraaf 4.2.
17 Zie o.m. Kroeze 2006.

geconfronteerd met lege of 'verdwenen' vennootschappen.[18] Naar mijn indruk verklaart dit, in ieder geval deels, waarom de belangstelling voor dit leerstuk aanhoudt of zelfs toeneemt. Het aanspreken van bestuurders lijkt in die gevallen immers een logische stap om verhaalsmogelijkheden voor schuldeisers veilig te stellen of uit te breiden. Waarom zouden curatoren en schuldeisers zich echter beperken tot formele bestuurders? Het is in deze context dat het onderwerp aansprakelijkheid voor beleidsbepaling aandacht verdient. Ik heb gemeend deze aandacht te kunnen geven door op zoek te gaan naar leerstukken waarin een verband is te ontwaren tussen aansprakelijkheid en zeggenschap. Dat verband heb ik gevonden in de aansprakelijkheid van (mede)beleidsbepalers, andere vormen van doorbraak van aansprakelijkheid en de aansprakelijkheid van commanditaire vennoten.

1.4 Onderzoeksmethode

Dit proefschrift bevat een onderzoek dat is gebaseerd op literatuur, rechtspraak en parlementaire geschiedenis. Naast diverse handboeken en dissertaties, heb ik de door verschillende auteurs in talloze artikelen uiteengezette visies en meningen telkens zoveel mogelijk beknopt weergegeven. Niet alleen heb ik daarmee beoogd verschillende invalshoeken in mijn onderzoek naar voren te brengen. Ik heb daarmee ook de lezer van dienst willen zijn bij het verder opdoen van kennis en inzichten. Bij het kiezen van bronnen heb ik veelal de voorkeur gegeven aan recente publicaties, tenzij een reis terug in de tijd dienstbaar was aan het door mij te bespreken onderwerp. Onderdelen van mijn beschrijvende teksten zijn ook gebaseerd op rapporten, empirische onderzoeken en rechtseconomische literatuur.

Binnen de reikwijdte van dit onderzoek paste geen integrale rechtsvergelijkende studie. Sporadisch wordt verwezen naar vergelijkbare regelingen in andere jurisdicties, maar het onderzoek richt zich nagenoeg volledig op het Nederlandse recht, in het bijzonder het vennootschapsrecht. Daarentegen heb ik op verschillende plaatsen wel de meerwaarde gezien van het bespreken van strafrechtelijke en algemeen vermogensrechtelijke onderwerpen. Met name het vertegenwoordigingsleerstuk komt op verschillende plaatsen in mijn onderzoek terug.

18 Dat blijkt wel uit de aandacht die de afgelopen jaren is besteed aan turboliquidaties als bedoeld in artikel 19 lid 4 BW, hetgeen in 2020 in de strijd tegen misbruik naar verwachting een ambtelijk voorontwerp zal opleveren (*Kamerstukken II* 2019/20, 29 911, nr. 253, brief van de minister voor Rechtsbescherming d.d. 7 oktober 2019) en het arrest HR 18 december 2015, *JOR* 2016, 145, m.nt. Jansen (*Hoeksma q.q./R.M. Trade*); zie ook paragraaf 5.2.3.1.

1.5 Plan van behandeling

Dit proefschrift bestaat uit drie afzonderlijk te behandelen onderwerpen die betrekking hebben op aansprakelijkheid in vennootschappelijk verband met beleidsinvloed als belangrijk element. Daarbij beperk ik mij hoofdzakelijk tot de besloten en commanditaire vennootschap. In het tweede hoofdstuk zet ik uiteen waarom de vennootschap behoefte heeft aan een organisatie en verdiep ik mij in de tweedeling tussen *ownership* en *control*. Ik richt mij daarna eerst op de rol van het bestuur. In hoofdstuk 3 bespreek ik daartoe wat het besturen van een kapitaalvennootschap inhoudt, hoe het bestuur functioneert en hoe het bestuur extern kan optreden. Ten slotte ga ik uitgebreid in op de zelfstandigheid van het bestuur. Het hoofdstuk is niet slechts bedoeld om meer zicht te krijgen op de rol van het bestuur, maar ook om ten behoeve van de daarop volgende hoofdstukken kaders te scheppen met betrekking tot de uitoefening van bevoegdheden.

Vervolgens kom ik toe aan het eerste luik van de drie door mij te behandelen onderwerpen. In hoofdstuk 4 beschouw ik de positie van de figuur die vooral in Boek 2 BW bekend staat als de (mede)beleidsbepaler. Dit hoofdstuk bestaat uit twee delen. Het eerste deel heeft betrekking op de (mede)beleidsbepaler in eigenlijke zin. Daarmee doel ik op degenen die het beleid van de vennootschap hebben bepaald of mede bepaald als ware zij bestuurder. Deze actoren worden hetzelfde behandeld als formele bestuurders van de vennootschap, indien de wet voorziet in een gelijkstelling. Ik bespreek in dit eerste deel de parlementaire achtergrond van deze figuur en de diverse bepalingen waar de genoemde gelijkstelling is terug te vinden. Telkens ga ik op zoek naar knelpunten binnen de betreffende regelingen. Het tweede deel van hoofdstuk 4 gaat daarentegen over de oneigenlijke (mede)beleidsbepaler. Deze figuur kennen wij slechts uit de rechtspraak over vorderingen tot bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW.

Het tweede luik wordt in hoofdstuk 5 besproken. Hier behandel ik vormen van doorbraak van aansprakelijkheid die niet zijn gebaseerd op een bijzondere wettelijke bepaling. In het eerste deel van hoofdstuk 5 ga ik daartoe in op het leerstuk van vereenzelviging. Een verdrongen fenomeen binnen het vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheidsrecht. Op basis van een uitgebreide analyse probeer ik de lezer ervan te overtuigen dat de tijd is aangebroken om dit leerstuk weer uit de kast te halen. Vervolgens bespreek ik in het tweede deel van hoofdstuk 5 de indirecte variant van vereenzelviging. De doorbraak van aansprakelijkheid die eigenlijk geen doorbraak is. Ik richt mij op concernverhoudingen en beschouw de aansprakelijkheid van de moedervennootschap jegens schuldeisers van haar dochter wegens een persoonlijk gepleegde onrechtmatige daad. Daarbij zet ik de concernleidingsplicht[19] af tegen de verschillende elementen die samen tot aansprakelijkheid kunnen leiden.

19 Kort gezegd: de verplichting van het bestuur dat aan het hoofd van een concern staat om zijn taak als bestuurder van de groep behoorlijk te vervullen. Vgl. Bartman e.a. 2016, p. 79.

In het derde luik laat ik de besloten vennootschap goeddeels achter me en betreed ik het domein van de personenvennootschappen. Hoofdstuk 6 gaat over de commanditaire vennootschap en in het bijzonder de aansprakelijkheidspositie van de commanditaire vennoot. Ik trap af met een bondige bespreking van de eigenschappen van de CV en de achtergrond van artikel 21 WvK, dat de aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot regelt. Vervolgens beschouw ik de recente ontwikkelingen over het aan de hoedanigheid van de commanditaire vennoot verbonden bestuursverbod. Daarbij poog ik tot een nadere invulling van de huidige aansprakelijkheidsregels te komen. Ten slotte bevatten paragraaf 6.6 en 6.7 een blik op de toekomst. De herziening van het personenvennootschapsrecht belooft nu toch eindelijk van de grond te komen. Ik bespreek zowel het initiatiefvoorstel van de Werkgroep Modernisering Personenvennootschappen dat in 2016 is verschenen, als het daaropvolgende en daarop gebaseerde door de wetgever gepubliceerde ambtelijk voorontwerp.

In hoofdstuk 7 kijk ik terug naar de voorgaande onderwerpen. Ieder hoofdstuk staat op zichzelf en kent eigen conclusies. Dit laatste hoofdstuk brengt de drie luiken niettemin samen tot één triptiek. Ik tracht de onderlinge verbanden tussen deze vormen van aansprakelijkheid aan het licht te brengen en tot een algemene normstelling te komen. Achter hoofdstuk 7 is een samenvatting opgenomen en worden de belangrijkste conclusies uit de drie luiken herhaald.

Het onderzoek is afgesloten op 31 december 2019. De literatuur, jurisprudentie en regelgeving die daarna is verschenen heb ik slechts in beperkte mate verwerkt.

Hoofdstuk 2

RECHTSPERSOON EN AANSPRAKELIJKHEID

2.1 Inleiding

Het merendeel van de in Boek 2 BW geregelde rechtspersonen heeft een zogenoemde duale structuur. De organisatie van de vennootschap bestaat uit in ieder geval twee organen.[1] Uit de wet vloeit voort dat de organisatie van de besloten vennootschap steeds bestaat uit een vergadering van aandeelhouders (AV) en een bestuur. In rechtseconomische theorieën wordt dit onderscheid wel aangeduid als *separation of ownership and control*, een scheiding tussen eigendom en controle binnen de vennootschappelijke structuur. Vertaald naar het Nederlandse vennootschapsrecht kan simplistisch worden gesteld dat de AV het equivalent vormt van de eigenaar van de vennootschap en het bestuur de controlerende taak, in de zin van besturen, voor zijn rekening neemt. Daarbij moet worden bedacht dat ons vennootschapsrecht slechts een formele scheiding van beide rollen vereist. De rol van AV en bestuurder kunnen in de praktijk feitelijk in één hand gaan. Niettemin gaat de wet ervan uit dat degene die beide rollen vervult, steeds zijn (enig) aandeelhouderspet verwisselt voor de bestuurderspet wanneer de uit te oefenen taak of bevoegdheid volgens de wet aan één van beide organen is toebedeeld.[2]

Het bestuur draagt verantwoordelijkheid ten opzichte van zowel de vennootschap als derden die met de vennootschap handelen. Veronachtzaming van die verantwoordelijkheid kan uitmonden in een persoonlijke aansprakelijkheid jegens de vennootschap, maar ook jegens bedoelde derden. Met name deze laatste aansprakelijkheid heeft nogal wat voeten in de aarde, nu deze derden in beginsel niet handelen met de bestuurder, maar met de vennootschap. Het bestuur vertegenwoordigt de

---

1 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/1.

2 Zie echter art. 2:247 lid 1 BW, waarin een erkenning van dit wisselen van petten ligt besloten en dat bepaalt rechtshandelingen tussen de vennootschap en de enig aandeelhouder waarbij de vennootschap (als bestuurder, art. 2:240 lid 1 BW) door deze enig aandeelhouder wordt vertegenwoordigd, schriftelijk moeten worden vastgelegd op straffe van nietigheid. De gedachte daarbij is dat bij een dergelijke eenpersoonsvennootschap het gevaar bestaat dat de enig aandeelhouder te eigen bate handelingen verricht, maar die nadelig zijn voor de schuldeisers, zie *Kamerstukken II* 1990/91, 21 959, nr. 3, p. 4 (MvT).

vennootschap en diens handelen wordt aan de vennootschap toegerekend. Ingevolge artikel 2:5 BW is de rechtspersoon zelfstandig drager van rechten en plichten en daarmee zelf schuldenaar van zijn contractuele en buitencontractuele verbintenissen jegens deze derden, aangegaan door het bestuur. Op grond van artikel 3:276 BW is dan ook in beginsel slechts het vermogen van de vennootschap vatbaar voor verhaal door deze derden. Algemeen is echter aanvaard dat onder bijzondere omstandigheden ook de bestuurder persoonlijk kan worden aangesproken, zodat diens vermogen in feite eveneens voor verhaal van verbintenissen van de vennootschap vatbaar kan worden.

De wet kent verschillende (bijzondere) wettelijke grondslagen voor aansprakelijkheid van bestuurders. Aansprakelijkheid van een bestuurder kan daarnaast ook worden gebaseerd op de onrechtmatige daad. Ook aandeelhoudersaansprakelijkheid is in de rechtspraak aanvaard.[3] Echter, met name het leerstuk van bestuurdersaansprakelijkheid heeft zich in vergaande mate ontwikkeld. Daarom kan worden gesteld dat vooral aan de hoedanigheid van bestuurder aansprakelijkheden zijn verbonden, die door (of voor) derden die met de vennootschap hebben gehandeld, kunnen worden aangewend om enig door hen geleden nadeel te compenseren. Duidelijk is dat die aansprakelijkheden verband houden met de besturende functie, althans de aan deze hoedanigheid verbonden bevoegdheden. De ratio en achtergrond van dat verband zijn echter veel minder duidelijk en zal ik daarom hierna belichten. In dit hoofdstuk bespreek ik eerst het bestaan van een behoefte aan een organisatie binnen de vennootschap en ga ik in op het onderscheid tussen *ownership* en *control*. Daarna leg ik een verband tussen de rol van bestuurders en hun aansprakelijkheid. Doel van dit hoofdstuk is het schetsen van een algemeen kader over de verhouding tussen de organisatie van rechtspersonen enerzijds en aansprakelijkheid voor beleidsbepaling anderzijds, waarop in de volgende hoofdstukken zal worden voortgeborduurd.

2.2 Behoefte aan een organisatie

De rechtspersoon bestaat slechts in en door het recht.[4] Van der Grinten schetst dit bestaan door te stellen dat aan de rechtspersoon in de orde van het recht, persoonlijkheid wordt toegekend.[5] Kroeze beschrijft de rechtspersoon in gelijke zin als ‘een juridische constructie die ten dienste staat van het maatschappelijk en economisch verkeer’.[6] Vanuit dit perspectief moet worden vastgesteld dat de rechtspersoon slechts een realiteit is die dóór de wet bestaat en zelf geen fysieke noch geestelijke basis

3 Zie hoofdstuk 5.
4 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/34; Handboek 2013, nr. 52; vgl. Van Schilfgaarde 2017, p. 17, die stelt dat de rechtspersoonlijkheid van de vennootschap een realiteit is ‘in het recht’.
5 Handboek 1992, nr. 52, vgl. Handboek 2013, nr. 52.
6 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/55.

heeft, waardoor hij aan het rechtsverkeer van de natuurlijke personen kan deelnemen. Juist die natuurlijke personen hebben het recht als zodanig gecreëerd en accepteren gezamenlijk dat voor de realiteit van dat recht ook een rechtspersoon kan bestaan. Zonder natuurlijk personen die (uiteindelijk) voor de rechtspersoon beslissen en namens hem handelen, is de rechtspersoon enkel een loze entiteit, die weliswaar voor het recht bestaat, maar – doordat hij daarin niet kan bewegen – geen bestaansrecht heeft. Om die reden heeft de rechtspersoon behoefte aan een organisatie, die (uiteindelijk) wordt gevormd door natuurlijke personen, welke voor en namens de rechtspersoon handelen[7] en tegelijkertijd zorg dragen voor haar geestelijk bestaan. Vertegenwoordiging van de rechtspersoon is in dat kader noodzakelijk.[8] Door vertegenwoordiging wordt de rechtspersoon feitelijk in staat gesteld om (contractuele) verbintenissen aan te gaan en te onderhouden. De fysieke basis van de rechtspersoon wordt (uiteindelijk) door niets anders gevormd dan door een of meer natuurlijk personen, die een rol vervullen binnen de door de wet voorgeschreven orgaanstructuur. Elk afzonderlijk orgaan heeft een eigen functie binnen de organisatie en heeft in dat verband door de wet en/of statuten toegekende taken en bevoegdheden, waardoor de rechtspersoon zowel intern als extern en zowel geestelijk als fysiek kan functioneren. Het handelen van natuurlijke personen wordt daartoe aan de rechtspersoon toegerekend.[9]

De organisatie van de vennootschap krijgt gestalte door de wet en haar statuten. Van Schilfgaarde hanteert in dit verband het begrip deelrechtsorde, waarmee hij bedoelt aan te geven dat de vennootschap een zelfstandig juridisch systeem is, dat tevens deel uitmaakt van een meeromvattend systeem. Tussen dit meeromvattend systeem en de deelrechtsorde bestaat een wisselwerking; er is sprake van wederzijdse beïnvloeding.[10] Naast de wet en de statuten wordt deze deelrechtsorde beheerst door de gewoonte, reglementen en besluiten.[11] De organisatieregels kennen aan de organen taken en bevoegdheden toe, bepalen de wijze van besluitvorming, alsmede de rechten en plichten tussen de organen.[12] Een derde te onderscheiden orgaan dat, al dan niet verplicht,[13] deel kan uitmaken van de vennootschappelijke organisatie is de raad van commissarissen.[14] Als orgaan binnen de organisatie kan verder worden aangeduid de instantie aan wie door de wet en/of statuten beslissingsbevoegdheid

7 Zie in deze zin Löwensteyn 1959, p. 26.
8 Handboek 2013, nr. 52.
9 Vgl. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/186; Handboek Notarieel Ondernemingsrecht 2016, p. 20-21.
10 Zie Van Schilfgaarde 2017, p. 18; zie daarover ook Maeijer 2000, p. 281.
11 Asser/Maeijer & Kroeze 2-1* 2015/171; Van Schilfgaarde 2017, p. 18.
12 Zie Slagter/Assink 2013, p. 167; Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/186.
13 Besloten vennootschappen waarop het structuurregime van toepassing is, art. 2:262 e.v. BW, zijn krachtens art. 2:268 lid 1 BW verplicht om een raad van commissarissen in te stellen.
14 Ook andere organen kunnen worden onderscheiden, zie artikel 2:189a en 2:268 BW; Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/186.

is toegekend in en over aangelegenheden in de vennootschap, welke beslissingen aan de vennootschap worden toegerekend en dientengevolge als de hare hebben te gelden.[15]

2.3 Ownership and control bij de BV

De duale structuur, waarin taken en bevoegdheden in beginsel over ten minste twee organen zijn verdeeld, houdt verband met de aard van de besloten vennootschap als zijnde een samenwerking.[16] Hoewel BV's in de praktijk veelal slechts één of enkele aandeelhouders hebben, ligt de oorsprong van deze rechtsvorm juist bij samenwerkingsverbanden die zich kenmerkten door een groot aantal deelnemers.[17] De deelnemers in het kapitaal van de vennootschap kunnen hun zeggenschap doen gelden in de aandeelhoudersvergadering. Deze vergadering is voor de kapitaalverschaffers het forum om ieder voor zich, al dan niet door het voeren van discussies, de eigen belangen te kunnen doen gelden.[18] Een telkens wisselend aandeelhoudersbestand, zowel in aantal als in identiteit, bemoeilijkt een doelmatig beleid en deelname aan het rechtsverkeer.[19] Bovendien heeft iedere aandeelhouder, door middel van zijn stemrecht, de mogelijkheid om zijn eigen wil tot uitdrukking te brengen. Deze eigen wil of dit eigen belang kan echter per aandeelhouder verschillen, hetgeen aan efficiënte besluitvorming in de weg kan staan. Het aandeelhouderschap biedt tenslotte geen waarborg voor wat betreft de deskundigheid van de betreffende aandeelhouder.[20] Om deze redenen wordt wel aangenomen dat behoefte bestaat aan een afzonderlijk orgaan dat op deskundige wijze de (dagelijkse) leiding van de rechtspersoon op zich neemt en hem ook vertegenwoordigt. Deze laatste functie is toebedeeld aan het bestuur.[21] Het bestuur wordt doorgaans door de aandeelhoudersvergadering benoemd en ontslagen.[22] Deze bevoegdheid komt haar in de regel toe om te bewerkstelligen dat het bestuur tot op zekere hoogte handelt conform de belangen van de kapitaalverschaffers, maar ook om haar in staat te stellen het beleid van de

15 In overwegend gelijke zin Handboek 1992, p. 335-336, Van Schilfgaarde 2017, p. 24, Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/186.

16 Indien naast de aandeelhoudersvergadering en het bestuur ook een raad van commissarissen is ingesteld (alsmede een OR), spreekt men wel van een *plurale structuur*. Zie daarover Slagter/Assink 2013, p. 691-692.

17 Asser/Van Olffen & Rensen 2-IIa 2019/1.

18 Vgl. in deze zin Handboek 1992, p. 334.

19 Hansmann & Kraakman 2017, p. 11-12; Löwensteyn 1959, p. 26.

20 Toegegeven kan worden dat ook de hoedanigheid van bestuurder niet zonder meer met zich brengt dat de bestuurder als zodanig geschikt is voor zijn taak. Niettemin wordt dat wel van de bestuurder verwacht, vgl. HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360, m.nt. Maeijer (*Staleman/Van de Ven*), zodat de bestuurder die in functie treedt zich ervan moet vergewissen dat hij ook daadwerkelijk de benodigde kwaliteiten bezit, indien hij aansprakelijkheid wenst te voorkomen.

21 Hansmann & Kraakman 2017, p. 12; Löwensteyn 1959, p. 9 en 26.

22 Vgl. art. 2:242 jo. 2:244 BW.

vennootschap, zij het indirect, te beïnvloeden.[23] Aandeelhouders zouden niet bereid zijn kapitaal te verschaffen bij gebrek aan controle op het bestuurlijk handelen.[24] Het bestuur is formeel niettemin een van de aandeelhouders onafhankelijk orgaan, dat enerzijds dient zorg te dragen voor een doelmatige besluitvorming. Anderzijds dient het bestuur de belangen van minderheidsaandeelhouders en anderen die bij de vennootschap betrokken zijn te behartigen.[25]

De scheiding tussen AV en bestuur heeft, ingegeven vanuit doelmatigheidsoverwegingen, vooral een economische achtergrond. Hebben één of enkele personen een onderneming, dan is het verdelen van bestuurs- en vertegenwoordigingsbevoegdheden, alsmede het beheer van vermogen van de onderneming nog in redelijke mate te overzien. Breidt het aantal eigenaren – en de werkzaamheid – van de onderneming zich echter uit, dan wordt het verdelen van deze taken en bevoegdheden steeds lastiger. Met name het leidinggeven aan de dagelijkse gang van zaken zou ernstig worden bemoeilijkt, wanneer de veelheid aan eigenaren zich over iedere beslissing gezamenlijk zou moeten uitlaten en de onderneming zou moeten vertegenwoordigen. Het onderscheid dat vervolgens ontstaat, is een tweedeling tussen leiding geven aan de dagelijkse gang van zaken enerzijds en het nemen van belangrijke beslissingen aangaande de onderneming anderzijds. Bij dit laatste kan onder meer worden gedacht aan afspraken over de onderlinge samenwerking tussen de eigenaren, benoeming en ontslag van hen die zijn aangesteld om de dagelijkse leiding verzorgen, de inrichting en structuur van de vennootschap en de eventuele (dis)continuïteit van de onderneming. Het uiteenlopen van *ownership* enerzijds en *control* anderzijds zou niet zijn ontstaan als gevolg van wettelijke bepalingen daaromtrent, maar als gevolg van een natuurlijk proces. De economen Berle en Means beschreven dit proces in hun werk getiteld *The Modern Corporation and Private Property,* waarin zij op basis van empirisch onderzoek concludeerden dat aandeelhouders in het vermogen van de onderneming steeds minder invloed hadden op het reilen en zeilen bij de onderneming en de controle- of bestuursfunctie steeds meer bij leidinggevenden kwam te liggen.[26] Naar aanleiding van dit werk ontstond een zekere *communis opinio* waarin niet alleen werd aangenomen dat grote ondernemingen in de praktijk vooral werden bestuurd door leidinggevenden, zonder (noemenswaardige) aandelen in de onderneming als zodanig, maar werd ook wel aangenomen dat deze leidinggevenden door dat gebrek aan aandelen, hun gedrag lieten leiden door een zekere mate van

23 De ontslagbevoegdheid is mijns inziens in dit opzicht te vergelijken met de bevoegdheid tot goedkeuring van bestuursbesluiten. Zij biedt niet de mogelijkheid om zelfstandig beleid vast te stellen en uit te voeren, maar kan wel worden gebruikt om voorgenomen of ingezet beleid te beïnvloeden door de leden van het orgaan dat tot vaststelling en uitvoering van het beleid bevoegd is, te vervangen.

24 Schwarz 2018, p. 21.

25 Hansmann & Kraakman 2017, p. 12; vgl. artikel 2:239 lid 5 BW.

26 Berle & Means 1933, p. 69-118.

maatschappelijke verantwoordelijkheid.[27] Berle anticipeerde op deze ontwikkeling en schreef in dat verband dat de concentratie van economische macht gescheiden van eigendom, in feite een soort van op zichzelf staande economische *empires* of instituten zou doen ontstaan, waarbij deze *empires* in de handen zijn gevallen van een nieuw soort absolutisme en waarin de eigenaars zijn gedegradeerd tot degenen die middelen ter beschikking stellen, waarover *the new princes* – de bestuurders – hun macht uitoefenen.[28] Berle verwijst verder naar Rathenau, die al in 1918 beschreef dat de depersonalisatie van eigendom tegelijkertijd impliceert dat datgene waaruit het eigendom bestaat wordt geobjectiveerd. De onderneming wordt een zelfstandig leven aangemeten, alsof het aan niemand toebehoort. Deze depersonalisatie en objectivering, alsmede het losraken van eigenaar en eigendom, leidt ertoe dat de vennootschap als het ware tot een instituut transformeert.[29] Dat brengt echter evenzeer met zich dat er een wisselwerking ontstaat tussen de diverse belangen die bij dit instituut zijn betrokken.[30] De machtsconcentratie enerzijds en de verscheidenheid aan betrokken belangen anderzijds noopt tot discussie over deze macht en de regulering daarvan, ofwel: over belangen en de bescherming daarvan, aldus Berle.[31]

De door Berle beschreven rechtsontwikkeling en zijn opvattingen over de scheiding tussen *ownership* en *control*, zijn duidelijk terug te zien in ons huidige vennootschapsrecht. De scheiding is met name goed zichtbaar bij grote ondernemingen, waarbij door verspreid aandelenbezit kapitaal aan de vennootschap wordt verschaft, maar afgezien daarvan slechts een beperkte rol is weggelegd voor de aandeelhouders. De onderneming wordt geleid door een bestuur dat in beginsel autonoom is ten opzichte van de aandeelhouders. Weliswaar kunnen de aandeelhouders invloed uitoefenen op het beleid van de vennootschap en door het bestuur te nemen of genomen beslissingen,[32] maar het zwaartepunt van de leiding van de onderneming ligt bij het bestuur. Op terreinen waar het bestuur bevoegd is te handelen, moet het weliswaar achteraf verantwoording aan de AV afleggen, maar behoeft de AV – behoudens wettelijke of statutaire voorzieningen – niet vooraf bij de besluitvorming te worden betrokken.[33] De AV kan evenmin stemming afdwingen over een onderwerp dat tot de bevoegdheid van het bestuur behoort.[34] Ook de institutionalisering van de vennootschap is ons niet onbekend.[35] Men bedenke dat wanneer een vennootschap wordt aangewend om ondernemersactiviteiten te ontplooien, bij die onderneming als zodanig steeds meer belangen betrokken raken. In dat verband kan worden gedacht aan de

27 Nichols 1969, p. 22.
28 Berle & Means 1933, p. 124.
29 Berle & Means 1933, p. 352.
30 Berle & Means 1933, p. 352-353.
31 Berle & Means 1933, p. 353.
32 Denk aan goedkeuringsrechten, de instructiebevoegdheid en de benoemings- en ontslagbevoegdheid.
33 Vgl. HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7972 (*ABN AMRO*).
34 HR 20 april 2018, *JOR* 2018, 142, m.nt. Leijten (*Boskalis/Fugro*).
35 Zie Van Schilfgaarde 2017, p. 19-20; vgl. Raaijmakers 2015a, p. 155-164.

belangen van kredietverstrekkers, leveranciers en afnemers, maar zeker ook werknemers. Het is niet de rol van een aandeelhouder om te waken over de vennootschap en de daarbij betrokken belangen, maar juist die van het bestuur, waar de macht over het doen en laten van de vennootschap is gealloceerd. Die gedachte is terug te vinden in de notie van het vennootschappelijk belang, het belang van de onderneming en de daarbij betrokken belangen. Ongeacht de invulling die aan het vennootschappelijk belang wordt gegeven, is het niet meer dan logisch dat aan de bestuurdersrol ook de behartiging van deze belangen is opgedragen, omdat het bestuur in beginsel bij machte is deze belangen daadwerkelijk te behartigen.

Wordt de ontwikkeling van het losraken van *ownership* en *control* afgezet tegen de hedendaagse besloten vennootschap, dan valt vrijwel meteen op dat bij het merendeel van de besloten vennootschappen geen sprake is van een (zeer) verspreid aandelenbezit. Daarmee is er ook geen doelmatigheidsreden waarom iemand anders dan de eigenaar zelf de leiding binnen die vennootschap zou moeten uitoefenen. De wettelijke tweedeling van organen doet in dat geval haast theoretisch aan. Echter, het feitelijk ontbreken van deze tweedeling staat mogelijk een effectieve belangenbehartiging in de weg. Hier uit zich het spanningsveld tussen beperkte aansprakelijkheid enerzijds en effectieve belangenbehartiging anderzijds. De beperkte aansprakelijkheid is één van de belangrijkste kenmerken van de moderne vennootschap in het algemeen.[36] Aan deze beperking wordt het positieve effect toegedicht, dat het de mogelijkheid om risicovol te ondernemen vergroot, het ondernemen an sich stimuleert en daarmee het ondernemersklimaat bevordert. Het vermogen van de aandeelhouders is in beginsel onbereikbaar voor schuldeisers van de vennootschap (*asset shielding*) en zij hoeven in de verliezen van de vennootschap niet meer bij te dragen dan het bedrag dat zij op de aandelen moeten storten.[37] Het mogelijke verlies dat met elk van die ondernemingen kan worden geleden is beperkt tot het bedrag van de investering, terwijl in geval van onbeperkte aansprakelijkheid de mogelijk te leiden verliezen eveneens onbeperkt en daarmee onzeker zijn. Zodoende maakt de beperking van aansprakelijkheid het mogelijk dat ook de risico's voor de kapitaalverschaffer worden beperkt en de te investeren middelen voor meerdere activiteiten kunnen worden aangewend.[38] Beperkte aansprakelijkheid werkt dus *diversificatie* in de hand: de kapitaalverschaffer kan zijn te investeren middelen verspreiden over meerdere risico's of risicovolle ondernemingen. Deze mogelijkheid tot het kunnen nemen van risico's werkt echter tegelijkertijd het gevaar in de hand dat de vennootschap wordt ingezet als vehikel waarmee de eigen voordelen worden vermeerderd ten koste van anderen, bijvoorbeeld zij die met de vennootschap zaken hebben gedaan. In feite kan de kapitaalverschaffer immers grenzeloos risico's nemen om zo te proberen zijn winsten te vergroten, terwijl zijn mogelijke verlies beperkt is tot

36 Hansmann & Kraakman 2017, p. 1-5.
37 Art. 2:175 lid 1 BW.
38 Hansmann & Kraakman 2017, p. 8-9.

het bedrag van zijn investering. Het behartigen van de belangen van anderen vóór de eigen belangen wordt dan gemakkelijk uit het oog verloren. Wanneer eigendom en de daaraan verbonden aanspraak op winsten van de onderneming echter zijn ontkoppeld van het daadwerkelijke ondernemen door middel van de vennootschap, wijkt dit gevaar in beginsel aanzienlijk.

Van de duale structuur gaat dus een beschermende werking uit. Wanneer het bestuur onafhankelijk van de AV kan opereren, is het bestuur in staat te waarborgen dat niet enkel de belangen van de AV worden gediend, maar de andere bij de vennootschap betrokken belangen eveneens in het oog worden gehouden. Het lijkt erop dat deze waarborgende functie een belangrijke reden is geweest om bij de herziening van het BV-recht in 2012 niet af te zien van de duale structuur.[39] De bevoegdheid tot het besturen van de vennootschap mag dan wel bij het bestuur zijn gelegen, maar daarmee is niet gezegd dat het bestuur volledig zijn eigen gang kan gaan met de vennootschap en het door de aandeelhouders aan haar verstrekte kapitaal. Terecht kan niet worden aangenomen dat er een hoogste macht binnen de vennootschap zou bestaan.[40] Ieder van de organen dient te opereren binnen de door de wet en statuten aan het betreffende orgaan toegekende bevoegdheden.[41] De AV behoudt een zekere mate van controle of macht over zaken die de vennootschap aangaan. Zo dient het bestuur aan de AV verantwoording af te leggen en heeft de AV in beginsel de mogelijkheid om iedere bestuurder te allen tijde te ontslaan.[42] In dat opzicht bestaat er een balans tussen de AV en het bestuur, waarbij het ene orgaan de macht van het andere orgaan kan controleren, en die als een zeker machtsevenwicht kan worden getypeerd. Waar de AV er zodoende voor kan waken dat haar eigen belangen worden behartigd, kan nog worden vermeld dat een raad van commissarissen – als toezichthoudend orgaan – bewaakt dat ook het vennootschappelijk belang wordt behartigd.[43] Deze balans tussen de verschillende organen bewerkstelligt indirect dat ook de belangen van anderen die bij de vennootschap betrokken zijn, in theorie worden gewaarborgd.

Het duale systeem heeft zo bezien zowel intern als extern een regulerende functie. Het draagt bij aan een evenredige behartiging van de pluraliteit van belangen en noopt de natuurlijk personen die acteren voor de vennootschap tot verantwoordelijke aanwending van de toegekende bevoegdheden ten opzichte van zowel de bij de

39 Rapport 2004, p. 23 en *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 10 (MvT); de wetgever heeft gemeend dat flexibilisering van het BV-recht ook op minder ingrijpende manieren kan worden bereikt dan via de afschaffing van het als lastig ervaren verplichte duale systeem; zie ook *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 5, p. 5.

40 Hoewel opgemerkt zij dat de AV in feite doorslaggevende bevoegdheden heeft, aldus Schwarz 2018, p. 22-24.

41 HR 21 januari 1955, *NJ* 1959, 43, m.nt. Bröring (*Forumbank*).

42 Art. 2:210 en 2:244 lid BW.

43 Die taak is wettelijk verankerd in art. 2:250 lid 2 BW.

vennootschap betrokken personen als aan de vennootschap gerelateerde derden, alsook tot een zorgvuldige omgang met de aan rechtspersoonlijkheid verbonden gevolgen.

2.4 Aansprakelijkheid en beleidsbepaling

Men kan zich de vraag stellen wat het bestuur belet om – gegeven de toegekende bevoegdheden – niet alleen de eigen belangen te behartigen, wanneer voor het bestuur evenzeer geldt dat in beginsel de vennootschap voor haar eigen verplichtingen aansprakelijk is én het bestuur bovendien (in beginsel) niet met eigen kapitaal aan de slag gaat. Wanneer zowel de rol van aandeelhouder als die van bestuurder door dezelfde persoon kan worden vervuld, zodat voornoemde waarborg mijns inziens geacht kan worden te ontbreken, wat belet die persoon dan om niet alsnog het voorrecht van beperkte aansprakelijkheid te misbruiken? Afgezien van eer en geweten en eventuele contractuele bepalingen waaraan de bestuurder is gebonden, zou misbruik niet worden belet, ware het niet dat de wet uitdrukkelijk voorziet in bepalingen die leiden tot aansprakelijkheid van formele bestuurders voor schulden van de vennootschap ter compensatie van door derden geleden schade. Bovendien is in de rechtspraak al lange tijd aanvaard dat bestuurders kunnen worden aangesproken wegens een onrechtmatige daad, in hoedanigheid gepleegd. Bestuurdersaansprakelijkheid strekt niet slechts tot voorkoming en compensatie van misbruik van rechtspersoonlijkheid, maar noopt het bestuur in het algemeen tot verantwoordelijk gedrag jegens zowel de vennootschap, als derden waarmee namens de vennootschap wordt gehandeld. Welbeschouwd heeft bestuurdersaansprakelijkheid dus een normatief karakter, dat enerzijds preventieve werking heeft en anderzijds een compenserende werking.[44] De bestuurder is gehouden tot een *behoorlijke* taakvervulling jegens de vennootschap; een (kennelijk) onbehoorlijke taakvervulling kan leiden tot aansprakelijkheid. Bij de uitoefening van zijn taak dient de bestuurder bovendien te handelen naar hetgeen in het maatschappelijk verkeer betamelijk is. Hoewel laatstgenoemde maatstaf een algemeen karakter heeft en voor ieder rechtssubject geldt, is bij de beoordeling van de vraag of een *bestuurder* betamelijk heeft gehandeld, zijn hoedanigheid als functionaris van de vennootschap een belangrijke factor. De bestuurder wordt immers niet *pro se* aangesproken, maar *qualitate qua*, waardoor de toetsing van het handelen een bijzonder karakter krijgt.[45] Of dat bijzondere karakter gerechtvaardigd is, staat overigens ter discussie.[46]

44 Over het *deterrence effect* zie Hansmann & Kraakman 2017, p. 42.; vgl. ook *Kamerstukken II* 2013/14, 34 011, nr. 3, p. 2 (MvT), waarin over bestuurdersaansprakelijkheid wordt opgemerkt dat het een instrument van 'herstel achteraf' betreft.

45 Vgl. Timmerman 2017, p. 30.

46 Zie o.m. Westenbroek 2017 en Karapetian 2019, par. 2.7.

Wet en rechtspraak houden er rekening mee dat de vennootschap als zodanig niet zelf handelt, maar haar wil en handelen door daarvoor aangestelde, natuurlijke personen worden bepaald en uitgevoerd. Primair is het bestuur belast met die taak: artikel 2:239 lid 1 BW stipuleert dat het bestuur de vennootschap bestuurt. Ingevolge artikel 2:240 lid 1 BW is het bestuur ook belast met de vertegenwoordiging van de vennootschap. De bestuurstaak dient het bestuur uit te oefenen met inachtneming van het belang van de vennootschap en de aan haar verbonden onderneming, aldus artikel 2:239 lid 5 BW. Het is dan ook logisch dat, wanneer het bestuur in die taak tekortschiet, enige vorm van aansprakelijkheid voor dat tekortschieten kan worden aangenomen. De aansprakelijkheid is rechtstreeks verbonden met de wijze waarop de bestuurder zich van zijn taak heeft gekweten. Daarbij is echter een zekere abstractie geboden: er dient geabstraheerd te worden van de persoon van de bestuurder. Wat van een bestuurder mag worden verwacht, moet objectief worden beoordeeld. De huidige maatstaf in dat verband verlangt dat de bestuurder moet hebben gehandeld *zoals van een redelijk denkend bestuurder in dezelfde omstandigheden mag worden verwacht*.[47] Bestuurdersaansprakelijkheid jegens derden houdt verder steeds verband met door het bestuur voor of namens de vennootschap met hen verrichte handelingen[48]: een beleid dat uiteindelijk in een faillissement uitmondt, het aangaan van verbintenissen, terwijl de bestuurder redelijkerwijs kon of behoorde te voorzien dat de vennootschap deze niet zou kunnen nakomen en ook geen verhaal zou bieden en het bewerkstelligen of toelaten dat de vennootschap haar verplichtingen niet nakomt.[49] Daarbij is de essentie dat derden aan de vennootschap worden gebonden, maar dat binden van de vennootschap *an sich* niet door de vennootschap zelf geschiedt. Hetzelfde geldt voor het wel of niet nakomen van de betreffende verbintenis, hetgeen in de regel door het bestuur van de vennootschap zal moeten worden bewerkstelligd. Deze essentie is duidelijk terug te lezen in de overweging van de Hoge Raad in zijn arrest *Dullemen/Sala*, waarin hij oordeelt *'dat, indien een orgaan van een rechtspersoon door zijn handelingen die rechtspersoon aan een derde bindt, de omstandigheid dat de weigering van dat orgaan om die verbintenis na te komen wanpraestatie van die rechtspersoon oplevert geenszins (...) een belemmering vormt om t.a.v. de natuurlijke persoon, die als orgaan optreedt, diens weigering tot nakoming aan te merken als een onrechtmatige daad jegens dien derde'*.[50]

47 HR 7 juni 1996, *NJ* 1996, 695 (*Drankenhandel Van Zoolingen*); HR 8 juni 2001, *NJ* 2001, 454 (*Panmo*).

48 Hier versta ik ook een nalaten onder.

49 Vgl. artikel 2:138/248 lid 1 BW dat alleen tot aansprakelijkheid leidt wanneer de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement heeft gevormd; HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659 (*Ontvanger/Roelofsen*).

50 HR 31 januari 1958, *NJ* 1958, 251 (*Dulleman/Sala c.s.*).

Externe bestuurdersaansprakelijkheid en aansprakelijkheid van aandeelhouders vormen (in feite) een doorbraak[51] van aansprakelijkheid. Er bestaat immers een verbintenis tussen de vennootschap en een derde. Echter, ook andere (rechts)personen kunnen, al dan niet naast de vennootschap, door de derde worden aangesproken, wanneer de vennootschap niet zelf aan de verbintenis voldoet. Er is sprake van een doorbraak, omdat (feitelijk) aan het bepaalde in artikel 2:5 BW wordt voorbijgegaan. De werking van de bepaling wordt doorbroken.[52] Er wordt bovendien 'doorgebroken' naar een ander rechtssubject dan het rechtssubject dat primair aan de derde is gebonden. Bij bestuurdersaansprakelijkheid wordt doorgebroken naar het rechtssubject dat de vennootschap heeft gebonden, uiteindelijk een natuurlijk persoon[53], en dat in zijn hoedanigheid daartoe bevoegd was. In de literatuur wordt een onderscheid tussen directe en indirecte doorbraak gebezigd.[54] In geval van directe doorbraak wordt de rechtspersoon als het ware weggedacht en wordt de handelende persoon in feite vereenzelvigd met de rechtspersoon die hij heeft gebonden. De handelende persoon wordt aangesproken op grond van een tekortkoming of onrechtmatige gedraging van de rechtspersoon. Van indirecte doorbraak wordt gesproken wanneer de handelende persoon naast de vennootschap aansprakelijk is. Aan de orde is dan de vraag of de handelende persoon wegens een *eigen* tekortkoming of onrechtmatige gedraging kan worden aangesproken.[55] In geval van directe doorbraak wordt het identiteitsverschil tussen rechtssubjecten weggedacht, waarbij de ratio is dat van het identiteitsverschil misbruik kan worden gemaakt.[56] Gevallen van indirecte doorbraak zien daarentegen niet (zozeer) op misbruik, maar hebben eerder betrekking op schendingen van hetgeen in het maatschappelijk verkeer betamelijk wordt geacht door degenen die voor of namens de rechtspersoon handelen of hadden moeten handelen en dat hebben nagelaten, waardoor zij zich onrechtmatig jegens de benadeelde hebben gedragen. In beide gevallen is echter van belang in hoeverre degene die wordt aangesproken, zeggenschap heeft gehad, althans de mogelijkheid had om het gewraakte schadeveroorzakend handelen, te voorkomen. Zeggenschap, het wel of niet uitoefenen van bevoegdheden die in een bepaalde hoedanigheid ten opzichte van de rechtspersoon zijn toegekend en beleidsbemoeienis, is een gemene deler bij zowel directe als indirecte doorbraak van aansprakelijkheid en daarmee ook in gevallen van bestuurders- en aandeelhoudersaansprakelijkheid. Ook daarin herkent men een duidelijk besef dat de rechtspersoon slechts een vehikel is en enig handelen of nalaten uiteindelijk steeds van natuurlijke personen afhankelijk is.

---

51 Zie voor dit begrip Van Schilfgaarde 1970, p. 3.

52 Vgl. Van Schilfgaarde 1970, p. 4.

53 Vgl. artikel 2:11 BW en voor de toepassing ervan bij aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW HR 17 februari 2017, *NJ* 2017, 215, m.nt. Van Schilfgaarde (*Kampschöer/Le Roux*).

54 Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/834.

55 Bartman 2016, p. 241-242; Van Schilfgaarde 2017, p. 220.

56 Zie HR 9 juni 1995, *NJ* 1996, 213 (*Krijger/Citco*); HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000, 698 (*Rainbow*); HR 7 oktober 2016, *NJ* 2017, 124 (*Maple Leaf*).

In doorbraak-casus gaat het veelal om gelieerde rechtspersonen, al dan niet als gevolg van de omstandigheid dat er op bestuurs- of aandeelhoudersniveau of anderszins sprake is van verwevenheid of een personele unie. Er kan daarnaast sprake zijn van een mate van zeggenschap of bevoegdheden tot handelen die voortvloeien uit feitelijke omstandigheden, zonder dat diegene als (onderdeel van een) orgaan van de vennootschap opereert. Bij de in het *Rainbow*-arrest betrokken rechtspersonen had directeur/enig aandeelhouder De Wit in beide vennootschappen dezelfde positie en nagenoeg volledige zeggenschap. De Hoge Raad overwoog dat door degene die *(volledige of overheersende) zeggenschap heeft* over twee rechtspersonen, misbruik kan worden gemaakt van het identiteitsverschil tussen deze rechtspersonen, welk misbruik in de regel als een onrechtmatige daad kwalificeert.

De schadevergoedingsverplichting rust dan niet alleen op de persoon die met gebruikmaking van zijn zeggenschap de betrokken rechtspersonen tot medewerking aan dat onrechtmatig handelen heeft gebracht, maar ook op deze rechtspersonen zelf, omdat het ongeoorloofde oogmerk van degene die hen beheerst rechtens dient te worden aangemerkt als een oogmerk ook van henzelf.[57] Het element zeggenschap staat in deze overweging centraal; zonder zeggenschap wordt niet aan de toepassing van het vereenzelvigingsvraagstuk toegekomen.[58] Eenzelfde gedachte ziet men terug bij de (indirecte) doorbraak van aansprakelijkheid in concernverhoudingen. Zo overwoog de Hoge Raad in het Osby-arrest dat wanneer een moedermaatschappij nalaat zich onder bepaalde omstandigheden de belangen van schuldeisers van haar dochtermaatschappij aan te trekken, zij een onrechtmatige daad jegens die schuldeisers kan plegen. Dat is kort gezegd met name het geval indien de moeder een zodanig inzicht in en zeggenschap over het beleid van de dochter heeft, dat zij ten tijde van de verweten gedragingen wist of behoorde te voorzien dat haar gedragingen tot nadeel voor de schuldeisers van de dochtermaatschappij zou leiden.[59] Zeggenschap speelt ook een doorslaggevende rol in geval van aansprakelijkheid van (mede)beleidsbepalers, die ingevolge een wettelijke gelijkstelling als formele bestuurders worden beschouwd en als zodanig bestuurdersaansprakelijkheid hebben te duchten. De beleidsbepaler moet dan hebben gehandeld als ware hij bestuurder; degene die als zodanig handelt, heeft evident zeggenschap binnen de vennootschap en over haar handelen.

De verbinding tussen zeggenschap en aansprakelijkheid zien wij niet alleen terug in het rechtspersonenrecht. Ook bij de personenvennootschappen is deze verbinding niet onbekend. Vennoten in een vennootschap onder firma zijn in beginsel steeds

57 HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000, 698 (*Rainbow*), r.o. 3.5.

58 Vgl. Hof Den Haag 18 juni 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:1833, waarin het hof een beroep op vereenzelviging passeert omdat Y, die misbruik wordt verweten, geen volledige of heersende zeggenschap had over de betrokken rechtspersonen.

59 HR 25 september 1981, *NJ* 1982, 443 (*Osby*).

bevoegd om namens de vennootschap te handelen.[60] Tegelijkertijd zijn deze vennoten hoofdelijk aansprakelijk voor verbintenissen van de vennootschap.[61] Anders is het echter bij de commanditaire vennootschap, welke entiteit zowel beherende als commanditaire vennoten kent.[62] De beherende vennoten zijn bevoegd om namens de vennootschap te handelen, maar zijn ook hoofdelijk verbonden voor deze verbintenissen. De commanditaire vennoot is daarentegen niet bevoegd om namens de vennootschap te handelen.[63] Daar staat tegenover dat hij slechts aansprakelijk is tot het beloop van zijn inbreng in de vennootschap en dus niet hoofdelijk is verbonden voor verbintenissen van de vennootschap.[64] Handelt de commanditaire vennoot wel namens de vennootschap, dan riskeert hij alsnog hoofdelijke verbondenheid.[65] De achtergrond van deze regeling legt eveneens een verbinding tussen zeggenschap en aansprakelijkheid bloot, nu daarbij de gedachte is dat moet worden voorkomen dat een commanditaire vennoot ten name van de vennootschap aan het handelsverkeer deelneemt als ware hij beherend vennoot en aldus misbruik maakt van het rechtsgevolg dat is verbonden aan de hoedanigheid van commanditaire vennoot.[66]

Hierbij dient een onderscheid tussen vertegenwoordiging en beleidsbepaling te worden gemaakt. Wanneer het gaat over rechtspersoonlijkheid dan heeft vertegenwoordiging in beginsel betrekking op het voor of namens de rechtspersoon verrichten van *rechts*handelingen. Artikel 2:240 lid 1 BW bepaalt dat het bestuur van de besloten vennootschap haar vertegenwoordigt, voor zover uit de wet niet anders voortvloeit.[67] Het gaat dan over de toerekening van rechtshandelingen aan een andere persoon dan de persoon die handelt: verricht een bestuurder een rechtshandeling namens de rechtspersoon, dan wordt die rechtshandeling aan de rechtspersoon toegerekend als ware het een eigen rechtshandeling en raakt niet de bestuurder, maar de rechtspersoon gebonden.[68] Ik zou hier willen spreken van vertegenwoordiging in enge zin. Daarnaast staat dan de vertegenwoordiging in ruime zin, waarmee ik doel op zowel rechtshandelingen namens de rechtspersoon verricht, alsook enig ander, feitelijk handelen of nalaten door, voor of namens de rechtspersoon. Van een rechtshandeling is immers alleen sprake wanneer een op een rechtsgevolg gerichte wil zich door een verklaring heeft geopenbaard.[69] Niet van iedere handeling die voor of namens de rechtspersoon wordt verricht, kan echter worden gezegd dat het een

60 Artikel 17 lid 1 WvK.
61 Artikel 18 WvK.
62 Artikel 19 lid 1 WvK.
63 Artikel 20 lid 2 WvK.
64 Artikel 20 lid 3 WvK.
65 Artikel 21 WvK.
66 HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1413, *NJ* 2015, 380, m.nt. Van Schilfgaarde (*Katterug*).
67 Ik bespreek het leerstuk van vertegenwoordiging in paragraaf 3.5.
68 Slagter/Assink 2013, p. 348 e.v.; Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/326; Pitlo/Raaijmakers 2017, p. 278 e.v.
69 Artikel 3:33 BW.

rechtshandeling betreft. Onder vertegenwoordiging in ruime zin versta ik naast rechtshandelingen ook alle andere handelingen die het bestuur verricht en waarbij het extern – dus niet in relatie tot de andere organen van de vennootschap – optreedt voor of namens de vennootschap in hoedanigheid van bestuurder.[70]

Ongeacht of er sprake is van vertegenwoordiging in enge of ruime zin, kan in de regel steeds een bepaalde handeling of een samenstel van handelingen worden onderscheiden. Beleidsbepaling is daarentegen een meer abstract begrip.[71] Vertegenwoordiging kan onder de noemer van beleidsbepaling worden geschaard, terwijl beleidsbepaling zich niet tot het enkele vertegenwoordigen van de vennootschap beperkt. Beleidsbepaling heeft betrekking op zowel intern handelen, in relatie tot de andere organen van de vennootschap, als extern handelen, voor of namens de vennootschap jegens derden. Bovendien heeft beleidsbepaling ook betrekking op handelen van het bestuur dat niet zozeer jegens anderen is gericht, maar dat juist ziet op de kern van de bestuursfunctie: het besturen van de vennootschap, waaronder mede kan worden begrepen voorbereiden, vaststellen en uitvoeren van het beleid van de vennootschap. Die wilsvorming van de vennootschap zal eerst en vooral plaatsvinden in de hoofden van de natuurlijke personen die (indirect) met het bestuur zijn belast. Van enig tot derden gericht handelen is daarbij geen sprake. Het begrip *beleidsbepaling* heeft dan ook een ruimere strekking dan het begrip *vertegenwoordiging*.

2.5 Het is altijd de mens die handelt

In veel gevallen van bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW is een kwestie van vertegenwoordiging aan de orde, waarbij de bestuurder namens de vennootschap een rechtshandeling heeft verricht, maar de vennootschap uiteindelijk tekortschiet in haar verplichtingen jegens haar contractuele wederpartij, al dan niet omdat verhaal van de vordering wordt gefrustreerd. Dat is duidelijk terug te zien in de standaardoverweging voor deze gevallen van bestuurdersaansprakelijkheid, kenbaar uit onder meer het arrest *Ontvanger/Roelofsen*.[72] Hoewel ook andere omstandigheden tot bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW kunnen leiden, wordt met name gedacht aan gevallen waarin de bestuurder (i) namens de vennootschap heeft gehandeld, dat wil zeggen een verbintenis is aangegaan of (ii) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar (wettelijke of) contractuele verplichtingen niet nakomt. Voor wat betreft dit tweede geval bedenke men dat in de regel het bestuur in eerste instantie de vennootschap heeft verbonden en vervolgens niet zijn (vertegenwoordigings)bevoegdheid aanwendt om aan de

70 Vgl. Asser/Kortmann 3-III 2017/1.

71 Over de betekenis van dit begrip bij de toepassing van artikel 2:248 lid 7 BW kom ik later te spreken, zie paragraaf 4.2.3.

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

desbetreffende verbintenissen uitvoering te geven. De bestuurder kon handelen of ingrijpen, maar deed dat niet. Eenzelfde gedachte is terug te zien in gevallen van aandeelhoudersaansprakelijkheid. Onder omstandigheden kan de moedervennootschap worden verweten dat zij niet heeft gehandeld of ingegrepen bij de dochter, waar dat wel had gemoeten.[73] In de literatuur wordt thans bij gevallen van concernaansprakelijkheid een accentverschuiving beschreven, die neigt naar aansprakelijkheid in verband met de (potentiële) ingrijpmacht van de moedervennootschap.[74]

De aan bestuurders verweten gedragingen spitsen zich toe op daden van vertegenwoordiging, terwijl de bestuurder wist of behoorde te weten dat de vennootschap die verplichting niet zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden, dan wel de bestuurder wist of behoorde te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze tot gevolg zou hebben dat de vennootschap haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de daardoor geleden schade. Worden bestuurders daarentegen aangesproken op grond van artikel 2:248 BW, dan is de beleidsbepaling onderwerp van geschil. Aan de orde is immers de vraag of en in hoeverre het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. De tekst van deze bepaling impliceert reeds dat een oordeel wordt gevormd over een samenstel van handelingen, het geheel van doen en nalaten, de wijze waarop het bestuur de vennootschap heeft bestuurd of haar beleid heeft bepaald.

Bij het beoordelen van de aansprakelijkheid is echter steeds sprake van de volgende kenmerkende eigenschap. De mate waarin de handelende (rechts)persoon het in zijn macht heeft (gehad) om, gelet op zijn positie binnen de vennootschap, het nadeel bij derden, al dan niet als gevolg van een faillissement, te voorkomen. De bestuurder die weet of redelijkerwijs behoort te weten dat de vennootschap een verplichting niet zal kunnen nakomen en geen verhaal zal bieden, kan het daardoor ontstane nadeel van de derde voorkomen door de vennootschap die verplichting niet te laten aangaan. Wanneer de vennootschap een verplichting is aangegaan, en de middelen of mogelijkheden heeft om deze verplichting na te komen, dan heeft de bestuurder het in zijn macht om die nakoming al dan niet te bewerkstelligen of toe te laten. Als het orgaan dat de dagelijkse leiding heeft over de vennootschap, haar vermogen beheert en het vennootschappelijk belang dient te behartigen, verkeert het bestuur in de positie om de continuïteit van de vennootschap te waarborgen en te bewerkstelligen dat zij haar verplichtingen nakomt. In deze eigenschap is naar mijn mening een groeiend besef terug te zien van de omstandigheid dat de rechtspersoon weliswaar een zelfstandig rechtssubject is, maar zijn wil steeds door natuurlijke personen wordt bepaald en hij voor zijn handelen volledig van deze natuurlijke personen afhankelijk is. Wanneer die natuurlijke personen niet handelen waar zij dat zouden moeten of

73 Vgl. HR 21 december 2001, *JOR* 2002, 38, m.nt. Faber (*Sobi/Hurks II*).

74 Zie A-G Timmerman in zijn conclusie bij HR 12 september 2008, *RvdW* 2008, 840 (*Coutts Holding*) en daarover Bartman e.a. 2016, p. 269-272.

wel handelen waar zij dat hadden moeten nalaten, terwijl voor hen de als daarvan te lijden schade voorzienbaar was, is een schadevergoedingsplicht naar verkeersopvatting gerechtvaardigd. Rechtspersoonlijkheid is niet heilig. Daarin is dan ook de verbinding tussen aansprakelijkheid en beleidsbepaling gelegen. Het bestaan van rechtspersoonlijkheid laat de eigen verantwoordelijkheid van de handelende mens onverlet.

Hoofdstuk 3

BESTUUR

3.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk schetste ik een algemeen kader over de verhouding tussen rechtspersoonlijkheid en aansprakelijkheid. Daarbij kwam ook de noodzaak voor een organisatie binnen de vennootschap aan de orde. Op grond van artikel 2:239 lid 1 BW is het bestuur, behoudens beperkingen in de statuten, belast met het besturen van de vennootschap. Het bestuur is daarmee het orgaan dat primair is belast met het leiden van de vennootschap.[1] In dit hoofdstuk wordt de rol van het bestuur nader bezien, teneinde meer grip te krijgen op de taken en bevoegdheden, het functioneren en de autonomie van het bestuur. In het kader van dit onderzoek geldt de rol van het bestuur, gelet op zijn functie binnen de organisatie van de vennootschap, als leidraad voor het beoordelen van de aansprakelijkheid die kan komen te rusten op (rechts)personen die zich mengen in het bestuur en beleid van de vennootschap. De aansprakelijkheid van deze (rechts)personen moet namelijk in onderling verband en samenhang met de rol van het bestuur worden gezien. Als leidinggevend orgaan is het bestuur van de vennootschap immers ook het orgaan dat eerst en vooral de verantwoordelijkheid draagt voor het reilen en zeilen binnen de vennootschap. Schiet het bestuur tekort in zijn functie en neemt het niet de verantwoordelijkheid die deze functie met zich brengt, dan kan het bestuur onder omstandigheden aansprakelijk zijn jegens de vennootschap (intern) of derden, die met de vennootschap hebben gehandeld (extern).[2] De leidinggevende functie, en de in dat kader aan het bestuur toegekende bevoegdheden, zijn zodoende verknocht met verantwoordelijkheid voor behoorlijk handelen en de eventuele aansprakelijkheid in geval van onbehoorlijk handelen.[3] In dit hoofdstuk bespreek ik achtereenvolgens de bestuursfunctie

---

1 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/189.

2 Vgl. artikel 2:9 lid 1 BW voor wat betreft de interne verantwoordelijkheid en bijvoorbeeld artikel 2:248 lid 1 BW met betrekking tot de externe verantwoordelijkheid. Met verantwoordelijkheid doel ik hier niet op de verantwoordingsplicht van het bestuur, maar op de verantwoordelijkheid die als zodanig op dit orgaan rust om zijn taken behoorlijk uit te voeren. Zie over dit onderscheid Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/439.

3 Vgl. Löwensteyn 1959, p. 59-60.

en de daarmee verband houdende taken en bevoegdheden. Daarnaast ga ik in op het functioneren van het bestuur als vennootschapsorgaan. Vervolgens wordt ingegaan op de vertegenwoordiging van de vennootschap. Ten slotte besteed ik aandacht aan de bestuursautonomie. In dit hoofdstuk ligt de focus op het bestuur van een besloten vennootschap.

3.2 De bestuursfunctie

De organisatie van de vennootschap wordt beheerst door de wet en de gewoonte.[4] Het merendeel van de in Boek 2 BW opgenomen bepalingen zijn organisatierechtelijke regels, die de basis vormen voor het functioneren van de rechtspersoon.[5] Op grond van artikel 2:177 lid 1 BW dient de akte waarmee de BV wordt opgericht haar statuten te bevatten. In de statuten worden de eigen organisatierechtelijke bepalingen van de betreffende vennootschap beschreven.[6] Met name dit geheel van wet, gewoonte en statuten is de bron waaruit de functie, de taken en de bevoegdheden van het bestuur kunnen worden gekend.[7] Alvorens verder in te gaan op de functie, taken en bevoegdheden van het bestuur, wijs ik op het door Huizink gemaakte onderscheid tussen deze drie begrippen. Terecht merkt hij op dat er sprake is van drie verschillende begrippen die met regelmaat door elkaar worden gebruikt. In één zin brengt hij het onderscheid tot uitdrukking: *'Bevoegdheden zijn de instrumenten om taken uit te voeren teneinde een bepaalde functie te vervullen.'*[8]

Op grond van artikel 2:239 lid 1 BW heeft het bestuur de taak om de vennootschap te besturen. Daaruit volgt echter met zoveel woorden ook de functie van het bestuur. Waar de primaire functie van de aandeelhouder kan worden omschreven als kapitaalverschaffer en die van de commissaris als toezichthouder, kan de functie van het bestuur in abstracte zin worden geduid als leidinggevende.[9] Het bestuur legt zich toe op de dagelijkse leiding van de vennootschap en de (veelal) daarmee verbonden onderneming en bepaalt haar strategie en beleid voor zowel de korte als de lange termijn, mede gelet op het doel van de vennootschap.[10] Die rol houdt in dat het

4 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/171.
5 Huizink 1989, p. 1.
6 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/174.
7 Daarnaast kan nog worden gewezen op reglementen en besluiten, terwijl ook bepalingen buiten Boek 2 BW van belang zijn voor het functioneren van de vennootschap, zie Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nrs. 170-174 en 184-185.
8 Huizink 1989, p. 16.
9 Vgl. in deze zin Löwensteyn 1959, p. 115-116; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/110 en 121.
10 Vgl. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/390; Handboek 2013, p. 478. Hof Amsterdam (OK) 17 januari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ6440 (*Stork*); HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7972 (*ABN AMRO*); HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0976 (*ASMI*);

bestuur het beleid van de vennootschap voorbereidt, vaststelt en uitvoert.[11] Echter, als leidinggevende heeft het bestuur ook de rol van beheerder van het vermogen van de vennootschap en functioneert het bestuur veelal ook als de initiatiefnemer voor het functioneren van de andere organen van de vennootschap.[12] Een op dit geheel toegespitste functieomschrijving troffen wij nog aan in de Corporate Governance Code (CGC) 2008, waarin als verantwoordelijkheden van het bestuur worden genoemd '*de realisatie van de doelstellingen van de vennootschap, de strategie met het bijbehorende risicoprofiel, de resultatenontwikkeling en de voor de onderneming relevante maatschappelijke aspecten van ondernemen*'.[13] De functie van het bestuur krijgt een nadere inhoud, wanneer de rol van het bestuur wordt bezien vanuit de organisatie van de vennootschap. Enerzijds speelt het bestuur, zoals hiervoor aangegeven, een rol ten aanzien van het interne functioneren van de vennootschap, terwijl het anderzijds van belang is voor een doelmatige deelneming van de vennootschap aan het rechtsverkeer met in het verlengde daarvan het maatschappelijk verkeer.[14] Het bestuur is beheerder van het vermogen van de vennootschap en tegelijkertijd haar vertegenwoordiger ten opzichte van derden, maar ook beheerder van haar interne organisatie. Het bestuur vervult zodoende een sleutelrol bij zowel het interne als het externe functioneren van de vennootschap.[15]

Enige vaagheid bij de omschrijving van de functie van het bestuur kan echter niet worden voorkomen. De functie van het bestuur laat zich simpelweg niet in één of enkele zinnen samenvatten.[16] Dat houdt onder meer verband met de wijze waarop de vennootschap als zodanig wordt benaderd, maar vooral ook met de omstandigheid dat de vennootschap zich in uiteenlopende gedaantes kan voordoen.[17] Voor wat

---

Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1965, *JIN* 2017, 116 (*Elliot/AkzoNobel*), m.nt. Wolf.

11 Van Schilfgaarde 2017, p. 180; Slagter/Assink 2013, p. 908; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/390.

12 Löwensteyn 1959, p. 117-119; vgl. ook artikel 2:274 BW betreffende besluiten van het bestuur die aan de goedkeuring van de RvC zijn onderworpen en waaruit blijkt dat het bestuur onder meer intern initiatiefnemer is ten aanzien van een statutenwijziging of een faillissementsaangifte. De bevoegdheid om de statuten te wijzigen ligt evenwel bij de AV (artikel 2:231 lid 1 BW), terwijl het bestuur zonder opdracht van de AV niet bevoegd is tot aangifte van het faillissement van de vennootschap (artikel 2:246 BW).

13 Corporate Governance Code 2008, Principe II.1, p. 11; op 8 december 2016 heeft de Monitoring Commissie Corporate Governance Code de herziene Corporate Governance Code (de Code) gepubliceerd. Een vergelijkbare beschrijving is daarin niet opgenomen.

14 Vgl. Löwensteyn 1959, p. 26-27; Hansmann & Kraakman 2017, p. 11-13.

15 Verdam schrijft dat het bestuur 'het orgaan is van het lichaam rechtspersoon dat de wil van die rechtspersoon vormt alsook de aansturing van haar gedrag en handelingen' en verderop beschrijft hij het bestuur als 'het brein, wilsvormend en sturend orgaan', zie Verdam 2010, p. 94.

16 Voor enkele pogingen Slagter/Assink 2013, p. 908 e.v.; Pitlo/Raaijmakers 2017, p. 287 e.v. en Handboek 2013, p. 478-480.

17 Vgl. Huizink 1989, p. 17 en 15; Slagter/Assink 2013, p. 906.

betreft de benadering van de vennootschap als zodanig verwijs ik naar de opvattingen van onder meer Van Schilfgaarde en Raaijmakers. Van Schilfgaarde bepleit de zogenoemde 'institutionele opvatting', waarin hij de (beide) kapitaalvennootschap(pen) omschrijft als een van de aandeelhouders vrijstaand instituut, dat als zodanig kan functioneren en als rechtspersoon kan deelnemen aan het economisch verkeer, een en ander krachtens beslissingsmechanismen die vervat zijn in eigen regels, waaraan ook de voltallige aandeelhoudersvergadering is gebonden.[18] Raaijmakers stelt daarentegen dat deze institutionele opvatting een gefundeerde theorie ontbeert. De eigen aard en regeling van onderscheiden rechtsvormen wordt miskend en verklaart niet dat die gelijkelijk 'open rechtsbetrekkingen' zouden constitueren.[19] De keuze van benadering van de vennootschap als zodanig, heeft mijns inziens een uitwerking op de rol – en daarmee de functie – die aan het bestuur binnen de vennootschap wordt toebedeeld. Wanneer immers de vennootschap als een instituut wordt beschouwd, dat (in vergaande mate) onafhankelijk van haar aandeelhouders als zelfstandige eenheid opereert, dan meen ik dat het bestuur aan het roer staat van de gedreven onderneming en zich ter zake de belangen van alle bij deze onderneming betrokkenen zal moeten aantrekken. De functie van het bestuur is dan gericht op het managen van deze belangen en tegelijkertijd op de continuïteit van de vennootschap als onderneming, waarbij aan het bestuur een belangrijke waarborgfunctie met betrekking tot de verschillende belangen is toebedeeld.[20] Deze rol van het bestuur kan echter wezenlijk anders zijn, wanneer bij het benaderen van de vennootschap wordt erkend dat niet alle kapitaalvennootschappen over één kam zijn te scheren. Hoewel de institutionele opvatting wellicht past bij grote vennootschappen met verspreid aandelenbezit, doet zij (veelal) geen recht aan de werkelijkheid en dagelijkse praktijk van bijvoorbeeld een eenpersoonsvennootschap, waarbij formeel een onderscheid bestaat tussen aandeelhoudersvergadering en bestuur, maar deze organen materieel door één persoon worden ingevuld. In dat verband wijst Raaijmakers erop dat directeuren-grootaandeelhouders streven naar bevordering en behoud van inkomen en waarde, waarvan zij vaak ook afhankelijk zijn voor hun gezinsonderhoud en oudedagvoorziening.[21] In een dergelijk geval richt de functie van de bestuurder zich naar mijn mening in veel mindere mate op het managen van verschillende belangen, maar eerst en vooral op de belangen van de aandeelhouder/bestuurder.

Ongeacht de gekozen benadering is er echter een gemene deler te onderscheiden: het bestuur leidt de vennootschap naar het doel waarvoor zij is opgericht en bepaalt telkens wanneer de omstandigheden zulks verlangen, op welke wijze de

18 Onder meer in Van Schilfgaarde 2017, nr. 2, welke opvatting inmiddels veel navolging heeft gekregen.

19 Pitlo/Raaijmakers 2017, p. 187-189; Raaijmakers 2015a.

20 Hetgeen overigens voortvloeit uit artikel 2:239 lid 5 BW, waarin de institutionele benadering sterk doorklinkt.

21 Pitlo/Raaijmakers 2017, p. 260.

verwezenlijking van het doel wordt nagestreefd. Met de verschillende gedaantes waarin de vennootschap zich kan voordoen, doel ik op de verschillende toepassingen in de praktijk waarbij de vennootschap, als vehikel om aan het rechtsverkeer deel te nemen, pleegt te worden gebruikt. Ik doel daarmee verder op de omvang van de onderneming die door de vennootschap wordt gedreven en de verhouding tussen de (natuurlijke) personen die in de organen van de vennootschap plaatsnemen.[22] De functie die het bestuur binnen de vennootschap vervult, verschilt ook naargelang haar specifieke inrichting en bevoegdheidsverdeling, zoals deze blijkt uit de statuten, de bezetting van haar organen – bijvoorbeeld DGA versus verspreid aandelenbezit en aangesteld bestuur – en de feitelijke werkzaamheden waarvoor de vennootschap is opgericht. Met andere woorden: de ene vennootschap is de andere niet. Een houdstermaatschappij onderscheidt zich van een werkmaatschappij en een familievennootschap onderscheidt zich van de eenpersoonsvennootschap. Gewezen zij bijvoorbeeld ook op structuurvennootschappen, waar ten detrimente van het bestuur een belangrijke rol is weggelegd voor de raad van commissarissen en joint venture-vennootschappen, die dienen als vehikel voor een samenwerking.[23] De concrete omstandigheden van het geval bepalen kortom de rol van het bestuur.[24]

Dat het primaat van leiderschap binnen de vennootschap bij het bestuur is gelegen, laat ten slotte onverlet dat ook voor de andere organen in meer of mindere mate een rol is weggelegd met betrekking tot het bepalen van het beleid en de strategie van de vennootschap. Dat is echter een uitvloeisel van de (wettelijke) taakverdeling tussen de te onderscheiden organen en de bevoegdheden die in dat kader door de wet worden toebedeeld; deze organen hebben geen bestuursfunctie. In beginsel is het daarom uitsluitend aan het bestuur om leiding te geven aan de vennootschap in de ruimste zin van het woord, daarbij steeds de strategie te bepalen, teneinde het doel van de vennootschap te verwezenlijken en met inachtneming van de belangen die ten aanzien van desbetreffende vennootschap in het concrete geval een rol spelen.

3.3 Besluitvorming en functioneren

Maar hoe geeft het bestuur dan leiding aan de vennootschap? Hier dient zich de vraag aan naar de manier waarop een bestuur functioneert en tot zijn beslissingen komt. Bij besluitvorming binnen het bestuur kan een onderscheid worden gemaakt tussen

22 Vgl. Slagter/Assink 2013, p. 906-907; Pitlo/Raaijmakers 2017, p. 288; Handboek 2013, p. 479 en Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/189.

23 Zie over de verschillende toepassingen voor vennootschappen Slagter/Assink 2013, p. 452-461 en Pitlo/Raaijmakers 2017, p. 183-187.

24 In die zin Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/189.

een eenhoofdig of een meerhoofdig bestuur. Het spreekt voor zich dat wanneer het bestuur door één bestuurder wordt gevormd, de betreffende bestuurder zelfstandig tot besluitvorming komt. Een meerhoofdig bestuur besluit daarentegen in de regel bij meerderheid van stemmen; de bestuurstaak is aan hen gezamenlijk toebedeeld en wordt volgens het principe van collegiaal bestuur uitgeoefend.[25] Bij of krachtens de statuten kan worden bepaald dat een bestuurder rechtsgeldig kan besluiten omtrent zaken die tot zijn taak behoren.[26] De statuten kunnen bovendien bepalen dat een met name of in functie aangeduide bestuurder meer dan één stem wordt toegekend, maar een bestuurder kan niet meer stemmen uitbrengen dan de andere bestuurders gezamenlijk.[27] Een vetorecht is dus uitgesloten. Bovendien kunnen de statuten of een reglement quorumvereisten bevatten. Een belangrijk uitgangspunt is evenwel dat iedere bestuurder aan de besluitvorming moet kunnen meewerken, in die zin dat hij in de gelegenheid moet worden gesteld om aan het overleg deel te nemen.[28] Ingevolge artikel 2:239 lid 6 BW neemt een bestuurder niet deel aan de beraadslaging en besluitvorming indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Kan het bestuur daardoor geen besluit nemen, dan zal de raad van commissarissen over het betreffende onderwerp moeten besluiten. Bij gebreke aan een raad van commissarissen kan de geconflicteerde bestuurder niettemin aan de beraadslaging en besluitvorming deelnemen, indien de statuten daarin voorzien. Uit de verplichting tot een behoorlijke taakvervulling volgt ten slotte dat bestuurders zo veel mogelijk persoonlijk deelnemen aan het overleg en de besluitvorming door het bestuur. Volmachtverlening voor deze besluitvorming is slechts geoorloofd wanneer de betreffende bestuurder verhinderd is, terwijl in het algemeen wordt aangenomen dat volmachtverlening enkel aan medebestuurders kan plaatsvinden. Anderen, die geen deel uitmaken van het bestuur, kunnen dan ook niet door een bestuurder worden gemachtigd om in diens plaats in een bestuursvergadering te stemmen.[29]

Tussen de bestuurders onderling geldt een wederzijdse informatieverplichting. Wanneer een bestuurder kan besluiten omtrent zaken die tot zijn taak behoren,[30] is hij op grond van artikel 2:8 BW verplicht om zijn medebestuurders daarover te informeren.[31] Deze verplichting kan evenwel ook in bredere zin worden aangenomen: iedere

25 Vgl. o.a. Van Schilfgaarde 2017, nr. 42; Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/194; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/416-418; Slagter/Assink 2013, p. 923; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/203.

26 Artikel 2:239a lid 5 BW; een dergelijk besluit wordt aan het bestuur als zodanig toegerekend.

27 Artikel 2:239 lid 2 BW.

28 HR 15 juli 1968, *NJ* 1969, 101 (*Wijsmuller*); Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/216.

29 Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/423; Handboek 2013, nr. 233, dat nog iets verder gaat en stelt dat volmachtverlening alleen mogelijk is wanneer de bestuurder die de volmacht geeft ook met de agenda van de betreffende bestuursvergadering bekend is.

30 Op grond van artikel 2:239a BW.

31 Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 25.

bestuurder heeft recht op alle informatie die voor het behoorlijk uitoefenen van zijn taak nodig is. Dit vloeit voort uit de bestuurstaak en -verantwoordelijkheid, alsmede artikel 2:8 BW. Het collegialiteitsbeginsel brengt mee dat individuele bestuurders het bestuur dienen te informeren. Assink spreekt in dit verband van een breng- en haalplicht van bestuurders.[32] Dat iedere bestuurder aan de besluitvorming moet kunnen meewerken en dus in de gelegenheid moet worden gesteld om aan de beraadslaging deel te nemen, brengt mijns inziens met zich dat, teneinde gedegen beslissingen te kunnen nemen, iedere bestuurder over dezelfde informatie dient beschikken, wil men bereiken dat het bestuur daadwerkelijk als één college optreedt. De onderlinge uitwisseling van informatie tussen bestuurders kan dan ook tot het takenpakket van het bestuur worden gerekend. Uit de maatstaven die voor bestuurdersaansprakelijkheid gelden, vloeit voort dat het bestuur kritisch dient te zijn ten aanzien van de aangeleverde informatie en tegelijkertijd verlangt dat informatie wordt aangeleverd, als dat niet op initiatief van zijn medebestuurders gebeurt. Daarbij is van belang dat de administratie van de vennootschap en het financiële beheer steeds tot de collectieve bestuursverantwoordelijkheid moeten worden gerekend, zodat moet worden aangenomen dat alle bestuurders op gelijke wijze tot die informatie gerechtigd zijn.[33]

3.4 Taken en bevoegdheden

Artikel 2:239 lid 1 BW beschrijft de hoofdtaak van het bestuur: het bestuur is belast met het besturen van de vennootschap. Tot de taak van de bestuurder behoren alle bestuurstaken die niet bij of krachtens de wet of de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld. Het vijfde lid van artikel 2:239 BW geeft aan die taakvervulling een nadere invulling door te bepalen dat het bestuur zich bij de vervulling van zijn taak dient te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Ingevolge artikel 2:9 BW is iedere bestuurder bovendien jegens de vennootschap gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. De bepaling gebiedt iedere bestuurder zich in te spannen de taken als bestuurder behoorlijk te vervullen.[34] Elke bestuurder draagt verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken. Onder deze algemene verantwoordelijkheid kunnen mijns inziens

32 Slagter/Assink 2013, p. 214.

33 Vgl. Hof Amsterdam (OK) 19 april 2012, *ARO* 2012, 63 (*VOC Detachering*); Hof Amsterdam (OK) 1 juni 2012, *ARO* 2012, 84 (*DOS*); Hof Amsterdam (OK) 26 maart 2013, *ARO* 2013, 80 (*Van Lier/Van der Lans*); Rb. Midden-Nederland 3 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6198, waarin de rechtbank overweegt dat een bestuurder zich niet aan zijn verantwoordelijkheid kan onttrekken door zich niet op de hoogte te (laten) stellen van de gang van zaken binnen de vennootschap en, verderop, de bestuurder behoort te verlangen dat aan hem informatie wordt verschaft omtrent de financiële en algemene gang van zaken van de onderneming; zie ook Hof Amsterdam (OK) 28 juni 2011, *ARO* 2011, 107 (*Thiry Beheer/Waterspreng*); Hof Den Haag 12 mei 2015, *JOR* 2015, 257, m.nt. Nowak (*Lorwa Holding/Jue Holding*).

34 Zie Van Schilfgaarde 2017, nr. 47; Handboek 2013, nr. 257.

in ieder geval worden gerekend de dagelijkse leiding over de vennootschap, de naleving van de statuten, het financiële en administratieve beheer en het strategisch beleid.[35] Van de bestuurder wordt verwacht dat hij over het inzicht en de zorgvuldigheid beschikt, die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.[36] De 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 het onbehoorlijk bestuur af te wenden (lid 2). Of er sprake is van een ernstig verwijt, dient te worden beoordeeld aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval.[37] Tot de in aanmerking te nemen omstandigheden behoren onder meer 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 en de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen.[38] De taken die aan het bestuur zijn opgedragen blijken niet steeds uitdrukkelijk uit de wet, maar kunnen onder meer ook worden afgeleid uit bepaalde aan het bestuur toegekende bevoegdheden en uit verplichtingen die door de wet aan de vennootschap worden opgelegd.[39] Bovendien kunnen taken van het bestuur ook uit de statuten voortvloeien, voor zover die taken niet door de wet aan andere organen van de vennootschap zijn toegekend,[40] althans de wet een andere verdeling toestaat. Ten slotte kunnen taken van het bestuur ook worden afgeleid uit aan andere organen van de vennootschap toegekende bevoegdheden.[41]

Het statutaire doel van de vennootschap vormt een volgend aanknopingspunt voor het bepalen van de taken en bevoegdheden van het bestuur.[42] Het doel is een belangrijk element voor het bestaan van de vennootschap. Kan het doel van de vennootschap wegens gebrek aan middelen niet meer worden verwezenlijkt of worden de activiteiten ter verwezenlijking van het doel gestaakt, dan is dat reden om de vennootschap te (doen) ontbinden.[43] Het doel van de vennootschap omschrijft haar feitelijke werkzaamheden.[44] Daarmee wordt ook een primaire afbakening van de

35 Vgl. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/198.
36 HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360, m.nt. Maeijer (*Staleman/Van de Ven*).
37 Zie voor een verdiepende beschouwing over deze maatstaf Slagter/Assink 2013, p. 1030 e.v.; Westenbroek 2017.
38 HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360, m.nt. Maeijer (*Staleman/Van de Ven*).
39 Vgl. Huizink 1989, p. 16.
40 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/189; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/393.
41 Zie voor uiteenzettingen over de taken en bevoegdheden van het bestuur ook Huizink 1989, p. 18-27; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/390-392; Pitlo/Raaijmakers 2017, p. 275-293; Slagter/Assink 2013, p. 911-920.
42 Zie artikel 2:7 BW.
43 Zie artikel 2:185 lid 1 BW.
44 Asser/Van Olffen & Rensen 2-IIa 2019/57.

bestuurstaak gegeven.[45] Niet in de laatste plaats omdat het handelen van het bestuur conform het doel van de vennootschap tot de behoorlijke taakvervulling behoort. Handelen in strijd met het doel van de vennootschap kan onder omstandigheden leiden tot aansprakelijkheid van bestuurders jegens de vennootschap.[46] Artikel 2:7 BW bepaalt bovendien dat handelingen van de vennootschap vernietigbaar zijn, wanneer deze het doel van de vennootschap overschrijden en de wederpartij dit wist of zonder eigen onderzoek kon weten. Het bestuur dient dan ook eerst en vooral haar werkzaamheden te verrichten binnen het statutaire doel van de vennootschap, met die verstande dat het bestuur ook die handelingen mag verrichten die niet uitdrukkelijk in het doel zijn verwoord, maar daaruit wel voortvloeien.[47] Ik deel echter niet de opvatting dat onder de bestuursbevoegdheid moeten worden geschaard 'alle handelingen die al dan niet met gebruikmaking van de financiële middelen van de vennootschap zijn gericht op de verwezenlijking van het statutaire doel'.[48] De verwezenlijking van het statutaire doel geschiedt door de vennootschap als zodanig en is het product van de gezamenlijke inspanningen van haar organen; dat het bestuur het aangewezen orgaan is om handelingen namens de vennootschap te verrichten, doet daaraan niets af.

Ook de in artikel 2:10 BW neergelegde administratieplichten vormen een belangrijk referentiepunt voor de bestuurstaak. Het belang van deze verplichtingen blijkt reeds uit artikel 2:248 lid 2 BW: een schending van de in artikel 2:10 BW opgenomen verplichtingen leidt tot het aannemen van de wettelijke fictie dat het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. Het voeren van een behoorlijke administratie wordt door de wetgever als een van de kerntaken van het bestuur beschouwd.[49] Op grond van artikel 2:10 BW rust direct op het bestuur de verplichting om van de vermogenstoestand van de rechtspersoon en van alles betreffende de werkzaamheden van de rechtspersoon, naar de eisen die voortvloeien uit deze werkzaamheden, op zodanige wijze een administratie te voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze te bewaren, dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend (lid 1). Het bestuur is bovendien verplicht om jaarlijks binnen zes maanden[50] na afloop van het

45 Vgl. Pitlo/Raaijmakers 2017, p. 277, die stelt dat de interne wilsvorming over de strategie, het te volgen beleid voor ondernemingsactiviteiten en de uitvoering daarvan zich beweegt 'binnen het doel van de BV'.

46 Asser/Van Olffen & Rensen 2-IIa 2019/57; Huizink 1989, p. 20; zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 14 november 2017, ECLI:NL:2017:GHARL:9983, waarin het handelen in strijd met de statutaire vertegenwoordigingsbepalingen tot aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 (jo. 2:11 BW) leidde.

47 Löwensteyn 1959, p. 138-142; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/391.

48 Vgl. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/390.

49 *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 4 (MvT).

50 Artikel 2:10 lid 2 spreekt van zes maanden. Ten aanzien van onder meer de besloten vennootschap heeft dit lid echter weinig betekenis, gelet op artikel 2:360 dat titel 9 van Boek 2 BW betreffende de jaarrekening op de besloten vennootschap van toepassing verklaart. Voor de BV geldt daarom

boekjaar de balans en de staat van baten en lasten van de rechtspersoon te maken en op papier te stellen (lid 2), alsmede om de hiervoor bedoelde boeken, bescheiden en andere gegevensdragers gedurende zeven jaren te bewaren (lid 3). De in het eerste lid genoemde verplichting komt er kort gezegd op neer dat de administratie zodanig moet zijn dat daaruit op enig moment snel inzicht kan worden verkregen in de debiteuren- en crediteurenpositie en dat deze posities en stand van de liquiditeiten, gezien de aard en omvang van de onderneming, een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie van de vennootschap.[51] Overigens kunnen ook andere elementen dan de debiteuren- en crediteurenpositie en de stand van de liquiditeiten van belang zijn bij de beantwoording van de vraag of de administratie aan de daaraan te stellen eisen voldoet.[52] Het bestuur zal zich in geval van faillissement bovendien moeten inspannen om de administratie aan te leveren, voor zover die door de curator niet wordt aangetroffen, teneinde te voorkomen dat voorshands wordt aangenomen dat de administratieplicht is geschonden.[53] Uit het eerste lid volgt verder dat de administratie per vennootschap kan verschillen ('naar de eisen die voortvloeien uit deze werkzaamheden'), zodat steeds aan de hand van de concrete omstandigheden zal moeten worden beoordeeld of het bestuur aan de administratieplicht heeft voldaan.[54]

Het bestuur is voorts het bevoegde orgaan om te beslissen over de inkoop van eigen aandelen door de vennootschap, zo blijkt uit artikel 2:207 lid 1 BW. Op grond van artikel 2:207 lid 2 BW mag de vennootschap, behalve om niet, geen volgestorte eigen aandelen verkrijgen indien het eigen vermogen, verminderd met de verkrijgingsprijs, kleiner is dan de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden aangehouden (*balanstest*) of indien het bestuur weet of redelijkerwijs

hierdoor een termijn van vijf maanden; vgl. Handboek 2013, p. 82; Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/209; Huizink vindt de referentie naar titel 9 Boek 2 minder juist en verwijst naar de bijzondere regeling van artikel 2:210 BW, *GS Rechtspersonen*, art. 2:10 BW, aant. 4.1.

51 HR 11 juni 1993, *NJ* 1993, 713, m.nt. Maeijer (*Brens q.q./Sarper*); HR 10 oktober 2014, *NJ* 2014, 456, *RO* 2015, 9 (*Rosbeek q.q./Rademakers c.s.*); zie voor een geval waarin de vraag aan de orde is of dit inzicht steeds heeft bestaan Hof Arnhem-Leeuwarden 25 juli 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:6465.

52 HR 10 oktober 2014, *NJ* 2014, 456, *RO* 2015, 9 (*Rosbeek q.q./Rademakers c.s.*).

53 Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 6 december 2016, *RO* 2017, 33.

54 Vgl. Rb. Rotterdam 15 februari 2017, *RO* 2017, 50, waarin de rechtbank oordeelt dat een schending van de fiscale administratieplicht (artikel 52 AWR) niet zonder meer ook een schending van artikel 2:10 BW met zich brengt; Rb. Oost-Nederland 27 maart 2013, *JOR* 2013, 201, m.nt. Harmsen; Rb. Noord-Nederland 4 december 2013, *JOR* 2014, 64, m.nt. Van Thiel, waar weliswaar administratie was aangeleverd, maar de daarin opgenomen informatie grotendeels ontbrak en/of onbetrouwbaar was; Rb. Limburg 9 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:7803, waarin een schending van de administratieplicht o.a. werd aangenomen omdat er privébetalingen hebben plaatsgevonden van de zakelijke rekening en zakelijke betalingen van de privérekening. Volgens de rechtbank kunnen de rechten en verplichtingen van de vennootschap dan alleen maar gekend en inzichtelijk worden door raadpleging van de bestuurders en hun privé-administratie; zonder die medewerking zijn deze niet (en dus niet te allen tijde) kenbaar; Hof Arnhem-Leeuwarden 2 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:57, waarin het hof oordeelt dat de administratie op meerdere punten gebrekkig is en in onderling verband en samenhang bezien daardoor niet het vereiste inzicht verschaffen.

behoort te voorzien dat de vennootschap na de verkrijging niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden (*uitkeringstest*). Besluit het bestuur tot inkoop van eigen aandelen en kan de vennootschap nadien haar opeisbare schulden niet meer voldoen, dan voorziet het derde lid in aansprakelijkheid van het bestuur, alsmede in een vergoedingsplicht van de vervreemder. Ten aanzien van besluiten tot kapitaalvermindering verwijst artikel 2:208 lid 6 BW voor besluiten tot vermindering van het geplaatste kapitaal met terugbetaling op de aandelen – tot welk besluit de AV krachtens het eerste lid bevoegd is – naar de leden 2 tot en met 4 van artikel 2:216 BW. Als gevolg van deze verwijzing is het besluit van de AV ter zake van vermindering van het geplaatste kapitaal met terugbetaling op de aandelen aan de goedkeuring van het bestuur onderworpen. De rol van het bestuur bij de inkoop van eigen aandelen c.q. kapitaalvermindering komt hierna bij de bespreking van artikel 2:216 BW verder aan de orde.[55]

Ingevolge artikel 2:210 BW behoort het opmaken van een jaarrekening eveneens tot de bestuurstaak. Artikel 2:361 BW geeft aan wat onder jaarrekening kan worden verstaan: de enkelvoudige jaarrekening die bestaat uit de balans en de winst- en verliesrekening met toelichting en de geconsolideerde jaarrekening indien de rechtspersoon een geconsolideerde jaarrekening opstelt. Artikel 2:362 BW geeft in algemene zin inhoud aan de eisen die aan de jaarrekening, de balans en de winst- en verliesrekening worden gesteld. De in artikel 2:10 BW bedoelde administratie vormt het uitgangspunt voor de jaarrekening.[56] Behoudens een door de AV wegens bijzondere omstandigheden verleend uitstel van maximaal vijf maanden, dient de jaarrekening binnen vijf maanden na afloop van het boekjaar ter inzage te worden gelegd.[57] De jaarrekening moet door de bestuurders worden ondertekend. Ontbreekt de handtekening van een of meer bestuurders, dan wordt daarvan onder opgave van reden melding gemaakt. [58] Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer een bestuurder het niet eens is met de opgemaakte jaarrekening.[59] De bevoegdheid tot het vaststellen van de jaarrekening berust bij de AV.[60] Met de vaststelling van de jaarrekening staat in beginsel de winst of het verlies vast. Op grond van artikel 2:394 lid 1 BW is de rechtspersoon vervolgens verplicht om de jaarrekening openbaar te maken door deponering bij het handelsregister binnen acht dagen na de vaststelling ervan.[61]

55 De norm die in deze bepalingen ligt besloten is van gelijke strekking, terwijl ook telkens is voorzien in een vergoedingsplicht van de vervreemder of aandeelhouder, zie *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 28 (MvT).

56 Vgl. Handboek 2013, p. 666; Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/504.

57 Artikel 2:210 lid 1 BW; tot 1 november 2015 bedroeg de maximale verlengingstermijn zes maanden, met de inwerkingtreding van de Uitvoeringswet richtlijn jaarrekening (*Stb.* 2015, 351) is deze termijn tot vijf maanden teruggebracht.

58 Artikel 2:210 lid 2 BW.

59 Vgl. Handboek 2013, p. 667.

60 Artikel 2:210 lid 2 BW.

61 Artikel 2:394 lid 1 BW.

Het praktisch uitvoeren van deze tot de rechtspersoon gerichte verplichting behoort tot de bestuurstaken.[62] Ook deze verplichting tot openbaarmaking wordt door de wetgever tot de kerntaken van het bestuur gerekend.[63] De jaarrekening moet in ieder geval twaalf maanden na afloop van het boekjaar openbaar worden gemaakt.[64] Die publicatietermijn is overigens korter, wanneer alle aandeelhouders tevens bestuurders zijn van de vennootschap. Ingevolge artikel 2:210 lid 5 BW geldt ondertekening van de jaarrekening door alle bestuurders (en commissarissen) namelijk tevens als vaststelling in de zin van lid 3. In samenhang met artikel 2:394 lid 1 BW dient publicatie binnen 8 dagen na vaststelling te hebben plaatsgevonden, zodat de publicatietermijn 10 maanden en 8 dagen bedraagt als alle aandeelhouders ook bestuurders zijn.

Verder is een taak voor het bestuur weggelegd wanneer uit (het vermogen van) de vennootschap uitkeringen aan de aandeelhouders plaatsvinden.[65] De wet neemt tot uitgangspunt dat de bevoegdheid tot bestemming van de winst die door de vaststelling van de jaarrekening is bepaald en de vaststelling van uitkeringen, voor zover het eigen vermogen groter is dan de reserves die krachtens de wet of statuten moeten worden aangehouden, bij de AV berust.[66] Een tot uitkering strekkend besluit heeft echter

62 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/569; Pitlo/Raaijmakers 2017, p. 276 rekent ook het doen controleren en ter bespreking en vaststelling voorleggen aan de AV tot de bestuurstaken. Voor wat betreft het doen controleren zijn verwezen naar het onderlinge verband tussen artikel 2:393 lid 1 en lid 2 BW: de controleopdracht wordt verleend door de rechtspersoon (lid 1), maar intern is in beginsel de AV bevoegd tot het verlenen van de opdracht (lid 2). Het ter bespreking en vaststelling voorleggen aan de AV (vgl. artikel 2:210 BW).

63 *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 4 (MvT); schending van deze plicht leidt evenals de schending van artikel 2:10 BW tot de wettelijke fictie dat het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld (artikel 2:248 lid 2 BW). Dat ook de schending van de publicatieplicht deze wettelijke fictie tot gevolg heeft, wordt in de literatuur bekritiseerd, zie Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/459 met verwijzingen. In HR 20 oktober 2006, *NJ* 2007, 2, m.nt. Maeijer (*Van Schilt/Jansen q.q.*) heeft de Hoge Raad overwogen dat, hoewel een schending van de boekhoudverplichting van een andere en ernstiger orde is dan schending van de publicatieverplichting, uit de parlementaire geschiedenis niet blijkt dat de wetgever met het oog op de ingevoerde verscherpte aansprakelijkheid schending van artikel 2:394 BW van minder belang heeft geacht dan schending van 2:10 BW. Bovendien kunnen bestuurders wanneer alleen de publicatieplicht is verwaarloosd, maar een boekhouding aanwezig is, gemakkelijker het in artikel 2:248 lid 2 BW bedoelde tegenbewijs leveren (zie r.o. 4.3.1.). Het belang van de publicatieplicht blijkt ook uit artikel 2:249 BW dat bepaalt dat de bestuurders tegenover derden hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade die deze derden lijden, indien door onder meer de jaarrekening een misleidende voorstelling van de toestand van de vennootschap wordt gegeven.

64 Artikel 2:394 lid 3 BW; tot 1 november 2015 gold dat de publicatie uiterlijk 13 maanden na afloop van het boekjaar moest plaatsvinden, met de inwerkingtreding van de Uitvoeringswet richtlijn jaarrekening (*Stb.* 2015, 351) is deze termijn tot twaalf maanden teruggebracht.

65 Zie over uitkeringen aan aandeelhouders voor de BV in het bijzonder Canisius & Canisius 2015.

66 Artikel 2:216 lid 1 BW; de statuten kunnen deze bevoegdheden echter beperken of aan een ander orgaan toekennen.

slechts gevolgen, wanneer het bestuur zijn goedkeuring heeft verleend.[67] Het bestuur kan zijn goedkeuring alleen weigeren, wanneer 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 (*uitkeringstest*).[68] 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.[69] Uit deze zinsnede vloeit voort dat de bepaling geen collectieve aansprakelijkheid van het bestuur bewerkstelligt; enkel de bestuurders ten aanzien waarvan voornoemde voorzienbaarheid individueel is gebleken zijn hoofdelijk verbonden.[70] In deze bepaling ligt besloten dat aan het bestuur de taak is toebedeeld om over de continuïteit van de vennootschap te waken.[71] Uit de bepaling spreekt echter ook de taak van het bestuur om zich de belangen van de crediteuren van de vennootschap aan te trekken. Hoewel de regeling een uitvloeisel is van de interne aansprakelijkheid als bedoeld in artikel 2:9 BW – hetgeen ook duidelijk wordt uit de omstandigheid dat op grond van het derde lid een vergoedingsplicht kan ontstaan jegens de vennootschap – dient deze in de eerste plaats ter bescherming van de crediteuren.[72] De rechtspraak over externe bestuurdersaansprakelijkheid (in dit verband) sluit op hoofdlijnen aan bij de normen die aan artikel 2:216 ten grondslag liggen.[73] Verder benadrukt artikel 2:216 lid 1 BW dat de bestemming van de winst en de vaststelling van uitkeringen aan de AV is voorbehouden; de bestuurstaak is op dit punt dus beperkt. Enkel het goedkeuren van de door de AV omtrent uitkeringen genomen besluiten behoort tot het takenpakket van het bestuur. Ook al meent het bestuur dat een uitkering van winsten tot de mogelijkheden behoort, hetgeen goedkeuring van het vaststellingsbesluit van de AV impliceert, zonder voorafgaande besluitvorming van de AV kan het bestuur niet tot uitkering overgaan.[74] Blijkens de parlementaire geschiedenis behoeft een bestuurder geen aansprakelijkheid te vrezen, wanneer hij de boekhouding van de vennootschap op orde heeft en op basis van de beschikbare informatie tot een redelijk en onderbouwd oordeel is gekomen over de financiële positie van de vennootschap en de geoorloofdheid van de uitkeringen en zich

67 Zie over de rol van het bestuur bij uitkeringen aan aandeelhouders uitgebreid Fluit 2017, p. 4-35; zie ook Snijders-Kuipers 2017.

68 Artikel 2:216 lid 2 BW; de term *uitkeringstest* is ontleend aan de parlementaire geschiedenis, zie *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 28 (MvT).

69 Zie over deze bepaling en de ontwikkelingen na de invoering in 2012 uitgebreid Fluit 2017, p. 4-35.

70 Vgl. Bier 2014, p. 97-98; Lennarts 2017, p. 169; Hanegraaf 2017, p. 224.

71 *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 29 (MvT); Handboek 2013, p. 743.

72 *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 31-33 (MvT).

73 *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 33 (MvT); expliciet worden genoemd de standaardarresten over uitkeringen aan aandeelhouders van voor de invoering van de Wet Flex-BV, te weten HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 174 (*Nimox*) en HR 6 februari 2004, *JOR* 2004, 67 (*Reinders Didam*); vgl. ook *Kamerstukken II* 2008/09, 31 058, nr. 6, p. 27 e.v. (NnavV).

74 Vgl. Hof Den Haag 21 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:304.

rekenschap heeft gegeven van de belangen van de schuldeisers van de vennootschap. De bestuurder wordt geacht in dit opzicht zijn taak te vervullen op de wijze waarop een redelijk bekwame en redelijk handelende functionaris die taak in de gegeven omstandigheden had behoren te vervullen.[75] Anderzijds wordt in de parlementaire geschiedenis erop gewezen dat artikel 2:216 BW in beginsel de AV bevoegd maakt tot bestemming van de winst en tot vaststelling van uitkeringen, zodat ook de AV verantwoordelijk is voor het beleid dienaangaande.[76] Uit die opmerking kan worden afgeleid dat onder de bestuurstaak niet valt het bepalen van beleid met betrekking tot de winstbestemming en het beleid voor zover dat ziet op uitkeringen aan aandeelhouders. Voor wat betreft de besluitvorming die aan een uitkering vooraf gaat, is de rol van het bestuur dus beperkt tot het al dan niet verlenen van goedkeuring. Maar ook voor wat betreft deze goedkeuring is de rol van het bestuur beperkt, omdat goedkeuring slechts mag worden geweigerd wanneer het bestuur weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Het zwaartepunt van de besluitvorming ligt dan ook bij de AV, die – zoals gezegd – (mede) de verantwoordelijkheid draagt, wanneer zij van haar bevoegdheid gebruikmaakt. De wetgever heeft daarbij onderkend dat de aandeelhouders van een BV in het algemeen nauw betrokken zijn bij de besluitvorming in de vennootschap, nu een BV in de regel een beperkt aantal aandeelhouders kent. Het zou volgens de wetgever in die situatie niet gerechtvaardigd zijn om de sanctie van aansprakelijkheid volledig bij het bestuur te leggen, terwijl de aandeelhouders financieel zouden profiteren.[77] Artikel 2:216 lid 3 BW bepaalt daarom dat degene die de uitkering ontving, terwijl hij wist of redelijkerwijs behoorde te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zou kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden is gehouden tot vergoeding van het tekort dat door de uitkering is ontstaan, voor ten hoogste het bedrag of de waarde van de door hem ontvangen uitkering. Wanneer bestuurders vanwege hun aansprakelijkheid het tekort al hebben betaald, zal de ontvanger te kwader trouw niet aan de vennootschap maar aan de bestuurders moeten betalen. Mijns inziens heeft de wetgever daarmee ook het zwaartepunt van de aansprakelijkheid bij de ontvanger van de uitkering en niet bij de bestuurder gelegd. De wetgever lijkt namelijk aan te nemen dat de ontvanger in veel gevallen door zijn nauwe betrokkenheid bij de besluitvorming eenzelfde afweging als het bestuur heeft te maken en daarom in de regel niet te goeder trouw zal zijn, wanneer het bestuur terecht aansprakelijk is op de voet van 2:216 lid 2 jo. lid 3 BW. In wezen erkent de wetgever daarmee dat nu het beleid ter zake niet door het bestuur wordt bepaald, het daardoor ook in mindere mate verantwoordelijk zou moeten zijn en dientengevolge ook niet (alleen) de lasten zou moeten dragen.

75 *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 32 (MvT).
76 *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 33-34 (MvT).
77 *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 33-34 (MvT).

Dat voor het bestuur een belangrijke rol is weggelegd bij de interne organisatie van de vennootschap, vloeit mede voort uit de bepalingen omtrent het functioneren van de AV. De bevoegdheid tot bijeenroeping van een AV berust bij het bestuur.[78] In dat kader is het bestuur ook verantwoordelijk voor de oproeping van de aandeelhouders tot de AV.[79] Het bestuur kan een verzoek van de aandeelhouders tot het houden van een AV naast zich neerleggen, wanneer het betreffende verzoek is gericht op of kan leiden tot een wijziging van de strategie van de vennootschap.[80] Tegelijkertijd bepaalt het bestuur in beginsel de tijdens de AV te behandelen onderwerpen.[81] De AV kan slechts stemming afdwingen over onderwerpen, waartoe zij ook bevoegd is te besluiten.[82] In de AV hebben de bestuurders een raadgevende stem.[83] Ook wanneer de AV buiten vergadering besluiten neemt, dienen de bestuurders in de gelegenheid te worden gesteld om advies uit te brengen.[84] In de AV dient het bestuur rekening en verantwoording af te leggen aan de aandeelhouders over het gevoerde beleid. Bovendien dient het bestuur de AV alle verlangde inlichtingen te verschaffen, tenzij een zwaarwichtig belang van de vennootschap zich daartegen verzet.[85]

Naast voornoemde informatieverplichting aan de AV zij ook gewezen op de verplichtingen van het bestuur wanneer de vennootschap in staat van faillissement is verklaard. Artikel 106 Fw bepaalt dat verschillende medewerkings- en inlichtingenplichten van de gefailleerde van toepassing zijn op de bestuurders, wanneer de gefailleerde een rechtspersoon is.[86] Deze verplichting tot informatieverschaffing kan eveneens tot het takenpakket van het bestuur worden beschouwd. In samenhang met artikel 105 lid 1 Fw is het bestuur verplicht om de curator, de schuldeiserscommissie en de rechter-commissaris alle inlichtingen te verschaffen als dit van hem wordt verlangd en op de wijze als daarbij bepaald. Het bestuur dient bovendien (enkel) de curator uit eigen beweging in te lichten over feiten en omstandigheden waarvan hij weet of behoort te weten dat deze voor de omvang, het beheer of de vereffening van de boedel van belang zijn.[87] Het tweede lid verplicht de gefailleerde om de curator in te lichten over enige buitenlandse vermogensbestanddelen en tot het verlenen

78 Artikel 2:219 BW.
79 Artikel 2:223 lid 1 BW.
80 Hof Amsterdam (OK) 21 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1965, *JOR* 2017, 261, m.nt. Bulten, *JIN* 2017, 116, m.nt. Wolf (*Elliot/AkzoNobel*).
81 Artikel 2:224 lid 1 BW.
82 HR 20 april 2018, *JOR* 2018, 142, m.nt. Leijten (*Boskalis/Fugro*).
83 Artikel 2:227 lid 7 BW.
84 Artikel 2:238 lid 2 BW.
85 Artikel 2:217 BW.
86 Met de invoering van de Wet versterking positie curator (*Stb.* 2017, 176) zijn onder andere de inlichtingenplichten gemoderniseerd en aangescherpt, teneinde de informatiepositie van de curator te verduidelijken en te versterken in het kader van fraudebestrijding, zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34 253, nr. 3, p. 3-5 (MvT).
87 Codificatie van HR 15 januari 2002, *NJ* 2002, 259.

van alle medewerking om de curator de beschikking te geven over die buitenlandse vermogensbestanddelen. De inlichtingenplicht moet ruim worden opgevat en is niet beperkt tot feiten waarvan de bestuurder kennis draagt uit hoofde van zijn hoedanigheid als bestuurder van de failliet.[88] Er kan echter sprake zijn van omstandigheden waaronder de bestuurder niet gehouden is tot het verschaffen van inlichtingen, bijvoorbeeld wanneer aan de bestuurder vertrouwelijke feiten zijn toevertrouwd buiten zijn functie als bestuurder.[89] In samenhang met artikel 105a lid 1 dient het bestuur verder aan de curator alle medewerking te verlenen aan het beheer en de vereffening van de boedel. Het bestuur is ook verantwoordelijk voor de onmiddellijke, volledige en ongeschonden overdracht van de administratie en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers. Daarbij dient het bestuur zo nodig alle middelen ter beschikking te stellen om de inhoud binnen redelijke termijn leesbaar te maken, ook wanneer die administratie zich in een externe digitale omgeving bevindt.[90] Het verzuimen van de hiervoor genoemde verplichtingen kan resulteren in een inbewaringstelling (artikel 87 Fw) en een geldboete of gevangenisstraf (artikel 194 Sr). Verzuim kan bovendien op grond van artikel 106a lid 1 onderdeel c Fw leiden tot het opleggen van een bestuursverbod.

Het merendeel van de in Boek 2 BW opgenomen bepalingen is van organisatierechtelijke aard en heeft betrekking op het interne functioneren van de organen van de vennootschap. De profilering van het bestuur naar de buitenwereld vloeit echter voornamelijk voort uit de algemene bestuurstaak als bedoeld in artikel 2:239 lid 1 BW, alsmede de in artikel 2:240 BW vervatte bevoegdheid om de vennootschap te vertegenwoordigen. Deze laatste bevoegdheid heeft echter in beginsel slechts betrekking op de mogelijkheid van het bestuur om rechtshandelingen te verrichten voor rekening en in naam van de vennootschap. Vertegenwoordiging in deze *enge* zin behelst niet de feitelijke handelingen van het bestuur en de afzonderlijke bestuurders. Dit feitelijk handelen uit zich voornamelijk in het leiding geven aan de dagelijkse gang van zaken. Wat daaronder kan worden verstaan is telkens afhankelijk van de

88 Zie HR 23 december 1983, *NJ* 1985, 170, m.nt. Alkema en Van der Grinten over het verband tussen de inlichtingenplicht en het recht op privacy; Rb. Rotterdam 12 augustus 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ8984, waarin de rechtbank oordeelt dat de curator in beginsel ook informatie betreffende gelieerde vennootschappen kan verlangen; Rb. Oost-Brabant 28 mei 2013, ECLI:NL:RBOBR:2014:485, waarin de rechtbank oordeelt dat de inlichtingenplicht slechts wordt begrensd de taakuitoefening van de R-C, curator en de eventuele schuldeiserscommissie. Het kunnen verlangen van inlichtingen impliceert echter een bevoegdheid van de curator, welke bevoegdheid mede wordt begrensd door artikel 3:13 BW, vgl. HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2997, *RI* 2017, 21. Een nadere begrenzing van de inlichtingenplicht ligt verder besloten in artikel 6 EVRM, meer in het bijzonder in het *nemo tenetur*-beginsel, HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:161, *RI* 2014, 50.

89 HR 11 november 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1541, *NJ* 1995, 151, m.nt. Maeijer (*Kooij/Bartman q.q.*).

90 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 253, nr. 3, p. 20 (MvT).

concrete omstandigheden en de aard en de omvang van de onderneming. Werkzaamheden die in een kleine onderneming tot de bestuurstaken worden gerekend, kunnen in een grote onderneming onderdeel uitmaken van een leidinggevende functie. Daarbij zij opgemerkt dat sprake kan zijn van door het bestuur aan leidinggevenden gedelegeerde taken; niettemin is in geval van delegatie sprake van een bestuurstaak.[91] Uit de algemene bestuurstaak, al dan niet in samenhang met de vertegenwoordigingsbevoegdheid, vloeit voort dat het bestuur het centrale aanspreekpunt van de vennootschap vormt, voor bijvoorbeeld werknemers, kredietverstrekkers en leveranciers. Het bestuur vormt zodoende in beginsel het gezicht en het lichaam van de vennootschap, waar het deze laatste aan een fysiek evenbeeld ontbreekt.

Ten slotte verdient opmerking dat de aan het bestuur toegekende bevoegdheden kunnen worden uitgebreid en beperkt.[92] De mogelijkheid tot beperking vloeit reeds voort uit artikel 2:239 lid 1 BW, waarin is bepaald dat het bestuur is belast met het besturen van de vennootschap, behoudens beperkingen volgens de statuten. Beperkingen zijn echter slechts mogelijk, voor zover het bevoegdheden betreft die niet dwingendrechtelijk aan het bestuur zijn toegekend. Uitbreiding van de bevoegdheden van het bestuur is evenzeer mogelijk, met dien verstande dat de aan andere organen dwingendrechtelijk toegekende bevoegdheden daarvan zijn uitgesloten.[93] De mogelijkheid van beperking van de bestuursbevoegdheden, bergt het gevaar in zich dat de bestuursbevoegdheden door middel van statutaire beperkingen tot vrijwel nihil worden gereduceerd.[94] Algemeen wordt echter aangenomen dat beperkingen niet zo ver mogen gaan dat er feitelijk geen bestuursbevoegdheid meer resteert.[95] Een zekere mate van autonomie en beleidsvrijheid moeten gewaarborgd blijven. Ik meen dat de grens van beperking wordt gegeven door artikel 2:239 lid 1 BW dat het bestuur dwingendrechtelijk belast met de bevoegdheid tot het besturen van de vennootschap. Daaruit leid ik af dat in ieder geval de dagelijkse leiding over de vennootschap bij het bestuur moet blijven.[96] Wordt die bevoegdheid beperkt, dan blijft er feitelijk weinig over van de bestuurdersrol en is deze tot vrijwel nihil gereduceerd. Alsdan is het bestuur slechts het orgaan dat de verantwoordelijkheid draagt voor het reilen en zeilen, terwijl het bij een dermate vergaande beperking van de bestuursbevoegdheid in feite geen of nauwelijks invloed heeft op het daadwerkelijk bepalen

91 Zie hierover ook De Roo 2019.
92 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/151.
93 Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/393.
94 Ik hanteer de term 'bestuursbevoegdheden' in plaats van 'bestuursbevoegdheid', vgl. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/414, omdat de bevoegdheid tot het besturen van de vennootschap an sich dwingendrechtelijk aan het bestuur is voorbehouden en derhalve niet voor beperking vatbaar is. Bevoegdheden die in datzelfde kader echter aan het bestuur expliciet of impliciet worden toegekend, kunnen daarentegen wel worden beperkt; zie ook Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/155.
95 Vgl. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/414.
96 In gelijke zin Löwensteyn 1959, p. 195.

van dat reilen en zeilen. Eerder is dan sprake van een ontneming van de bestuursbevoegdheid in plaats van een beperking, hetgeen ik ongeoorloofd acht en tevens in strijd is met het verplichte duale stelsel en het wettelijk systeem.[97] Ik kom hierna nog te spreken over de zelfstandigheid van het bestuur en de mogelijkheid om het bestuur aanwijzingen te geven.

3.5 Vertegenwoordiging van de vennootschap

In het vorige hoofdstuk zette ik uiteen dat de rechtspersoon alleen aan het rechtsverkeer kan deelnemen door tussenkomst van natuurlijke personen. Een vorm van vertegenwoordiging is daarom voor het functioneren van de rechtspersoon in de maatschappij onvermijdelijk.[98] De in de wet bedoelde vertegenwoordiging heeft uitsluitend betrekking op het verrichten van rechtshandelingen. In algemene zin kan vertegenwoordiging tevens betrekking hebben op andere handelingen dan rechtshandelingen, namelijk feitelijke handelingen of gedragingen.[99] Hoewel het BW geen algemene regeling voor de figuur van vertegenwoordiging kent, kan worden gewezen op het algemene karakter van Titel 3 van Boek 3 BW betreffende volmacht.[100] Op grond van artikel 3:78 BW zijn bepaalde artikelen uit deze titel, voor zover uit de wet niet anders voortvloeit, van overeenkomstige toepassing wanneer iemand optreedt als vertegenwoordiger uit anderen hoofde dan volmacht. Daarnaast bepaalt artikel 3:79 BW dat de bepalingen over volmacht buiten het vermogensrecht overeenkomstige toepassing vinden, voor zover de aard van de rechtshandeling of van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet. Vennootschapsbestuurders ontlenen hun vertegenwoordigingsbevoegdheid (in beginsel) evenwel niet aan een volmacht, maar aan de wet en daarop gebaseerde statutaire bepalingen.[101] De bepalingen omtrent volmacht zijn daarom niet rechtstreeks van toepassing op vertegenwoordiging door bestuurders.[102]

97 Voor wat betreft het duale stelsel zie o.a. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 10 (MvT), waaruit blijkt dat nog steeds veel waarde wordt gehecht aan het verplichte onderscheid tussen het bestuur en de AV als twee afzonderlijke organen, onder meer omdat het bestuur een wezenlijk andere rol vervult dan de AV – het vennootschapsbelang dient te bewaken – zodat reeds daarom moet worden aangenomen dat een zeker minimum aan bevoegdheden aanwezig moet zijn.

98 Vgl. Handboek 2013, p. 499.

99 Asser/Kortmann 3-III 2017/1 en Asser/Kortmann 3-III 2017/144 e.v.

100 Asser/Kortmann 3-III 2017/18.

101 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/329; de bestuurder kan overigens wel gevolmachtigde zijn, zie Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/330.

102 Vgl. PG BW Boek 3 1981, p. 254; Asser/Kortmann 3-III 2017/36.

3.5.1 Functionele vertegenwoordigingsbevoegdheid

Uitgangspunt voor alle rechtspersonen is dat zij worden vertegenwoordigd door het bestuur. Deze vertegenwoordigingsbevoegdheid is niet in algemene zin geregeld, maar verschilt per rechtspersoon. Op grond van artikel 2:240 lid 1 BW wordt de (besloten) vennootschap door het bestuur vertegenwoordigd, voor zover uit de wet niet anders voortvloeit. Hieruit volgt dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid in beginsel steeds aan het voltallige bestuur toekomt. Het tweede lid bepaalt dat de bevoegdheid tot vertegenwoordiging daarnaast óók aan iedere bestuurder toekomt. De statuten kunnen de individuele vertegenwoordigingsbevoegdheid beperken, zij het dat de mogelijkheden tot beperking gelimiteerd zijn tot door de wet toegestane beperkingen. Statutair kan worden bepaald dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid behalve aan het bestuur slechts toekomt aan een of meer bestuurders. Daarnaast kan worden bepaald dat een bestuurder de vennootschap slechts met medewerking van een of meer anderen mag vertegenwoordigen.[103] Voor de gezamenlijke vertegenwoordigingsbevoegdheid is niet vereist dat de ander dan de bestuurder een functie binnen de vennootschap vervult. De vertegenwoordigingsbevoegdheid dient echter wel ondubbelzinnig uit de statuten te blijken.[104] Dat betekent dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur als zodanig niet kan worden ontnomen, maar dat aan bepaalde bestuurders (individueel) geen vertegenwoordigingsbevoegdheid toekomt als de statuten van de vennootschap daarin voorzien. Het is ook mogelijk dat geen van de individuele bestuurders vertegenwoordigingsbevoegd is, maar dat de bevoegdheid alleen toekomt aan het bestuur als zodanig. In dat geval is niet vereist dat het gehele bestuur gezamenlijk de vennootschap vertegenwoordigd. *Communis opinio* is dat een meerderheid van het bestuur voldoende is.[105] In de praktijk zijn bestuurders veelal zelfstandig, dan wel met een of meer anderen bevoegd, en wordt de vennootschap door hen ook vaak zonder voorafgaande besluitvorming vertegenwoordigd.[106] De vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur of de individuele bestuurders, is verder onbeperkt en onvoorwaardelijk, voor zover uit de wet niet anders voortvloeit, aldus het derde lid van artikel 2:240 BW. De bevoegdheid kan dus niet in omvang worden beperkt, noch kan de bevoegdheid afhankelijk van de

103 Zie voor verschillende varianten die door middel van deze beperkingen kunnen worden gerealiseerd Gepken-Jager 2000, p. 272-274.

104 Vgl. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/396, die mijns inziens onterecht de indruk wekken dat alleen de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de bestuurder ondubbelzinnig moet blijken; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/160.

105 Vgl. Gepken-Jager 2000, p. 272 en de verwijzingen aldaar; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/396; Handboek 2013, p. 500; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/160; dit uitgangspunt kan tot de volgende situatie leiden. Stel dat van een driehoofdig bestuur géén van de individuele bestuurders vertegenwoordigingsbevoegd is; de vertegenwoordigingsbevoegdheid berust enkel bij het bestuur als zodanig. Twee van de drie bestuurders kunnen dan in beginsel niettemin de vennootschap rechtsgeldig vertegenwoordigen.

106 Vgl. Slagter/Assink 2013, p. 354.

goedkeuring van een ander worden gemaakt.[107] Interne organisatieregels van de vennootschap tasten de vertegenwoordigingsbevoegdheid niet aan.[108] Wanneer dus de statuten bepalen dat het bestuur voor het aangaan van een bepaalde rechtshandeling goedkeuring behoeft van de AV en die goedkeuring niet wordt verzocht en/of verkregen, dan is het bestuur niettemin extern bevoegd om de vennootschap te binden.[109] Op een wettelijk toegelaten of voorgeschreven beperking of voorwaarde voor de bevoegdheid tot vertegenwoordiging kan slechts door de vennootschap een beroep worden gedaan. In geval van onbevoegde vertegenwoordiging raakt de derde waarmee de rechtshandeling is verricht gebonden. Ten aanzien van de vennootschap is de rechtshandeling echter nietig.[110] Voor een succesvol beroep op de onbevoegdheid van een bestuurder is dan wel van belang dat de (betreffende) bevoegdheidsbeperking in het handelsregister is ingeschreven. Daarmee wordt aangesloten bij artikel 3:69 lid 3 jo. 3:79 BW, nu de inschrijving voor de derde kenbaar is en deze aldus op het tijdstip van de rechtshandeling begreep of redelijkerwijze moest begrijpen, dat de bestuurder niet bevoegd was. Ten slotte bepaalt artikel 2:240 lid 4 BW dat de statuten ook aan andere personen dan bestuurders bevoegdheid tot vertegenwoordiging kunnen toekennen. Evenals de in lid 2 bedoelde 'anderen' hoeven deze statutaire vertegenwoordigers geen functie binnen de vennootschap te vervullen. Waar bestuurders de vertegenwoordigingsbevoegdheid ontlenen aan hun functie, ontlenen deze andere personen hun bevoegdheid aan de statuten van de vennootschap. Artikel 2:240 lid 3 BW is niet van toepassing op statutaire vertegenwoordigers, zodat iedere beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid is toegelaten. De beperkingen dienen in de statuten te zijn bepaald en in het handelsregister te worden ingeschreven.[111]

De onbeperkte en onvoorwaardelijke vertegenwoordigingsbevoegdheid sluit niet naadloos aan op de bestuursbevoegdheid. De bestuursbevoegdheid wordt immers mede bepaald door de statuten, reglementen en besluiten die het interne functioneren van de vennootschap mede vormgeven. Deze discrepantie houdt verband met de achtergrond van de vertegenwoordigingsregels voor rechtspersonen, die is gelegen in de Eerste EEG-Richtlijn Harmonisatie Vennootschapsrecht.[112] De

107 Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/396; Handboek 2013, p. 500; Van Schilfgaarde 2017, nr. 51.

108 Zie in dit verband ook Rb. Utrecht 28 oktober 2009, *JIN* 2010, 77, m.nt. Gepken-Jager, waarin een beroep werd gedaan op een in een aandeelhoudersovereenkomst opgenomen beperking.

109 Vgl. HR 5 januari 1979, *NJ* 1979, 317 (*Slijkerman/Volkshogeschool 't Oldörp*), waarin de externe vertegenwoordigingsbevoegdheid niet werd aangetast door de interne regel dat de betreffende rechtshandeling alleen kon worden verricht krachtens een geldig bestuursbesluit.

110 HR 21 maart 2008, *NJ* 2008, 297, m.nt. Maeijer (*Nieuwe Steen*); Van Schilfgaarde 2017, nr. 53; J.B. Huizink, *GS Rechtspersonen*, art. 2:240 BW, aant. 6.1.

111 Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/397; Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/337; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/161.

112 Eerste EEG-Richtlijn 68/151/EEG van de Raad van 9 maart 1968 (*PbEG* 1968, L 65/8), later Richtlijn 2009/101/EG (*PbEU* 2009, L 258) en tegenwoordig Richtlijn (EU) 2017/1132 (*PbEU* 2017,

vertegenwoordigingsregels in Boek 2 BW worden daarom ook wel aangeduid als het *richtlijnenstelsel*. De ratio van deze richtlijn is de bescherming van derden en deelnemers in vennootschappen, waarbij de nadruk lag op het verzekeren van een vlot verloop van en de rechtszekerheid bij internationale transacties. In dat verband behoefde ook de rechtsgeldigheid van verbintenissen van de vennootschap harmonisatie, omdat onder meer onduidelijkheid over de bevoegdheid van vertegenwoordigers derden zouden kunnen weerhouden van handelen met de vennootschap.[113] De Europese wetgever heeft er de voorkeur aan gegeven om de bescherming van de derde die met de vennootschap handelt tot uitgangspunt te nemen.[114] Die overweging heeft erin geresulteerd dat interne regels omtrent het functioneren van de vennootschap en betreffende de verhouding tussen de organen slechts in zeer beperkte mate – voor zover niet uit de wet anders voortvloeit – van invloed zijn op de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur. Deze strikte regeling laat evenwel onverlet dat in een voorkomend geval bijzondere omstandigheden ertoe kunnen nopen dat de vennootschap een beroep kan doen op de onbevoegdheid van bestuurders, terwijl die onbevoegdheid enkel voortvloeit uit de interne organisatieregels. De redelijkheid en billijkheid kunnen verlangen dat de vennootschap toch een beroep op de onbevoegdheid van haar bestuurders kan doen. De enkele wetenschap van de derde dat het bestuur interne regels overtreedt bij het verrichten van de betreffende rechtshandeling is evenwel onvoldoende.[115] In aanvulling hierop kan ook artikel 3:13 BW, misbruik van bevoegdheid, eraan in de weg staan dat een rechtshandeling namens de vennootschap is verricht.[116]

Bij dit alles dient te worden bedacht dat de vraag wie contractspartij is (geworden) bij een overeenkomst, moet worden beantwoord aan de hand van hetgeen de betrokkenen over en weer hebben verklaard en zij uit elkaars verklaringen en gedragingen redelijkerwijs hebben afgeleid en mochten afleiden.[117] Het verrichten van rechtshandelingen is immers onderworpen aan de bepalingen van Boek 3 BW en meer in het bijzonder het samenspel tussen artikel 3:33 en 3:35 BW, de wilsvertrouwensleer. In geval van vertegenwoordiging van de vennootschap kan de vraag rijzen of de rechtshandeling namens de vennootschap is verricht, dan wel of degene die handelt dat voor zichzelf heeft gedaan. Denk aan de situatie dat een bestuurder bij een klant van de vennootschap voor privédoeleinden een bestelling plaatst. Een gestage stroom

---

L169/46).

113 Zie Gepken-Jager 2000, p. 26-29; Van Schilfgaarde 2017, p. 227-228; Pitlo/Raaijmakers 2017, p. 278; Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/335.

114 Kritisch hierover Hollemans & Schwarz 2016.

115 Vgl. HR 17 december 1982, *NJ* 1983, 480, m.nt. Scholten (*Bibolini*), waarover onder meer Gepken-Jager 2000, p. 297-299; Van Schilfgaarde 2017, nr. 57; Pitlo/Raaijmakers 2017, p. 279.

116 Zie Slagter/Assink 2013, p. 357; Van Schilfgaarde 2017, nr. 57.

117 Vgl. HR 11 maart 1977, *NJ* 1977, 521, m.nt. Scholten (*Kribbebijter*); HR 28 november 2014, *JOR* 2015, 26, m.nt. Kortmann (*Snippers q.q./Rabobank*); HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2217, *JOR* 2019, 96, m.nt. Biemans (*X/Unisphere Holding*).

aan rechtspraak laat zien dat zich in deze sferen problemen kunnen voordoen.[118] In dat verband speelt de hoedanigheid waarin is opgetreden een belangrijke rol: de hoedanigheid van bestuurder brengt immers met zich dat namens de vennootschap wordt gehandeld, maar onduidelijkheid kan ontstaan over de vraag of in een voorkomend geval ook die hoedanigheid is aangenomen. Veelal ontstaan in dit opzicht problemen doordat bijvoorbeeld een DGA met het e-mailadres of op briefpapier van de vennootschap correspondeert met de wederpartij over verplichtingen die hij in privé is aangegaan of wilde aangaan, dan wel namens een andere vennootschap waarvan hij eveneens bestuurder is. De wederpartij kan door deze onduidelijkheden geconfronteerd worden met verweren als: 'u heeft de verkeerde partij aangesproken' of 'u moet bij mijn failliete BV zijn en niet bij mij'. Hoewel dus de vertegenwoordigingsregels voor rechtspersonen door striktheid beogen een derde die met een rechtspersoon handelt te beschermen, laat de voorvraag – wie is überhaupt mijn contractspartij? – de nodige ruimte voor discussie, doordat de beantwoording ervan afhankelijk is van de subjectieve partijbedoeling.[119] Een belangrijke kanttekening hierbij is de gestage stroom aan rechtspraak waaruit blijkt dat degene die zijn onderneming voert met behulp van een veelvoud aan verbonden rechtspersonen en handelsnamen – en daardoor verwarring zaait over welke entiteit nu als wederpartij bij een contract heeft te gelden – het risico loopt zelf voor de verplichtingen daaruit te moeten opdraaien.[120]

3.5.2 Vertegenwoordiging krachtens volmacht

Naast de functionele vertegenwoordigingsbevoegdheid, de bevoegdheid die bestuurders toekomt uit hoofde van deze hoedanigheid op grond van artikel 2:240 BW, kunnen bestuurders ook krachtens volmacht bevoegd zijn de vennootschap te

118 Zie HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 21, *JOR* 2014, 296 (*Hezemans Air*), waarin onduidelijkheid bestond over de vraag of de volmachtgever aan de gevolmachtigde in privé een volmacht had verleend dan wel in zijn hoedanigheid van bestuurder van een vennootschap; zie verder Rb. Zwolle-Lelystad 4 oktober 2006, ECLI:NL:RBZLY:2006:BA8596 (eenmanszaak of BV?); Hof Arnhem 20 maart 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BV9609 (welke vennootschap?); Hof Arnhem-Leeuwarden 18 februari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:1211 (holding of privé?); Rb. Gelderland 6 augustus 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:6303 (eenmanszaak of Ltd.?); Hof Amsterdam 19 augustus 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3429 (eenmanszaak of BV?); Hof Arnhem-Leeuwarden 24 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2113 (privé of een van de vennootschappen?); Rb. Den Haag 12 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11769 (privé of BV?); Hof 12 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5509 (vennootschap of DGA?); Hof 's-Hertogenbosch 14 mei 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1832 (persoonlijk belang bestuurder bij opdracht namens stichting).

119 Vgl. ook HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034, waarin de vraag aan de orde was of de bestuurder (in privé) dan wel de vennootschap partij was bij de overeenkomst en vervolgens de vraag of de vennootschap niet later alsnog contractspartij kon zijn geworden. Volgens de Hoge Raad dient deze laatste vraag eveneens te worden beantwoord aan de hand van de subjectieve partijbedoeling.

120 Zie Bartman in zijn noot bij Hof Arnhem-Leeuwarden 17 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1093, *JOR* 2015, 104 (*Golf en Country Club Edda Huzid/Docky*), eerder in Hof 's-Hertogenbosch 16 juli 2013, *JOR* 2013, 302, m.nt. Bartman (*Luchtman q.q./Bruyn c.s.*) en Bartman e.a. 2016, p. 250 en 253; zie ook Ernes 2001, p. 1037-1042; Bier 2017, p. 27 e.v.

vertegenwoordigen. Ook anderen dan bestuurders kunnen de vennootschap krachtens volmacht vertegenwoordigen, ongeacht of zij een functie binnen de vennootschap vervullen. Zowel expliciet als impliciet kan door wettelijke of statutaire vertegenwoordigers van de vennootschap een volmacht worden verleend om de aan hen toekomende vertegenwoordigingsbevoegdheid uit te oefenen.

Een dergelijke volmacht is beperkt tot de grenzen die aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de volmachtgever zijn gesteld. Het is mogelijk dat het bestuur een volmacht verleent aan een of meer bestuurders, die niet reeds op grond van artikel 2:240 BW vertegenwoordigingsbevoegd zijn. In de literatuur zijn de meningen over het toekennen van een doorlopende volmacht aan bestuurders verdeeld. De beperkingen die aan een volmacht kunnen worden verbonden kunnen immers veel verder gaan dan de beperkingen die artikel 2:240 BW toelaat, als gevolg waarvan – zo wordt betoogd – geen recht wordt gedaan aan het hiervoor besproken richtlijnenstelsel. Van Schilfgaarde en Gepken-Jager zijn daarom van mening dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid van een bestuurder met een doorlopende volmacht, voor zover de daaraan gestelde beperkingen verder gaan dan artikel 2:240 BW toestaat, niettemin onbeperkt en onvoorwaardelijk is.[121] Het merendeel van de auteurs acht een doorlopende, beperkte volmacht aan een bestuurder echter mogelijk.[122] Bij die laatste opvatting sluit ik mij aan. De functionele vertegenwoordigingsbevoegdheid krachtens artikel 2:240 BW en de bevoegdheid krachtens volmacht (artikel 3:60 e.v. BW) zijn te onderscheiden stelsels en bieden te onderscheiden vertegenwoordigingsregels. Aan de bescherming van derden wordt mijns inziens niet afgedaan, nu de derde het handelsregister reeds zal moeten raadplegen wil hij erachter komen of een bestuurder vertegenwoordigingsbevoegd is krachtens 2:240 BW. Bij die raadpleging zal de derde tegelijkertijd kunnen zien of een krachtens artikel 2:240 BW onbevoegde bestuurder niettemin krachtens volmacht bevoegd is. Is desondanks sprake van onbevoegde vertegenwoordiging, dan biedt artikel 3:70 BW voldoende soelaas.[123] Voordat ik deze aansprakelijkheid van de (pseudo)gevolmachtigde bespreek, maak ik eerst enkele algemene opmerkingen over de volmacht en ga ik in op de voorvragen: is er sprake van volmacht en wat is daarvan de inhoud en omvang?

121 Van Schilfgaarde 2017, nr. 55; Gepken-Jager 2000, p. 307-309 en Gepken-Jager 2003, p. 7-11.

122 Zie o.m. Slagter/Assink 2013, p. 352, Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/396; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/160; Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/330; Handboek 2013, nr. 236; Quist 2005, p. 545-547; Portengen & Yee 2010, p. 155; zie ook Hof 's-Hertogenbosch 24 januari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:185.

123 Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 25 juni 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5017, waarin een bestuurder slechts gezamenlijk met een andere bestuurder vertegenwoordigingsbevoegd was, maar alleen een huurovereenkomst had ondertekend in de verwachting dat de medebestuurder nadien nog zou tekenen. De medebestuurder onthield echter zijn handtekening, als gevolg waarvan de bestuurder de vennootschap onbevoegd had vertegenwoordigd. Evenmin beschikte hij over een volmacht, waardoor hij op grond van artikel 3:70 BW aansprakelijk werd geacht.

Volmacht is de bevoegdheid die een volmachtgever verleent aan een ander, de gevolmachtigde, om in zijn naam rechtshandelingen te verrichten.[124] Een door de gevolmachtigde binnen de grenzen van zijn bevoegdheid in naam van de volmachtgever verrichte rechtshandeling treft in haar gevolgen de volmachtgever.[125] In beginsel kan de gevolmachtigde zijn bevoegdheid niet aan een ander verlenen.[126] De bevoegdheid kan zowel uitdrukkelijk als stilzwijgend worden verleend en is vormvrij.[127] Een volmacht kan algemeen of bijzonder zijn. Een algemene volmacht is een volmacht die alle zaken van de volmachtgever en alle rechtshandelingen omvat, met uitzondering van hetgeen ondubbelzinnig is uitgesloten.[128] Daarnaast kunnen worden onderscheiden de bijzondere volmacht die in algemene bewoordingen is verleend en de bijzondere volmacht die voor een bepaald doel is verleend.[129] Ten slotte kunnen nog worden onderscheiden de herroepelijke en onherroepelijke volmacht.[130] Deze laatste kan niet eenzijdig door de volmachtgever worden herroepen.

Of een volmacht is verleend en wat de inhoud en omvang van die volmacht is, moet worden bepaald aan de hand van artikel 3:33 jo. 3:35 BW.[131] Een volmacht kan zodoende ook in een bepaalde rechtsverhouding, een aanstelling of functie besloten liggen.[132] Hoewel hiervoor duidelijk werd dat de bestuurder zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid in beginsel ontleent aan de wet, kan bijvoorbeeld een niet-statutair directeur, manager of leidinggevende als gevolmachtigde worden beschouwd door zijn of haar functie, wanneer de aanstelling naar de wet of het verkeersgebruik vertegenwoordigingsbevoegdheid met zich brengt. De aard van de functie is daarbij bepalend voor de omvang van de bevoegdheid.[133] Daarnaast kan een aanstelling of functie ook een belangrijke rol spelen bij de beantwoording van de vraag voor wiens risico de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid behoort te komen. Zo valt te betogen dat een wederpartij erop mag vertrouwen dat in de aanstelling als inkoper besloten ligt dat aan deze inkoper een toereikende volmacht is verleend om die overeenkomsten aan te gaan die naar verkeersopvattingen uit de vervulling van deze functie voortvloeien.[134] Veelal is de positie van de betreffende

124 Artikel 3:60 lid 1 BW.
125 Artikel 3:66 lid 1 BW.
126 Artikel 3:64 BW.
127 Artikel 3:61 lid 1 BW.
128 Artikel 3:62 lid 1 BW.
129 Artikel 3:62 lid 2 BW.
130 Artikel 3:74 lid 1 BW.
131 Asser/Kortmann 3-III 2017/28; Asser/Kortmann 3-III 2017/32, verwijzend naar HR 12 oktober 2012, *NJ* 2012, 686 (*Varde Investments/Harbers*).
132 Asser/Kortmann 3-III 2017/39-40.
133 Asser/Kortmann 3-III 2017/36, die de functie van bedrijfsleider uitdrukkelijk benoemt als een functie die naar verkeersopvatting en zonder wettelijke voorziening vertegenwoordigingsbevoegdheid inhoudt; zie ook HR 23 oktober 1998, *NJ* 1999, 582 (*Nacap/Kurstjens*).
134 Vgl. HR 9 oktober 1998, *NJ* 1999, 581 (*Hartman/Bakker*); Hof 's-Gravenhage 19 maart 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BC8178, waarin het hof oordeelt dat de overeenkomst tot het vervaardigen

vertegenwoordiger binnen de organisatie van de vertegenwoordigde één van de doorslaggevende omstandigheden die er toe leidt dat de gewekte schijn van bevoegdheid voor risico van de vertegenwoordigde komt.[135] Het ligt in dergelijke gevallen op de weg van de achterman om duidelijk tegenover derden te doen blijken, wanneer geen of een meer beperkte volmacht is verleend dan naar de wet of het gebruik aan de functie is verbonden. Bovendien zal de onbevoegdheid niet aan een wederpartij kunnen worden tegengeworpen, indien de achterman ook eerdere vertegenwoordigingshandelingen heeft erkend.[136] Dit volgt uit de hierna te bespreken rechtspraak betreffende schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid.

Uitgangspunt is dat de gevolmachtigde de volmachtgever slechts kan binden binnen de grenzen van de volmacht. Ingevolge artikel 3:61 lid 2 BW dient voor toerekening van de schijn van een toereikende volmachtverlening aan drie vereisten te zijn voldaan, namelijk:

i. er is een 'verklaring of gedraging' van de vertegenwoordigde, op grond waarvan diens wederpartij;
ii. 'heeft aangenomen'; en
iii. 'mocht aannemen' dat er een toereikende volmacht was.

Deze schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan er toe leiden dat een vertegenwoordigde, ondanks het ontbreken van (een toereikende) volmacht, niettemin rechtsgeldig is vertegenwoordigd. Hierbij is relevant dat de bevoegdheid om bepaalde rechtshandelingen te verrichten, ook de bevoegdheid impliceert tot het verrichten van die handelingen die voor het tot stand brengen van de rechtshandeling nodig of wenselijk zijn. Gedacht kan worden aan het voeren van onderhandelingen. Hoewel het daarbij strikt genomen om feitelijk handelen gaat, kan ook dit handelen meestal aan de vertegenwoordigde worden toegerekend.[137]

Bij wie van de partijen het risico van een handelen zonder (toereikende) volmacht rust, is afhankelijk van de beschermenswaardigheid van de betrokkenen.[138] In dit verband spelen met name het *toedoen*- en *risicobeginsel* een rol. Het toedoenbeginsel heeft betrekking op de vraag of en in hoeverre de vertegenwoordigingsbevoegdheid door verklaringen en gedragingen van de vertegenwoordigde is gewekt.[139]

---

van een bank voor een club naar verkeersopvattingen geacht kan worden besloten te liggen in de bevoegdheden die de bedrijfsleider als bedrijfsleider toekomen. Rb. Gelderland 21 juni 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:3621, waarin een bedrijfsleider juist niet bevoegd werd geacht tot het aangaan van een duurovereenkomst voor het ophalen van afval.

135 Vgl. Asser/Kortmann 3-III 2017/39.

136 Asser/Kortmann 3-III 2017/48.

137 Vgl. Asser/Kortmann 3-III 2017/159.

138 Asser/Kortmann 3-III 2017/38.

139 De schijn kan ook worden gewekt door een nalaten, zie HR 1 maart 1968, *NJ* 1968, 246 (*Moluksche Evangelische Kerk/Clijnk*).

Het risicobeginsel laat daarentegen ook plaats voor toerekening aan de vertegenwoordigde, wanneer de wederpartij gerechtvaardigd heeft vertrouwd op de volmachtverlening aan de vertegenwoordiger op grond van feiten en omstandigheden die voor risico van de vertegenwoordigde komen en waaruit naar verkeersopvattingen zodanige schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden afgeleid.[140] Hierbij kunnen onder meer van belang zijn de ondoorzichtigheid van de organisatie van de vertegenwoordigde en, zoals hiervoor al aan de orde kwam, de positie van de vertegenwoordiger binnen die organisatie.[141]

De Hoge Raad heeft dit risicobeginsel genuanceerd in zijn arresten *Tamacht/Hodenius* en *Aventura*.[142] In beide arresten overwoog hij dat het risicobeginsel niet zo ver gaat dat voor toepassing daarvan ook ruimte is in gevallen waarin het tegenover de wederpartij gewekte vertrouwen uitsluitend is gebaseerd op verklaringen of gedragingen van de onbevoegd handelende persoon. De rechter dient in zijn uitspraak mede feiten of omstandigheden vast te stellen die de onbevoegd vertegenwoordigde betreffen en die rechtvaardigen dat de laatstgenoemde in zijn verhouding tot de wederpartij het risico van de onbevoegde vertegenwoordiging draagt. Enige betrokkenheid, althans een voldoende relatie tot de achterman, is voor toerekening dan ook vereist.[143] De Hoge Raad heeft dit oordeel bevestigd in de kwestie *Ter Heide/Mette* betreffende de schijn van volmachtverlening aan een notaris.[144] Uit de kernoverwegingen van de Hoge Raad blijkt duidelijk dat de rechter alle omstandigheden van het geval, waaronder ook omstandigheden die uitsluitend de handelende persoon of diens verhouding tot de wederpartij betreffen, in zijn oordeel moet betrekken.[145] Naast de hiervoor aangehaalde aard van de organisatie van de achterman, de functie die vertegenwoordiger daarbinnen bekleedt, alsmede eventuele transacties in het verleden, kunnen voor de beoordeling nog relevant zijn de aard van partijen, de aard van de vertegenwoordiger en de verrichte rechtshandeling, alsmede de kennis die een wederpartij heeft of behoort te hebben van de wensen van de vertegenwoordiger.[146]

---

140 HR 19 februari 2010, *NJ* 2010, 115 (*ING/Bera Holding*).

141 Asser/Kortmann 3-III 2017/41; zie ook HR 3 februari 2012, *NJ* 2012, 390, *JOR* 2012, 101 (*Fujitsu/Exel*), waarin een moedermaatschappij en een dochtermaatschappij deel hadden uitgemaakt van een ondoorzichtige groep van organisaties met een eveneens ondoorzichtige bevoegdheidsverdeling, hetgeen kan bijdragen aan het oordeel dat dat sprake is van toerekenbare schijn van volmachtverlening.

142 HR 3 februari 2017, *NJ* 2017, 78, *JOR* 2017, 149, m.nt. Kortmann (*Tamacht/Hodenius*) en HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:143, *JOR* 2017, 150, m.nt. Kortmann, hersteld bij arrest van HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:277 (*Aventura*).

143 In deze zin Schelhaas 2017, p. 509-512.

144 HR 14 juli 2017, *NJ* 2017, 326 (*Ter Heide/Mette*).

145 Aldus ook Kortmann in zijn noot bij *Tamacht/Hodenius*, *JOR* 2017, 149 en Asser/Kortmann 3-III 2017/41a.

146 Zie Hof 's-Hertogenbosch 21 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1102 (geen toerekening van schijn); Rb. Gelderland 14 juli 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4306 (schijn aangenomen in kort geding); Rb. Amsterdam 30 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7986, *RAR* 2018, 31 (schijn aangenomen in kort geding); Hof Amsterdam 5 september 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3579 (schijn

Dit laatste is mijns inziens een direct uitvloeisel van artikel 3:35 BW, nu hierdoor het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij wordt gekleurd.

Wanneer de wederpartij haar recht niet bij de achterman kan of wil halen, kan zij ook haar pijlen op de vertegenwoordiger richten. Ingevolge artikel 3:70 BW staat hij die als gevolmachtigde handelt jegens de wederpartij in voor het bestaan en de omvang van de volmacht, tenzij de wederpartij weet of behoort te begrijpen dat een toereikende volmacht ontbreekt of de gevolmachtigde de inhoud van de volmacht volledig aan de wederpartij heeft medegedeeld. Blijkens de parlementaire geschiedenis is deze bepaling gestoeld op de gedachte dat de handel erop moet kunnen rekenen dat iemand die een kwaliteit opgeeft, deze ook bezit. Bij gebreke van die kwaliteit, zal diegene de schade van de derde die voortvloeit uit het niet uitvoeren van de overeenkomst volledig moeten vergoeden. Onder deze vergoedingsplicht wordt ook het positieve contractsbelang begrepen.[147] Het resultaat van een succesvol beroep op artikel 3:70 BW is overigens niet dat de pseudogevolmachtigde jegens de wederpartij gebonden raakt, als ware hij zelf partij bij de rechtshandeling. Jegens de wederpartij ontstaat een *garantieverbintenis* uit hoofde waarvan de pseudogevolmachtigde de wederpartij in de (financiële) positie zal moeten brengen alsof de rechtshandeling tot stand zou zijn gekomen.[148]

Teneinde schadevergoeding van de (pseudo-)gevolmachtigde te kunnen vorderen, zal de wederpartij moeten stellen dat:

a) de pseudogevolmachtigde een overeenkomst met een bepaalde inhoud heeft gesloten met de wederpartij;
b) de pseudogevolmachtigde hierbij heeft gehandeld namens een derde, de pseudo-achterman;
c) een (toereikende) volmacht ontbrak en;
d) zij schade heeft geleden als gevolg van de tekortkoming van de pseudogevolmachtigde.[149]

De wederpartij wordt door de rechtspraak van de Hoge Raad tegemoet gekomen. Zo hoeft zij niet te stellen of bewijzen dat de desbetreffende overeenkomst naar behoren zou zijn nagekomen, indien zij de pseudo-volmachtgever wél had gebonden. Bovendien geldt dat wanneer de pseudogevolmachtigde zich erop beroept dat de wederpartij het positief contractsbelang niet zou hebben kunnen realiseren door enige oorzaak gelegen buiten het ontbreken van de toereikende volmacht, de

gewekt, onder meer door verwarring wegens gebruik naam van niet bestaande vennootschap); Rb. Rotterdam 1 november 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:8927 (geen schijn gewekt); Hof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9903, *JIN* 2020, 8, m.nt. Kok (*Freshlight/Evenementenhal Hardenburg*); zie ook Fruytier 2017, p. 271-277.

147 Asser/Kortmann 3-III 2017/97; zie ook HR 20 februari 2004, *NJ* 2004, 254 (*Vreeswijk/Van Heeckeren van Kell*).

148 Asser/Kortmann 3-III 2017/97.

149 HR 20 februari 2004, *NJ* 2004, 254 (*Vreeswijk/Van Heeckeren van Kell*).

pseudogevolmachtigde de daarvoor relevante feiten en omstandigheden zal moeten stellen en zo nodig bewijzen.[150] Uit de formulering en de hiervoor genoemde strekking van artikel 3:70 BW vloeit voort dat de bewijslast ten aanzien van de vraag of een toereikende volmacht is verleend op de pseudogevolmachtigde rust. Een andere bewijslastverdeling zou volgens de Hoge Raad meebrengen dat de wederpartij zou worden belast met het bewijs van een negatief feit. Degene die de pseudogevolmachtigde aanspreekt op de voet van artikel 3:70 BW, kan daarom in beginsel volstaan met de stelling dat een toereikende volmacht ontbreekt. Degene die als gevolmachtigde handelt, zou immers als geen ander moeten weten of hij over een toereikende volmacht beschikt. Daarom mag van de pseudogevolmachtigde eerder dan van de wederpartij worden verlangd dat hij beschikt over bewijsstukken betreffende de verleende volmacht.[151]

Biedt het aanspreken van de pseudogevolmachtigde dan ook soelaas, wanneer een beroep op artikel 6:162 BW wordt gedaan? De enkele omstandigheid dat de pseudogevolmachtigde onbevoegd heeft gehandeld levert geen onrechtmatige daad op.[152] In het algemeen wordt ten eerste geleerd dat onbevoegd handelen in naam van een ander slechts als onrechtmatig kan worden aangemerkt, indien wordt gehandeld op een manier of onder zodanige omstandigheden, dat het onbevoegd optreden in strijd is met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betamelijk is.[153] Ten tweede wordt geleerd dat waar een beroep op 3:70 BW ook tot een vergoedingsplicht leidt voor het positief contractsbelang, een actie op grond van onrechtmatige daad slechts tot vergoeding van het negatief contractsbelang verplicht.[154] Voor het enkel aanspreken van de pseudogevolmachtigde is de wederpartij dan ook beter af met een geslaagd beroep op artikel 3:70 BW.[155] De wederpartij kan zich overigens bij het aangaan van de rechtshandeling eenvoudig ervan vergewissen of degene die stelt gevolmachtigd te zijn, dat ook daadwerkelijk is. Ingevolge artikel 3:71 BW kan de wederpartij de gevolmachtigde terstond om bewijs van de volmacht vragen, en, indien de

150 HR 20 februari 2004, *NJ* 2004, 254 (*Vreeswijk/Van Heeckeren van Kell*).

151 HR 22 november 2013, *NJ* 2011, 114, m.nt. Tjong Tjin Tai (*Zandvliet/Vlielander*), waarmee de Hoge Raad terugkwam op zijn uitspraak HR 20 februari 2004, *NJ* 2004, 254 (*Vreeswijk/Van Heeckeren van Kell*); zie over deze arresten Bakker 2014; zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:724.

152 Zie anders Rb. Arnhem 28 juli 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:6835.

153 HR 31 januari 1997, *RvdW* 1997, 36 (*Globe/Groningen*).

154 Asser/Kortmann 3-III 2017/99.

155 Het voordeel van een beroep op artikel 6:162 BW is daarin gelegen dat met het komen vaststaan van het onrechtmatig handelen van de pseudogevolmachtigde, de wederpartij met behulp van artikel 6:170 (ingeval de pseudogevolmachtigde een ondergeschikte is) en 6:171 BW (ingeval de pseudogevolmachtigde als niet-ondergeschikte kwalificeert ook de werkgever of opdrachtgever van de pseudogevolmachtigde kan aanspreken. De verhaalsmogelijkheden worden zo verruimd. Onjuist vind ik de woordkeuze van Kortmann, Asser/Kortmann 3-III 2017/99, waarin hij stelt dat op grond van deze bepalingen degene *ten behoeve van wie de pseudogevolmachtigde optreedt* kwalitatief aansprakelijk zijn.

gevolmachtigde dat bewijs niet onverwijld levert, de verklaringen van de gevolmachtigde als ongeldig van de hand wijzen. In dat geval heeft het vertegenwoordigend handelen, ongeacht of er bevoegd of onbevoegd wordt gehandeld, geen effect, tenzij de gevolmachtigde binnen de gestelde termijn het bewijs levert.[156] Aldus heeft de oplettende wederpartij een goede mogelijkheid om zichzelf tegen de eventuele onbevoegdheid van de pseudogevolmachtigde te beschermen.

3.6 Bestuurszelfstandigheid

Het functioneren van het bestuur wordt mede bepaald door de mate van zelfstandigheid waarmee het kan opereren. Dat geldt evenzeer voor de individuele bestuurders die gezamenlijk dat orgaan vormen. Met zelfstandigheid doel ik hier op de mate waarin het bestuur autonoom ten opzichte van andere organen van de vennootschap (of leden daarvan) zijn taken kan uitoefenen en, in het verlengde daarvan, zijn bevoegdheden kan aanwenden. Deze zelfstandigheid moet mijns inziens los worden gezien van de mate waarin het bestuur door derden kan worden beïnvloed. Bij die laatste invloed kan worden gedacht aan de grip van bijvoorbeeld de financier van de vennootschap of potentiële afnemer(s) op bestuurders. Het onderscheid tussen deze binnen- en buitenstaanders is gelegen in de omstandigheid dat de binnenstaanders onderdeel zijn van de deelrechtsorde van de vennootschap en als zodanig (mede) op wettelijke en statutaire gronden invloed kunnen en soms moeten uitoefenen op het bestuur. Buitenstaanders kunnen dat slechts op contractuele of feitelijke gronden.

De beantwoording van de vraag in hoeverre het bestuur zijn taken autonoom kan uitoefenen raakt het leerstuk van beleidsbepaling in de kern. Beleidsbepaling en leidinggeven vormen de essentie van de opdracht die artikel 2:239 lid 1 BW voor het bestuur formuleert. De mate waarin het voor anderen mogelijk is om zich daarin te mengen is tegelijkertijd bepalend voor de mate van autonomie van het bestuur. Deze autonomie vormt bovendien een waarborg voor de onafhankelijke belangenbehartiging die ingevolge artikel 2:239 lid 5 aan het bestuur wordt opgedragen.[157] Ik zal de zelfstandigheid van het bestuur hierna benaderen vanuit de (ontwikkeling van de) instructiebevoegdheid, als bedoeld in artikel 2:239 lid 4 BW.

3.6.1 Instructies aan het bestuur

Ingevolge het huidige artikel 2:239 lid 4 BW kunnen de statuten bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van een ander orgaan van de vennootschap. Het bestuur is gehouden de aanwijzingen op te volgen, tenzij deze

156 Asser/Kortmann 3-III 2017/51.

157 Vgl. Slagter/Assink 2013, p. 993-994; Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/190; Huizink, *GS rechtspersonen*, art. 2:239 BW, aant. 11.6.

in strijd zijn met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. De bepaling staat op gespannen voet met de vennootschappelijke structuur, waarin aan het bestuur van de vennootschap een bepaalde mate van zelfstandigheid is toebedeeld. De verschillende organen hebben eigen taken en bevoegdheden. Als uitgangspunt heeft te gelden dat vennootschapsorganen de door de wet en statuten aangegeven grenzen van die bevoegdheden niet mogen overschrijden. Een duidelijke 'hoogste macht' in de vennootschap kan, gezien ieders autonomie voor wat betreft de eigen taken en bevoegdheden, niet worden aangewezen. De mogelijkheid om in de statuten een instructiebevoegdheid op te nemen, impliceert dat een ander orgaan van de vennootschap inbreuk kan maken op de zelfstandigheid van het bestuur. Inherent daaraan is mijns inziens dat dit orgaan dan zelf de mogelijkheid heeft om zich in te laten met juist dat terrein dat uitdrukkelijk tot de bestuurstaak behoort: het besturen van de vennootschap. De aanwijzingen die aan het bestuur van een BV gegeven kunnen worden zijn onbeperkt in reikwijdte en kunnen zowel van algemene aard zijn, als (zeer) concreet en gedetailleerd. Wanneer de statuten bijvoorbeeld een instructiebevoegdheid voor de algemene vergadering bevatten, mag zij zich *rechtens* begeven op het terrein van het bestuur en als zodanig instructies geven met betrekking tot het beleid en de strategie van de vennootschap, alsook ten aanzien van de dagelijkse leiding over de vennootschap. Onduidelijk is echter hoe ver deze instructiebevoegdheid reikt en dus waar de grenzen van deze bevoegdheid liggen.

Dat het bestuur op grond van artikel 2:239 lid 4 BW gehouden kan zijn om aanwijzingen van een ander orgaan van de vennootschap op te volgen, impliceert toch enige hiërarchie: het bestuur heeft als het ware naar de pijpen van de instructiegever te dansen en verzet is slechts mogelijk voor zover het vennootschappelijk belang dat vereist. Wordt de instructiegever belichaamd door de algemene vergadering, dan heeft deze vaak nog een andere mogelijkheid om het bestuur te beïnvloeden: de algemene vergadering kan het bestuur in de regel schorsen of ontslaan. De bevoegdheid tot schorsing en ontslag leidt tot een feitelijke machtspositie of instructie*macht*, die van de instructiebevoegdheid moet worden onderscheiden. Het bestuur zal zich in de regel moeilijk kunnen onttrekken aan aanwijzingen van het orgaan dat tot schorsing en ontslag bevoegd is.[158] Tegelijkertijd geeft deze instructiemacht het tot ontslag bevoegde orgaan geen directe mogelijkheid om bepaald bestuurshandelen af te dwingen; er zal een nieuw bestuur moeten worden benoemd dat op zijn beurt zal moeten beslissen of de instructie kan worden uitgevoerd. De statutaire instructiebevoegdheid gaat verder dan de feitelijke macht die van de dreiging van schorsing en ontslag uitgaat. Het bestuur is in beginsel immers verplicht aan de instructie gehoor te geven. Artikel 2:239 lid 4 BW maakt dan ook op een geheel andere wijze inbreuk op de bestuursautonomie: er is sprake van een wettelijke grondslag die een rechtstreekse inbreuk op de bestuurszelfstandigheid toestaat en andere organen van de

158 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/158.

vennootschap de gelegenheid geeft om zich op een terrein te begeven dat op de voet van het eerste lid van artikel 2:239 BW slechts door het bestuur wordt betreden.

Hierna zal ik ingaan op de reikwijdte van de instructiebevoegdheid, alsmede de rol van de instructiegever en de geïnstrueerde (het bestuur). Eerst besteed ik evenwel aandacht aan de ontwikkeling van deze bevoegdheid door de jaren heen. Daartoe beschrijf ik in onderling verband de (wettelijke) voorgangers van het huidige artikel 2:239 lid 4 BW en de benadering van het instructievraagstuk in de literatuur en rechtspraak. Ten slotte komt de parlementaire geschiedenis van de huidige bepaling aan bod. Vervolgens bespreek ik ook de ontwikkelingen na de invoering van de huidige bepaling ter gelegenheid van de inwerkintreding van de Wet Flex-BV. De reikwijdte duid ik aan het slot van deze paragraaf.

3.6.2 Ontwikkeling van de instructiebevoegdheid

Tot de herziening van het NV-recht in 1928 kwam het leerstuk van bestuurszelfstandigheid eigenlijk niet ter sprake. In zijn in 1959 verschenen proefschrift stelt Löwensteyn dat het bestuur van de vereniging en de naamloze vennootschap zelfstandig is. 'De A.V. met name kan het geen opdrachten geven', zo schrijft hij.[159] Hoewel op dat moment in de literatuur zowel voor- als tegenstanders van deze stelling waren aan te wijzen, signaleerde Löwensteyn dat de opvatting dat het bestuur zelfstandig is, steeds meer aan terrein won. Hij onderbouwde zijn stelling met drie argumenten. Het eerste argument ligt besloten in de institutionele opvatting, de omstandigheid dat de NV rechtspersoon is en de aandeelhouders jegens de rechtspersoon als derden staan. De aandeelhouders oefenen hun macht uit door de algemene vergadering en kunnen zich niet mengen in de uitoefening van de bevoegdheden die de wet en statuten aan het bestuur opdragen.[160] Ten tweede bepaalde de wet destijds niet dat de algemene vergadering het bestuur opdrachten kon geven met betrekking tot het uitoefenen van aan het bestuur toegekende bevoegdheden.[161] Ten derde was hij van mening dat een dergelijke bevoegdheid evenmin in de statuten kon worden opgenomen. Zo'n bepaling zou nietig zijn.[162] Die opvatting steunt op de gedachte dat een bepaling die het bestuur aan het gezag van de algemene vergadering onderwerpt, in wezen de bestuursmacht in haar handen legt. Dat zou bezwaarlijk zijn, omdat de algemene vergadering niet de plichten van het bestuur heeft en evenmin de aansprakelijkheid van het bestuur draagt. Als een dergelijke onderwerping mogelijk zou zijn, zo stelt Löwensteyn, dan 'zou men het in zijn macht hebben de werkelijke machthebbers te doen schuilgaan in de aandeelhoudersvergadering, waar zij, wat de aansprakelijkheid voor de uitoefening van hun gezag betreft, voor een groot deel

159 Löwensteyn 1959, p. 57 (vereniging) en 61 e.v. (NV).
160 Löwensteyn 1959, p. 61.
161 Löwensteyn 1959, p. 64.
162 Löwensteyn 1959, p. 66.

buiten schot zouden blijven'. Hij zoekt steun voor zijn standpunt in de achtergrond van het destijds geldende artikel 52a WvK, dat enkele bepalingen over plichten en aansprakelijkheid van bestuurders van toepassing verklaarde op commissarissen.[163] Bij de totstandkoming van de voorloper van deze bepaling werd overwogen dat het *'niet mogelijk moet zijn personen, die niet de naam van bestuurders dragen, met daden van bestuur te belasten, zonder dat op die personen ook de voor bestuurders bepaalde aansprakelijkheid rust'*.[164] Een gedachte die nog altijd in ons rechtspersonenrecht ligt verankerd in artikel 2:261 (151) BW, dat vervolgens ten grondslag ligt aan artikel 2:248 (138) lid 7 BW.[165]

Vóór de verschijning van het proefschrift van Löwensteyn wees de Hoge Raad het *Forumbank*-arrest. Dit arrest had betrekking op de inkoop van aandelen en ging (onder andere) expliciet om de vraag of 'de algemene vergadering (…) bevoegd is aan de directie opdracht te geven (…) en wel omdat de bestuurders ondergeschikt zijn aan de naamloze vennootschap en de algemene vergadering de hoogste macht in de naamloze vennootschap bezit'. De Hoge Raad oordeelde dat met voornoemde stelling eraan wordt voorbijgezien 'dat ook de algemene vergadering de bij wet en statuten getrokken grenzen harer bevoegdheid niet mag overschrijden (…)'. Omdat in de betreffende casus de bevoegdheid tot inkoop van eigen aandelen uitsluitend aan het bestuur toekwam, kon niet gesteld worden dat de algemene vergadering bevoegd was tot het geven van een opdracht ter zake. Löwensteyn merkt terecht op dat het arrest niet de vraag betreft of de statuten het bestuur aan het gezag van de AV kunnen onderwerpen. Aan de orde was immers de vraag of de algemene vergadering een opdracht kan geven aan het bestuur ten aanzien van een aangelegenheid waarover het bestuur bevoegd is te besluiten. De Hoge Raad beantwoordde deze vraag dus ontkennend. Uit het arrest volgt dat het bestuur zelfstandig is bij de uitoefening van de taken en bevoegdheden die het krachtens de wet en de statuten zijn toegekend. Daarnaast volgt eruit dat het ene orgaan geen instructies kan geven aan een ander orgaan ten aanzien van taken en bevoegdheden die aan dat andere orgaan zijn toegekend. Het is dat uitgangspunt – de afbakening van taken en bevoegdheden – dat volgens Löwensteyn noopt tot de conclusie dat de statuten niet het bestuur kunnen onderwerpen aan het gezag van de algemene vergadering. Het bestuur is zelfstandig en kan haar taken uitoefenen 'zonder belemmerd te worden door opdrachten van een instantie, die zelf niet tot besturen in staat is'. Ik begrijp het betoog van Löwensteyn zo dat de strikte scheiding tussen de taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden van de verschillende organen van de vennootschap de reden vormt

163 Artikel 52a WvK luidde: 'Al hetgeen bij de artikelen 49c, 50c, 50d, 50^{e} en 51 omtrent de bestuurders is bepaald, is mede op de commissarissen van toepassing. Bij de toepassing van de bepalingen der artikel 49c en 51 zal worden gehandeld gelijk daarbij is voorgeschreven voor het geval dat er geen commissarissen zijn.'

164 Löwensteyn 1959, p. 66 verwijzend naar artikel 92 Ontwerp der Staatscommissie 1879.

165 Zie *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 6 (MvT).

om aan te nemen dat het ene orgaan geen instructies kan geven aan het andere orgaan ten aanzien van aangelegenheden waarover dat andere orgaan autonoom kan beslissen.[166]

Het debat over de zelfstandigheid van het bestuur kreeg vervolgens in de jaren 70 met name vorm in beschouwingen over concernverhoudingen.[167] De Departementale Richtlijnen ter beoordeling van oprichtingen en statutenwijziging van naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid 1986, kortweg Departementale Richtlijnen, bepaalden bovendien in paragraaf 9 omtrent de beperkingen in de bestuursbevoegdheid dat 'toegestaan wordt [in de statuten] te bepalen dat het bestuur zich moet gedragen naar de aanwijzingen van een vennootschapsorgaan betreffende de algemene lijnen van het te voeren financiële, sociale, economische en personeelsbeleid'.[168] In de literatuur bestond vooral discussie over de vraag welke ruimte deze richtlijnen lieten voor het opnemen van een instructiebevoegdheid.[169] Ook deze discussie werd gevoerd vanuit concernperspectief. Dit concernrechtelijke vertrekpunt van het debat over de instructiebevoegdheid dient in de sleutel te worden geplaatst van de introductie van het groepsbegrip per 25 november 1988 in artikel 2:24b BW.[170] Deze bepaling definieert een 'groep' als een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden. Dit groepsbegrip valt samen met het in de doctrine ontwikkelde concernbegrip.[171] Essentieel bij deze bepaling is ook – het niet daarin opgenomen – element *centrale* of *gemeenschappelijke leiding*.[172] Voor wat betreft de economische eenheid stelt Bartman dat een formele bevoegdheid van de concernleiding niet noodzakelijk is, nu de feitelijke afhankelijkheid binnen de groep de economische eenheid evenzeer waarborgt.[173] Het vereiste van centrale leiding maakt juist in concernverhoudingen dat de zelfstandigheid van het bestuur van de onderschikte vennootschappen aan betekenis inboet.[174] Sommige auteurs vonden de mogelijkheid om slechts aanwijzingen te kunnen geven met betrekking tot de algemene lijnen van specifieke beleidsterreinen dan ook te eng. Het zou met name in concernverhoudingen ook mogelijk moeten zijn om concrete aanwijzingen te kunnen geven. Daarvoor was

166 Anders Huizink 1989, p. 28.
167 Vgl. Schuit 1997, p. 246.
168 In werking getreden op 1 januari 1988, *Stb.* 1987, 576.
169 Zie Asser/Maeijer 2-III 2000/299 en de verwijzingen daar.
170 *Stb.* 1988, 517. Het begrip 'groep' werd bij de invoering van de structuurregeling op 1 juli 1971 geïntroduceerd en luidde: 'Een groep van naar de rechtsvorm zelfstandige ondernemingen die door kapitaaldeelneming of anderszins met elkaar zijn verbonden, en waarvan het centrale beleid in de top wordt bepaald.'
171 Bartman e.a. 2016, p. 32.
172 Zie o.a. *Kamerstukken II* 1979/80, 16 326, nr. 3, p. 42 (MvT); vgl. Bartman e.a. 2016, p. 33 en de verwijzingen aldaar in noot 10.
173 Bartman e.a. 2016, p. 32.
174 Huizink, *GS Rechtspersonen*, artikel 2:129 BW, aant. 13.

volgens Van der Grinten geen statutaire voorziening nodig en volgde uit het groepsverband een zekere instructiebevoegdheid. Dat vennootschappen een groep konden vormen onder centrale leiding, noopte tot de conclusie dat het dochterbestuur aan de centrale leiding door de moeder was gebonden.[175] Dit standpunt werd gedeeld door onder meer Achterberg en Van Schilfgaarde.[176] Bij enkelvoudige vennootschappen zou daarentegen wel een statutaire voorziening zijn vereist en zouden instructies niet verder kunnen gaan dan het door het Departement ingenomen standpunt.[177] Tegenstanders van deze gedachte schaarden zich daarentegen achter het in de Richtlijn besloten liggende uitgangspunt dat de bestuursautonomie voldoende moest worden gerespecteerd. Het voldoende respecteren van deze autonomie zou echter niet met zich brengen dat sprake is van een volwaardige autonomie waarop geen inbreuken zouden zijn toegestaan. De wet en de statuten konden (en kunnen) goedkeuringsbepalingen bevatten en bepaalde bevoegdheden zelfs geheel aan het bestuur onttrekken. Een algemene instructiebevoegdheid was volgens Huizink evenwel niet toelaatbaar, omdat de statuten het bestuur diens functie niet kunnen ontnemen.[178] Ook Maeijer betoogde dat een moeder aan het dochterbestuur geen bindende, concrete instructies kon geven over het te voeren beleid. De centrale leiding die Van der Grinten voor zijn betoog aangreep, veronderstelde volgens hem juist geen instructiebevoegdheid. Voor het 'doorzetten' van die centrale leiding was de feitelijke instructiemacht voldoende.[179]

De rechtspraak liet een genuanceerde, doch verdeelde opvatting zien. Een afweging van belangen stond in die opvatting centraal, waarbij zowel aandacht bestond voor de behartiging van de belangen van de dochter, als die van het concern. Zo oordeelde Rechtbank 's-Hertogenbosch in 1983 dat naar Nederlands recht, in het algemeen gesteld, de directie van een dochtermaatschappij zich in de bepaling van haar binnen die dochtermaatschappij te voeren beleid in algemene zin mede zal hebben te richten naar de aanwijzingen van haar moedermaatschappij. Dat echter voor zover door het volgen van die aanwijzingen de belangen van diegenen, wier rechtspositie afhankelijk is van die dochtermaatschappij – waarbij vooral valt te denken aan eventuele minderheidsaandeelhouders, crediteuren en werknemers, voor zover de rechtspositie van dezen niet algemeen of bijzonderlijk is gegarandeerd door die moedermaatschappij – direct of indirect in gevaar worden gebracht, in het bijzonder door het volgen van aanwijzingen welke ertoe strekken of tot gevolg hebben dat het vermogen van die dochtermaatschappij – en daarmede het verhaalsobject voor zodanige

175 Handboek 1992, p. 119-120 en 406.
176 Van Schilfgaarde 1998, nr. 43 en Van Achterberg 1989, p. 92.
177 Handboek 1992, p. 405-406.
178 Huizink 1989, p. 30.
179 Asser/Maeijer 2-III 2000/618 en de literatuurverwijzingen op p. 955; zie over de verschillende opvattingen ook het overzicht van Bartman/Dorresteijn 2000, p. 85-87.

belanghebbenden – ongerechtvaardigd wordt benadeeld.[180] In diezelfde zin oordeelde de President van Rechtbank Arnhem in 1987, door te overwegen dat een dochtermaatschappijen een instructie van de concernleiding tot het aangaan van financiële kruisverbanden met het oog op het voortbestaan van het concern met zijn onderdelen, in beginsel moet opvolgen.[181] Dat zou volgens de rechtbank slechts anders zijn wanneer het opvolgen van de instructie voorzienbaar tot gevolg zou hebben dat het voortbestaan van de dochter daardoor in werkelijk gevaar komt.[182] Belangrijk waren vooral de in 1990 door de Hoge Raad gewezen *Ogem II*-beschikking, waarnaar ook in de meer recentere uitspraken *ABN Amro* en *ASMI* wordt verwezen, en het *Mast Holding*-arrest.[183] In *Ogem II* benadrukte de Hoge Raad dat de mogelijkheid tot het geven van richtlijnen en aanwijzingen met betrekking tot het te voeren beleid, reeds is gegeven met de bevoegdheid tot schorsing en ontslag van bestuurders, nu het dochterbestuur zich gelet op deze bevoegdheid van de moeder moeilijk aan diens richtlijnen en aanwijzingen kan onttrekken. Met dat oordeel werd niet het bestaan van een instructiebevoegdheid erkend, maar juist een met de afhankelijkheidsverhouding gegeven instructiemacht.[184] In samenhang met het in 1992 gewezen *Mast Holding*-arrest kwam in de literatuur reeds naar voren dat bij de beoordeling van gegeven instructies niet zozeer de vraag centraal stond óf een instructiebevoegdheid kon worden aangenomen, maar of de hiervoor bedoelde instructiemacht terecht werd uitgeoefend en of daarbij niet de grenzen van de autonomie en eigen verantwoordelijkheid van het bestuur werden overschreden. In concernrechtelijk perspectief werd in dat verband ook gesproken van een afgezwakte autonomie van het bestuur.[185]

Een wettelijke basis voor de instructiebevoegdheid kwam vervolgens in 2001 met de inwerkingtreding van de Wet herziening preventief toezicht.[186] In artikel 2:239 lid 4 (oud) BW werd het departementale standpunt overgenomen, zij het in ruimere bewoordingen: 'De statuten kunnen bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van een ander orgaan van de vennootschap die de algemene lijnen van het te voeren beleid op nader in de statuten aangegeven terreinen betreffen.' Met de invoering van dit artikellid stond de rechtsgeldigheid van een in de statuten opgenomen instructiebevoegdheid vast en was de reikwijdte van deze bevoegdheid niet beperkt tot bepaalde beleidsterreinen. De instructiebevoegdheid kon alle

180 Rb. 's-Hertogenbosch 11 maart 1983, *NJ* 1984, 394 (*Kuiken*); anders Rb. Leeuwarden 12 november 1987, *NJ* 1988, 699 (*Interpolacel*), waarover Bartman e.a. 2016, p. 69.

181 Rb. Arnhem 28 december 1987, *KG* 1988, 34 (*Amstelland*); anders Rb. Utrecht 15 maart 2000, *JOR* 2000, 233 (*Unirobe*).

182 Zie verder Asser/Maeijer 2-III 2000/618.

183 HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 466, m.nt. Maeijer (*Ogem II*); HR 13 juli 2007, *NJ* 2007, 434, m.nt. Maeijer (*ABN Amro*); HR 9 juli 2010, *NJ* 2010, 544, m.nt. Van Schilfgaarde (*ASMI*) en HR 4 december 1992, *NJ* 1993, 271, m.nt. Maeijer (*Mast Holding*).

184 Zie ook de annotatie van Maeijer bij het arrest in *NJ* 1990, 466, nr. 3.

185 Zie Asser/Maeijer 2-III 2000/618.

186 *Stb*. 2001, 368.

beleidsterreinen betreffen, voor zover dat nader in de statuten was aangegeven.[187] De autonomie van het bestuur is door de wetgever uitdrukkelijk ter discussie gesteld, overwegende dat die bestuurlijke autonomie niet onbegrensd is.[188] Behalve in de memorie van toelichting geeft de parlementaire geschiedenis geen blijk van verdere aandacht voor de invoering van dit artikellid. Sindsdien kon de statutaire omschrijving bepalen in hoeverre het een ander orgaan vrijstond het bestuur te instrueren. Naarmate die statutaire omschrijving nauwer is, kan een 'algemene' omschrijving juist tot steeds meer concrete instructies leiden.[189] Over de ruimte die artikel 2:239 lid 4 (oud) BW liet voor het geven van instructies waren de meningen verdeeld. Zo meende Timmerman dat sprake was van een 'gemitigeerd instructierecht' in verband met de feitelijke instructiemacht, waardoor concrete instructies niet per definitie ontoelaatbaar waren.[190] Van den Ingh betoogde echter dat concrete instructies in het geheel niet toelaatbaar waren.[191]

Het debat over de in artikel 2:239 lid 4 (oud) BW te lezen toelaatbare ruimte werd verder aangewakkerd door het vlak na de invoering gewezen arrest *Sobi/Hurks II*.[192] In deze cassatieprocedure was onder meer de aansprakelijkheid van moedermaatschappij De Bouwgroep jegens schuldeisers van haar dochter HBA aan de orde. Volgens De Bouwgroep had het hof een onjuiste maatstaf aangelegd door tot uitgangspunt te nemen dat De Bouwgroep bevoegd was en jegens de schuldeisers van HBA verplicht was het bestuur van HBA instructies te geven, die dit bestuur zou moeten opvolgen. De Bouwgroep stelde zich in cassatie op het standpunt dat een dergelijk bindend instructierecht van de moedermaatschappij jegens de dochtermaatschappij naar het toen geldende recht niet bestond. De moedermaatschappij zou daarom niet de bevoegdheid hebben gehad om de dochtermaatschappij te instrueren bepaalde feitelijke handelingen of rechtshandelingen te verrichten of na te laten. De Hoge Raad bevestigde dit uitgangspunt en overwoog dat 'tenzij de statuten van de dochtermaatschappij daaromtrent enige andersluidende regeling bevatten, het bestuur van een moedermaatschappij niet de bevoegdheid heeft bindende instructies te geven aan het

187 Bartman e.a. 2016, p. 62.

188 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 277, nr. 3, p. 11 (MvT); anders dan Bartman e.a. 2016, p. 62 en de aldaar in voetnoot 12 genoemde auteurs, kan mijns inziens uit deze passage juist niet worden afgeleid dat de wetgever zich bewust is geweest van de verruiming die de wettelijke omschrijving bood ten opzichte van de Departementale Richtlijnen. Uit de memorie van toelichting blijkt dat is beoogd om de Departementale Richtlijnen op dit punt te codificeren. Het op ongelukkige wijze overnemen van de tekst schept echter de ruimte om ook andere beleidsterreinen onder de statutaire instructiebevoegdheid te scharen.

189 Sanders/Westbroek 2005, p. 667; Buijn/Storm 2013, p. 429; Bartman e.a. 2013, p. 94.

190 Timmerman 2001a, p. 477.

191 Van den Ingh 2002, p. 31.

192 HR 21 december 2001, *RvdW* 2002, 6, m.nt. Lennarts, *NJ* 2005, 96, m.nt. Kortmann, *JOR* 2002, 38, m.nt. Bartman (de noot van Faber onder het arrest heeft geen betrekking op de instructiebevoegdheid).

bestuur van een dochtermaatschappij'.[193] Hij vervolgde door te overwegen dat De Bouwgroep, als houdster van alle aandelen, het niettemin feitelijk in haar macht had om de naleving van door haar aan het bestuur van die dochtermaatschappij gegeven richtlijnen en aanwijzingen met betrekking tot het te volgen beleid af te dwingen, in het uiterste geval door bestuurders die zich niet naar die richtlijnen en aanwijzingen willen voegen, te ontslaan en te vervangen door bestuurders die daartoe wel bereid zouden zijn. Daarbij verwees hij naar zijn hiervoor genoemde uitspraak in *Ogem II*. Uit het arrest blijkt dat destijds zonder statutaire regeling geen sprake kon zijn van bindende instructies aan het bestuur; voorzagen de statuten daarin wel, dan moesten bindende instructies mogelijk worden geacht. De Hoge Raad maakte bovendien geen onderscheid tussen algemene of concrete instructies en had het over instructies door het bestuur van de moedermaatschappij, terwijl artikel 2:239 lid 4 (oud) BW uitging van instructies van een orgaan van de dochtermaatschappij.[194]

Naar aanleiding van dit arrest stelde Hamers dat de Hoge Raad duidelijkheid had verschaft over de geoorloofdheid van een bindende instructiebevoegdheid in concernverhoudingen. Uit de hiervoor besproken overwegingen concludeert hij dat een bevoegdheid om concrete bindende instructies te geven in concernverhoudingen alleen is toegestaan indien de statuten van de dochtervennootschap daartoe expliciet de mogelijkheid openen.[195] Is dat het geval, dan acht Hamers concrete instructies dus mogelijk. Begrijp ik het betoog van Löwenberg goed, dan meent ook hij dat artikel 2:239 lid 4 (oud) BW concrete instructies mogelijk maakt. Een bestuurder zou een instructie echter niet hoeven op te volgen, wanneer dat in strijd zou zijn met artikel 2:9 BW.[196] Buijn leek te aanvaarden dat een statutaire bepaling die concrete instructies van een enig aandeelhouder toeliet rechtsgeldig zou zijn, wanneer de desbetreffende instructie naar het oordeel van het bestuur in het belang van de vennootschap was.[197] Van Solinge en Nieuwe Weme verdedigden – voor enkelvoudige vennootschappen – dat het bestuur gehouden is de instructies van de algemene vergadering op te volgen, mits de statuten dit bepalen en er geen strijd is met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Het onderscheid tussen algemene en concrete instructies achtten zij niet meer van belang.[198] Dat gold volgens hen ook in concernverhoudingen.[199] In tegenstelling tot Hamers vond Raaijmakers dat het arrest juist weinig helderheid verschafte. Zijns inziens berust de overweging, dat de statuten van de dochter een andersluidende regeling over de bevoegdheid tot het geven van bindende instructies kunnen bevatten, op een

193 HR 21 december 2001, r.o. 5.3.8.3.
194 Vgl. Buijn/Storm 2013, p. 429; Bartman e.a. 2016, p. 70.
195 Hamers 2002, p. 69.
196 Löwenberg 2005, p. 214-217.
197 Buijn 2002, p. 264-268.
198 Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/413.
199 Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/831.

onjuiste lezing van de Departementale Richtlijnen en artikel 2:239 lid 4 (oud) BW. Een bindend instructierecht zou daaruit niet kunnen worden afgeleid.[200] Onder meer Gepken-Jager, Van der Westerlaken, Groffen, Van der Korst en Lennarts meenden ook dat artikel 2:239 lid 4 (oud) BW geen concrete, bindende instructies toeliet.[201] Eerstgenoemde auteur betoogde dat de moeder een compensatie zou moeten aanbieden in geval van voor de dochter nadelige instructies, teneinde de dochter in staat te stellen om de als gevolg van de instructie voor haar ontstane rechten en verplichtingen na te komen. Onder die omstandigheden zou het dochterbestuur ook een concrete instructie moeten opvolgen. Let wel, het gaat hier om de vraag of er sprake kon zijn van een bevoegdheid tot het geven van (concrete) instructies. Geen van de auteurs gaat voorbij aan de feitelijke instructiemacht, zoals verwoord door de Hoge Raad in onder andere *Ogem II*.

Met de wijziging van artikel 2:239 lid 4 BW bij de inwerkingtreding van de Wet Flex-BV was de kogel echt door de kerk.[202] Per 1 oktober 2012 luidt het vierde lid: *'De statuten kunnen bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van een ander orgaan van de vennootschap. Het bestuur is gehouden de aanwijzingen op te volgen, tenzij deze in strijd zijn met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.'*

Mede in het licht van het hiervoor geschetste debat, werd al vóór deze wetswijziging in de literatuur gepleit voor de mogelijkheid om, in het bijzonder voor concernverhoudingen, in de statuten een bevoegdheid tot het geven van concrete instructies op te kunnen nemen.[203] Reeds in zijn annotatie bij het arrest *Sobi/Hurks II* schreef Bartman dat de vraag naar de reikwijdte van een statutair instructierecht aan betekenis leek in te boeten.[204] Dat had ook Van den Ingh al aan de orde gesteld voordat het arrest werd gewezen.[205] De hiervoor geschetste standpunten uit de literatuur in de periode tussen 2001 en 2012 laten zien dat wel over deze reikwijdte werd getwist, maar het bestaan van een instructiebevoegdheid an sich niet werd weersproken. Een ontwikkeling tegenovergesteld aan de ontwikkeling die Löwensteyn in 1959 had gesignaleerd. De discussie heeft zich in de eerste jaren van dit millennium juist steeds meer toegespitst op de vraag in hoeverre het bestuur verplicht is om een gegeven instructie op te volgen.[206]

---

200 Zie zijn annotatie bij het arrest in *AA* 2003, nr. 2, p. 110; zie verder ook Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme.

201 Gepken-Jager 2001, p. 13-19 (dateert van vóór het arrest *Sobi/Hurks II*); Van der Westerlaken 2002, p. 209-213; Groffen 2002, p. 119-120; Van der Korst 2002, p. 22-29 en Van der Korst 2010, p. 272; Lennarts 2005, p. 19.

202 *Stb.* 2012, 301.

203 Zie Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/413 en de verwijzingen aldaar.

204 HR 21 december 2001, *JOR* 2002, 38, m.nt. Bartman, nr. 10.

205 Zie Van den Ingh 2002, p. 31 en verder in Van den Ingh 2002a.

206 Vgl. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/831.

De wetgever heeft de bepaling in 2012 gewijzigd conform de aanbeveling van de in 2003 ingestelde Expertgroep Vereenvoudiging en Flexibilisering van het BV-recht ('Expertgroep'), hoewel voor een andere bewoording is gekozen.[207] De opdracht van deze Expertgroep was 'aanbevelingen te doen met betrekking tot knelpunten en lacunes in het BV-recht zoals deze in de praktijk en de literatuur worden gesignaleerd'. Ten aanzien van de instructiebevoegdheid constateerde de Expertgroep dat er onduidelijkheid bestond over de vraag of het opnemen in de statuten van een concrete instructiebevoegdheid van de algemene vergadering jegens het bestuur was toegestaan en er daarom een zekere spanning bestond tussen wet en praktijk. Het was eerder regel dan uitzondering dat de moedervennootschap, formeel op basis van haar rechten als aandeelhouder, concrete instructies gaf aan het bestuur van haar dochtervennootschap.[208] Ook de Expertgroep huldigde de opvatting dat in de rechtspraak aan het onderscheid tussen algemene en concrete instructie geen waarde werd gehecht, maar het juist aankwam op een inhoudelijke beoordeling van de vraag of een instructie wel of niet moest worden opgevolgd. De Expertgroep plaatste het leerstuk eveneens in de sleutel van concernverhoudingen door onder meer te overwegen dat het bestuur op basis van de eigen bevoegdheid en verantwoordelijkheid met betrekking tot het besturen van de vennootschap niet gehouden is een instructie op te volgen die in strijd is met het, concernrechtelijk gekleurde, vennootschapsbelang. De grens van de instructiebevoegdheid was volgens de Expertgroep daar gelegen waar het opvolgen ervan onbehoorlijke taakvervulling zou opleveren. De aanbeveling was dan ook om ofwel het onderscheid tussen algemene en concrete instructies te laten vervallen ofwel het vierde lid in het geheel te schrappen. De eerste optie vormde volgens de Expertgroep een extra legitimatie voor het bestuur om een instructie van de algemene vergadering niet op te volgen.[209]

Met de Expertgroep bekeek ook de wetgever de behandeling van het vierde lid vanuit het concernperspectief. Vooral in concernverhoudingen is het eerder regel dan uitzondering dat de moedervennootschap concrete instructies geeft aan het bestuur van de dochter, aldus de minister. De in de rechtspraak gebezigde inhoudelijke benadering bood zijns inziens het voordeel dat de onduidelijkheid omtrent de toelaatbaarheid van concrete instructies wordt weggenomen. Die redenering is naar mijn mening echter te kort door de bocht. Inderdaad wordt met het aanpassen van de wet de discussie omtrent de toelaatbaarheid van concrete instructies beslecht. Door diezelfde discussie is evenwel het debat over de bestuurszelfstandigheid als zodanig op de achtergrond geraakt; instructies werden mogelijk geacht, zonder daarbij

207 *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 90 (MvT); het tekstvoorstel van de Expertgroep luidde: *'Voor zover de statuten bepalen dat een orgaan van de vennootschap aanwijzingen kan geven aan het bestuur, is het bestuur gehouden deze aanwijzingen op te volgen, tenzij deze in strijd zijn met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.'*, zie Eindrapport, p. 36.

208 Eindrapport 2004, p. 34.

209 Eindrapport 2004, p. 35.

werkelijk stil te staan bij de implicaties van het toekennen van een dergelijke instructiebevoegdheid. Bovendien is de ene onduidelijkheid voor de andere ingeruild, nu de reikwijdte van het instructierecht met het vervallen van voornoemd onderscheid niet nader is afgebakend. Vergelijkbare bezwaren werden al naar aanleiding van het rapport van de Expertgroep geuit. Onder meer Lennarts en Van der Korst waren kritisch over de voorgestelde wijziging. Volgens Lennarts bood de nieuwe redactie van de bepaling niet de beoogde duidelijkheid. Met name de vraag waar de grenzen van het instructierecht liggen, bleef volgens haar onbeantwoord.[210] Van der Korst verzette zich tegen het vervagen van het onderscheid tussen algemene en concrete instructies, omdat daarmee zijns inziens ook het onderscheid tussen juridische bevoegdheid en feitelijke macht (van de concernleiding) zou vervagen, hetgeen bovendien de grenzen tussen bestuursautonomie en externe aansprakelijkheid zou doen vervagen.[211]

De wetgever ging niettemin voor een systeem waarbij de inhoudelijke beoordeling van een instructie wordt vormgegeven door het vennootschappelijk belang. Een zelfstandige belangenafweging door het bestuur staat daarin centraal.[212] Voor concernverhoudingen brengt dat met zich dat het bestuur van de dochter de instructies van de moeder als aandeelhouder dient te toetsen aan het vennootschappelijk belang van de dochter. Deze toets moet als een zekere beperking van de controle van de moeder over de dochter worden beschouwd.[213] Bij kleinere vennootschappen met een beperkt aantal aandeelhouders, kan het vennootschappelijk belang volgens de wetgever dichter bij het belang van die aandeelhouders liggen, dan bij grote vennootschappen met veel aandeelhouders, werknemers en andere stakeholders.[214] Hoewel hier de nuancering ontbreekt dat ook bij een BV met weinig aandeelhouders veel stakeholders betrokken kunnen zijn, blijkt duidelijk uit de parlementaire geschiedenis dat de wetgever heeft beoogd een beoordelingsmaatstaf in te bouwen die, in geval van instructies aan het bestuur, waarborgt dat niet alleen de belangen van de instructiegever (moeten) worden behartigd, maar expliciet – bij bestuursbesluit – ook alle andere bij de vennootschap betrokken belangen.[215]

Het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming kan in de statuten nader worden ingevuld, zij het dat een statutair 'wegschrijven' van bijvoorbeeld het belang van werknemers of de crediteuren niet is toegestaan. Het is uiteindelijk aan de rechter om te beoordelen of een handeling al dan niet in strijd

210 Lennarts 2005, p. 22.
211 Van der Korst 2010, p. 270-275.
212 *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 90 (MvT); *Kamerstukken II* 2008/09, 31 058, nr. 6, p. 4-5 (Nota naar aanleiding van het verslag).
213 *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 90 (MvT).
214 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 058, nr. 6, p. 12-13 (Nota naar aanleiding van het verslag); zie de vraag van de CDA-fractie *Kamerstukken II* 2007/08, 31 058, nr. 5, p. 5).
215 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 058, nr. 6, p. 52 (Nota naar aanleiding van het verslag); *Kamerstukken I* 2011/12, 31 057, nr. E, p. 18.

is met het vennootschappelijk belang.[216] Ik meen dat de wetgever hier enerzijds de mogelijkheid heeft opengelaten om de oprichters of de algemene vergadering in staat te stellen het belang van de vennootschap te kleuren. Een toetsing van het vennootschapsbelang zal zich dan mede moeten uitstrekken over deze door de oprichters of algemene vergadering ingekleurde kaders.[217] Daarmee wordt recht gedaan aan het besloten karakter van de vennootschap en de aard van de eventuele samenwerking die de aandeelhouders hebben beoogd. In geval van een eenpersoonsvennootschap kunnen hierdoor de persoonlijke belangen van de oprichter/eigenaar sterker worden aangezet. Zodoende wordt hun mijns inziens de mogelijkheid geboden om een beoordeling van het vennootschapsbelang, zij het op voorhand, meer naar hun hand te zetten. Deze mogelijkheid past ook bij het algemene doel van de Wet Flex-BV, namelijk het verruimen van de mogelijkheden voor aandeelhouders om hun onderlinge verhoudingen te regelen, alsook het creëren van de mogelijkheid om de inrichting van de vennootschap aan te passen aan de aard van de onderneming en de samenwerkingsrelatie van de aandeelhouders.[218] Dat het uiteindelijk aan de rechter is om over het vennootschapsbelang te oordelen, impliceert bovendien dat het bestuur een eventuele weigering om een instructie op te volgen met behulp van de rechter kan doorzetten, teneinde dit vennootschapsbelang te waarborgen. Dat geldt temeer nu de toetsing door het bestuur juist is bedoeld als een beperking van de controlemogelijkheden van een moeder over haar dochter. Ik zie niet in waarom die beperking niet ook zou moeten gelden voor de aandeelhouders van een enkelvoudige vennootschap.

In 2014 wees de Hoge Raad zijn Cancun-beschikking(en), waarin hij zich onder meer over artikel 2:239 lid 4 BW kon uitlaten en in dat verband over het belang van de vennootschap kwam te oordelen.[219] De kwestie had betrekking op een joint venture-vennootschap, Cancun Holding II (de 'Vennootschap'). Deze holding was door Cancun Holding I opgericht om als houdstervennootschap voor een Mexicaanse vennootschap, Efesyde genaamd, te dienen. Efesyde zou een hotelcomplex realiseren. De Vennootschap hield aanvankelijk 99,9% van de aandelen in Efesyde. Holding I heeft later de helft van haar aandelen in de Vennootschap overgedragen aan Inversiones, waardoor zij ieder de helft van de aandelen in de Vennootschap hielden.

216 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 058, nr. 6, p. 4-5 (Nota naar aanleiding van het verslag).

217 Vgl. De Jongh 2011, die voorafgaand aan de wijziging van art. 2:239 lid 4 BW bepleitte dat het laten vervallen van het onderscheid tussen algemene en concrete instructies bij de BV – maar niet bij de NV – gerechtvaardigd is omdat aandeelhouders van een BV doorgaans meer betrokken zijn dan bij een (open) NV.

218 *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 1 (MvT).

219 HR 4 april 2014, *NJ* 2014, 286, m.nt. Van Schilfgaarde, *Ondernemingsrecht* 2014, 101, m.nt. Leijten, *JOR* 2014, 290, m.nt. De Haan, *NJB* 2014, 810, *RvdW* 2014, 547, *ARO* 2014, 73, *RO* 2014, 43 (*Cancun*); in totaal wees de Hoge Raad op dezelfde datum vier beschikkingen in deze kwestie, met nummers ECLI:NL:HR:2014:797, ECLI:NL:HR:2014:799, ECLI:NL:HR:2014:804 en ECLI:NL:HR:2014:808.

Een Spaanse vennootschap, Invernostra, heeft een in aandelen converteerbare lening aan de Vennootschap verstrekt. Na conversie hield Invernostra een minderheidsbelang van 7% in de Vennootschap, terwijl aan haar aandelen bijzondere zeggenschapsrechten waren verbonden. Als gevolg van deze conversie verminderde het belang van Cancun Holding I en Inversiones in de vennootschap tot 46,5%. Op 1 juli 2009 heeft Efesyde tegen nominale waarde aandelen aan Inversiones uitgegeven. Daardoor verkreeg Inversiones een belang van 78% in Efesyde en verwaterde het belang van de Vennootschap in Efesyde tot 22%. Deze eerste verwatering was uitsluitend bedoeld om te voorkomen dat een banklening direct opeisbaar zou worden en zou een tijdelijk karakter hebben, maar partijen hadden daarover geen schriftelijke afspraken gemaakt. Inversiones bleek vervolgens niet bereid om de aandelenuitgifte terug te draaien. Na de eerste verwatering heeft Invernostra haar aandelen in de Vennootschap aan Inversiones overgedragen, waardoor Inversiones een belang van 53,5% in de Vennootschap is gaan houden. Ten slotte heeft Efesyde nogmaals aandelen aan Inversiones uitgegeven, waardoor het belang van de Vennootschap in Efesyde verder verwaterde tot 0,13%.

De bestuurders van de Vennootschap werd onder meer verweten dat zij te weinig hadden gedaan om de aanvankelijk gelijkwaardige samenwerking tussen de aandeelhouders te herstellen en waarborgen, terwijl de continuïteit van de vennootschap nu juist onlosmakelijk met die samenwerking was verbonden.[220] In cassatie wordt onder andere geklaagd dat de Ondernemingskamer heeft miskend dat het belang van de vennootschap als joint venture geheel samenviel met de belangen van de aandeelhouders. Het bestuur zou gelet op de aard van de samenwerking en het joint venture-karakter van de vennootschap, mede gelet op het bepaalde in artikel 2:239 lid 4 BW, verplicht zijn om op grond van de feitelijke instructiemacht van de aandeelhouders de instructies van de aandeelhouders op te volgen.[221] De Hoge Raad overweegt vervolgens:

‘4.2.1 Bij de vervulling van hun taak dienen de bestuurders zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming te richten (vgl. thans art. 2:239 lid 5 BW). Wat dat belang inhoudt, hangt af van de omstandigheden van het geval. Indien aan de vennootschap een onderneming is verbonden, wordt het vennootschapsbelang in de regel vooral bepaald door het bevorderen van het bestendige succes van deze onderneming. In geval van een joint venture-vennootschap wordt het belang van de vennootschap voorts bepaald door de aard en inhoud van de tussen de aandeelhouders overeengekomen samenwerking. De aard en inhoud van het samenwerkingsverband in een joint venture-vennootschap waarin de aandeelhouders een gelijkwaardig aandeel hebben, kunnen meebrengen dat (ook) het

220 Zie r.o. 3.4.2 en 3.4.3 van de Hoge Raad, waar hij de overwegingen van de Ondernemingskamer (3.20-3.21 en 3.26-3.27) samenvat.

221 Zie het principale cassatiemiddel onder 1.1a en r.o. 4.1.

vennootschapsbelang is gebaat bij continuering van evenwichtige verhoudingen tussen de aandeelhouders; dit kan betekenen dat de verhoudingen tussen de aandeelhouders niet verder mogen veranderen dan in het licht van de omstandigheden geboden is.

4.2.2 Bij de vervulling van hun taak dienen bestuurders voorts, mede op grond van het bepaalde in art. 2:8 BW, zorgvuldigheid te betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken (vgl. HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0976, NJ 2010/544 (ASMI), HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9145, NJ 2013/461 (VEB c.s./KLM) en HR 14 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4117, NJ 2007/610 (Versatel I)). Deze zorgvuldigheidsverplichting kan meebrengen dat bestuurders bij het dienen van het vennootschapsbelang ervoor zorgen dat daardoor de belangen van al degenen die bij de vennootschap of haar onderneming zijn betrokken niet onnodig of onevenredig worden geschaad. Zoals ook voortvloeit uit hetgeen hiervoor aan het slot van 4.2.1 is overwogen, kan de verplichting van bestuurders van een joint venture-vennootschap om jegens de aandeelhouders de nodige zorgvuldigheid te betrachten, een bijzondere zorgplicht meebrengen met betrekking tot de positie van een aandeelhouder wiens belang is verwaterd of (verder) dreigt te verwateren.

4.2.3 Elke bestuurder is gehouden om zich te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming en om zorgvuldigheid te betrachten jegens al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken, ongeacht of een bestuurder is benoemd door of op voordracht van de vergadering van aandeelhouders van een bepaalde soort of aanduiding. Dat is niet anders indien de aandeelhouders nauw betrokken zijn bij de joint venture-vennootschap of indien de statuten bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van een ander orgaan van de vennootschap (vgl. art. 2:239 lid 4 BW en Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 91-92).

4.3 De door het onderdeel gehuldigde opvatting dat het bestuur van een vennootschap verplicht is, ook bij afwezigheid van een daartoe strekkende statutaire bepaling als bedoeld in art. 2:239 lid 4 BW, de instructies van de algemene vergadering of van een of meer bepaalde aandeelhouders op te volgen, is onjuist. Uit hetgeen hiervoor in 4.2.1-4.2.3 is overwogen, volgt immers dat het bestuur van een vennootschap bij de vervulling van zijn taak een eigen verantwoordelijkheid heeft om zich te richten naar het belang van de vennootschap en de aan haar verbonden onderneming. Dat is niet anders indien de aandeelhouders op grond van de machtsverhoudingen binnen de vennootschap feitelijke instructiemacht hebben. De Ondernemingskamer heeft acht geslagen op de aard van de Vennootschap als een joint venture die is aangegaan tussen twee gelijkwaardige partners, naderhand aangevuld met een aandeelhouder met een minderheidsbelang. Blijkens de rov. 3.20.1-3.20.2 en 3.26-3.27 heeft zij onderkend dat het vennootschapsbelang onder de gegeven omstandigheden

meebracht dat de verhoudingen tussen de aandeelhouders niet verder zouden veranderen dan in het licht van de omstandigheden was geboden. Zij heeft geoordeeld dat het bestuur zich geen rekenschap heeft gegeven van het eigen belang van de Vennootschap en van zijn eigen rol en taak hierin. Deze oordelen geven in het licht van het bovenstaande geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en zijn niet onbegrijpelijk. Het onderdeel faalt daarom.'

Ook de Hoge Raad benadrukt, in navolging van de wetgever, de eigen verantwoordelijkheid van het bestuur. Wanneer een daartoe strekkende statutaire bepaling als bedoeld in artikel 2:239 lid 4 BW ontbreekt, is het bestuur niet gehouden een aanwijzing van de algemene vergadering of een of meer bepaalde aandeelhouders op te volgen.[222] Hoewel de Hoge Raad het niet met zoveel woorden zegt, geldt die regel (thans) echter ook indien de statuten wél een dergelijke bepaling bevatten.[223] Dit volgt ten eerste uit de omstandigheid dat het bestuur, ook wanneer de statuten een aanwijzing mogelijk maken, het vennootschapsbelang dient te behartigen, ongeacht de eventuele verbondenheid met een of meer bepaalde aandeelhouders, zoals blijkt uit de tweede volzin van lid 4. Ten tweede moet en kan het bestuur een belangenafweging maken, zelfs wanneer zijn positie als gevolg van een (eventuele) feitelijke instructiemacht wordt bedreigd. De behartiging van het vennootschapsbelang is niet alleen dwingendrechtelijk aan het bestuur opgedragen in artikel 2:239 lid 5 BW, maar vormt tegelijkertijd een aspect van de in artikel 2:9 BW voorgeschreven behoorlijke taakvervulling en de ingevolge artikel 2:8 BW door het bestuur in acht te nemen zorgvuldigheid.[224] Ik meen dan ook dat in r.o. 4.2.3 en 4.3 ligt besloten dat een ander orgaan van de vennootschap geen *bindende* aanwijzingen kan geven, temeer nu het geven van een bindende aanwijzing zich niet verdraagt met de uitdrukkelijke opdracht aan het bestuur om een zelfstandige belangenafweging te maken. De tekst van lid 4 wijst eveneens in die richting. Het bestuur is gehouden een aanwijzing op te volgen, tenzij deze in strijd is met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. De door lid 4 aan het bestuur geboden ruimte, rechtvaardigt het oordeel dat de bestuurders zich onvoldoende hebben ingespannen om de gelijkwaardige samenwerking te herstellen. Het bestuur bekleedt een geheel eigen functie binnen de vennootschappelijke orde en kan niet – zoals de klacht impliceert – als een marionet van de algemene vergadering of bepaalde aandeelhouders worden beschouwd.

222 Zie anders: Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/157, die betogen dat wanneer in concernverhoudingen een statutaire regeling ontbreekt, daaruit niet kan worden afgeleid dat de moedervennootschap geen algemene instructies met betrekking tot de strategie en het beleid meer zou kunnen geven. De realiteit van het concern en de concernleidingsplicht verhinderen volgens de auteurs een a contrario-uitleg van art. 2:129/239 lid 4 BW.

223 In deze zin ook De Haan in zijn annotatie in *JOR* 2014, 290, nr. 7; minder expliciet is Van Schilfgaarde in zijn annotatie in *NJ* 2014, 286, ad (4); evenzo Raaijmakers in zijn annotatie in *AA* juni 2014, AA20140459, p. 465; zie verder ook Olaerts 2015, p. 230; Huizink 2015, p. 46; Boschma 2015, p. 114.

224 Vgl. de annotatie van De Haan in *JOR* 2014, 290, nr. 5.

3.6.3 De reikwijdte van het instructierecht

De slotsom van het voorgaande is dat het huidige artikel 2:239 lid 4 BW uiteindelijk geen bevoegdheid schept voor andere organen van de vennootschap om bindende instructies te geven aan het bestuur. Het uitgangspunt is evenwel dat het bestuur 'gehouden is om de aanwijzingen op te volgen', zodat de vraag rijst in hoeverre het bestuur verplicht wordt of kan worden tot het opvolgen van een bepaalde aanwijzing. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever heeft beoogd dat instructies desnoods aan een rechterlijk oordeel kunnen worden onderworpen. De rechter dient zich in een voorkomend geval over de inhoud van de instructie te buigen. Wanneer het bestuur geen aanleiding ziet om zich tegen de instructie te verzetten, althans zich tot opvolging ervan gehouden acht, ligt rechterlijke toetsing van de instructie niet voor de hand. Zo'n toetsing van een instructie zal zich in de regel dan ook slechts voordoen, wanneer het bestuur weigert de instructie op te volgen. De maatstaf voor toetsing van deze weigering wordt door lid 4 gegeven: strijd met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Met deze nietszeggende maatstaf wordt het bestuur noch de rechter duidelijkheid geboden in concrete gevallen,[225] doch wel de nodige ruimte tot maatwerk in het licht van de betrokken belangen. Is er dan wel een bepaalde ondergrens aan te wijzen en zo ja, wat houdt die ondergrens dan in? Ten aanzien van deze toetsing van de weigering van het bestuur is verder relevant, zoals Terstegge terecht heeft opgemerkt, in welke mate de rechter zich over de weigering kan uitlaten: kan hij de weigering marginaal of volledig toetsen?[226] Overigens geeft de wet geen uitdrukkelijke maatstaf voor toetsing van de instructie als zodanig; bepaald is slechts wanneer het opvolgen daarvan mag worden geweigerd. Ik meen dat de rechter, mits op de juiste wijze aangezocht, zich zowel over de inhoud van de instructie als de weigering tot het opvolgen van de instructie kan en moet buigen. Omdat voor de toetsing van de instructie geen concrete maatstaven worden aangedragen, acht ik het bestuur vrij in het aanvoeren van gronden tegen de gegeven instructie. Naast het vennootschapsbelang kan worden gedacht aan (i) het doel van de vennootschap, (ii) de redelijkheid en billijkheid en – buiten Boek 2 BW – (iii) misbruik van bevoegdheid als bedoeld in artikel 3:13 BW en (iv) strijd met de openbare orde of de goede zeden als bedoeld in artikel 3:40 BW. Hierna bespreek ik voornoemde mogelijkheden voor het aanvechten van een instructie en tracht ik aanknopingspunten te formuleren voor de toepassing van de instructiebevoegdheid in de praktijk. Voordat ik over de toetsing kom te spreken, wijd ik eerst enkele woorden aan de vraag wie in de statuten de rol van instructiegever kan worden toebedeeld en de algemene beperkingen die aan de instructiebevoegdheid kleven.

---

225 Vgl. over de hanteerbaarheid van het vennootschappelijk belang als begrenzing Blanco Fernández 2017, p. 235.

226 Terstegge 2014, p. 267, voetnoot 68.

3.6.3.1 De instructiegever

Artikel 2:189a BW definieert voor onder andere de toepassing van artikel 2:239 BW wat onder orgaan van de vennootschap moet worden verstaan. Als orgaan kwalificeren de algemene vergadering, de vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding, het bestuur, de raad van commissarissen en de gemeenschappelijke vergadering van het bestuur en de raad van commissarissen. Het spreekt voor zich dat de instructiebevoegdheid niet aan het bestuur of individuele bestuurders, deze laatsten zijn geen orgaan, kan worden verleend. Dat de bevoegdheid alleen aan een orgaan kan worden toegekend, impliceert dat de formele instructie slechts bij besluit kan worden gegeven en met inachtneming van de voor de besluitvorming van het betreffende orgaan geldende voorschriften.

De bevoegdheid kan ten eerste aan de algemene vergadering worden verleend. Het ligt voor de hand dat de instructiebevoegdheid in de praktijk aan dit orgaan wordt verleend, met name vanuit concernperspectief. Voor zover de vennootschap aandelen van een bepaalde soort of aanduiding kent, is het ook mogelijk om de bevoegdheid alleen aan een (of meerdere) specifieke groep(en) aandeelhouders of een individuele aandeelhouder toe te kennen. Een instructie zal telkens bij besluit van de vergadering van (de betreffende) aandeelhouder(s) moeten worden gegeven, nu die vergadering het orgaan is waaraan de bevoegdheid kan worden verleend. Het bestuur dient het betreffende besluit schriftelijk vast te leggen.[227] Voor concernverhoudingen volgt hieruit dat een formele instructie aan het dochterbestuur niet rechtstreeks door het bestuur van de moeder kan worden gegeven, maar slechts door de moeder handelend in haar hoedanigheid van aandeelhouder(-svergadering) van de dochter, waarbij de moeder door haar bestuur wordt vertegenwoordigd.[228] Wanneer ten slotte de instructiebevoegdheid wordt toegekend aan aandeelhouders van aandelen met een bepaalde soort of aanduiding en die aandelen bevinden zich bij één aandeelhouder, dan kan zich een opmerkelijke discrepantie voordoen, als de betreffende aandeelhouder ook bevoegd is tot benoeming van een of meer bestuurders. De feitelijke instructiemacht, die met de benoemings- en ontslagbevoegdheid (artikel 2:242 lid 1 jo. 2:244 lid 1 BW) is gegeven, strekt zich voor een dergelijke aandeelhouder slechts uit tot de bestuurder die hij heeft benoemd. De instructiebevoegdheid richt zich daarentegen steeds en uitsluiteind tot *het bestuur*. Instructiebevoegdheid (bestuur) en instructiemacht (bestuurder) sluiten in een dergelijk geval niet op elkaar aan. Met name bij het opzetten van joint venture-structuren dient men hiermee rekening te houden.[229]

227 Artikel 2:230 lid 4 BW; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/360.

228 Vgl. Bartman e.a. 2016, p. 63.

229 Een dergelijke combinatie van bevoegdheden ligt bij joint venture-verhoudingen voor de hand, waarbij partijen beogen om iedere partner (gelijkwaardige) zeggenschapsrechten toe te kennen en in dat verband de statuten zo inrichten dat iedere partner een ‘eigen’ bestuurder kan benoemen. Het benoemingsorgaan, in een dergelijk geval de vergadering van de betreffende aandelen met bijvoorbeeld

Ten tweede staat de wet toe dat aan de raad van commissarissen een instructiebevoegdheid wordt toegekend. In de literatuur zijn de meningen over deze mogelijkheid evenwel verdeeld. Toekenning van een instructiebevoegdheid aan de RvC zou zich niet verhouden met de scheiding van taken tussen bestuur enerzijds en RvC anderzijds.[230] Andere auteurs zien daarentegen geen bezwaren tegen het toekennen van een instructiebevoegdheid aan de RvC, nu zijn instructies beperkt zouden (moeten) zijn tot de door de aan de RvC opgedragen toezichthoudende taak (2:250 lid 2 BW).[231] Zie ik het goed, dan kan deze laatste opvatting thans als de heersende worden beschouwd.

Ten slotte kan een instructiebevoegdheid aan de gemeenschappelijke vergadering van het bestuur en de raad van commissarissen worden verleend; een orgaan dat nauwelijks voorkomt.[232] Artikel 2:189a BW is in 2001 met de Wet preventief toezicht ingevoerd, bij gelegenheid waarvan de Departementale Richtlijnen kwamen te vervallen. In de Richtlijnen was een vergelijkbare – daarin werd gesproken van een gecombineerde vergadering – definitie van te onderscheiden organen opgenomen. Artikel 2:189a (78a) BW voorziet in de leemte die in dit verband is ontstaan door het vervallen van de Departementale Richtlijnen.[233] Bij een eerste lezing is de vergelijking met een monistisch bestuur snel gemaakt: uitvoerende en niet uitvoerende, toezichthoudende, bestuurders.[234] Het evidente verschil tussen beide figuren is echter gelegen in de toekenning van de bestuursbevoegdheid aan een monistisch

---

aanduiding A, is ingevolge artikel 2:244 lid 1 BW dan ook bevoegd tot schorsing en ontslag van de door dat orgaan benoemde bestuurder. Wanneer aan deze afzonderlijke vergaderingen van aandelen met een bepaalde aanduiding een instructiebevoegdheid wordt toegekend, doet zich de gesignaleerde discrepantie voor. Het toekennen van een instructiebevoegdheid aan de AV biedt niet onmiddellijk een oplossing, nu de AV niet de ontslagbevoegdheid toekomt die aan de vergaderingen van houders van aandelen met een bepaalde aanduiding is toegekend. Daarvoor zou in de statuten, ingevolge artikel 2:244 lid 1 BW, tweede volzin, óók aan de AV een algemene ontslagbevoegdheid kunnen worden toegekend. De bepaling maakt het immers mogelijk dat benoemings- en ontslagbevoegdheid niet bij hetzelfde orgaan berusten en bij meerdere organen ('eveneens').

230 Van den Ingh 2002a, p. 25-26; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/413 die daarop terugkomen in Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/154; meer genuanceerd zijn Portengen 2006, p. 60, Lennarts 2005, p. 21 en Van Dijk 2012.

231 Van Schilfgaarde in het discussieverslag in: *Concernverhoudingen*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 69, Deventer: Kluwer 2002, p. 130; Rensen 2013, p. 461; Handboek 2013, nr. 275; Terstegge 2014, p. 262; Assink & Verbrugh, 2016, p. 77; Bartman e.a. 2016, p. 64.

232 Vgl. Dumoulin 2017, p. 368, verwijzend naar A.C. Metzelaar, 'Concernstructuur Reed Elsevier', *De NV* 1997/1, par. 6. Metzelaar beschrijft de concernstructuur van Reed Elsevier, waarin de Elsevier NV een dergelijke vergadering kende. Dit om aansluiting te zoeken bij Engelse rechtsvormen met een monistisch bestuursmodel. Door middel van het creëren van een extra orgaan in de vorm van een 'gecombineerde vergadering', bestaande uit de leden van de raad van bestuur en de leden van de raad van commissarissen, werd geprobeerd om de bestuursstructuur bij Elsevier zo veel mogelijk spiegelbeeldig in te richten.

233 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 277, nr. 3, p. 6 (MvT).

234 Artikel 2:239a lid 1 BW.

bestuur als zodanig, terwijl de gemeenschappelijke vergadering die bevoegdheid ontbeert. Terstegge stelt in dit verband dat door toekenning van een instructierecht aan de gemeenschappelijke vergadering, de meerderheid van bestuurders en commissarissen (alsnog) invloed op het beleid van het bestuur kunnen uitoefenen.[235]

3.6.3.2 Algemene beperkingen aan de instructiebevoegdheid

Artikel 2:239 lid 4 BW gaat uit van een instructiebevoegdheid in algemene zin. In modelstatuten wordt de tekst van deze bepaling vaak letterlijk overgenomen. In een dergelijk geval dient mijns inziens tot uitgangspunt te worden genomen dat de instructiebevoegdheid niet is beperkt, zodat het de instructiegever vrijstaat om het bestuur aanwijzingen te geven op ieder terrein en over iedere aangelegenheid die tot de bestuursbevoegdheid kan worden gerekend. Ik benadruk echter dat de aanwijzing zich slechts tot de bestuursbevoegdheden (waaronder de bevoegdheid tot het besturen van de vennootschap) kan uitstrekken. Een aanwijzing ten aanzien van een aangelegenheid die tot de bevoegdheid van de algemene vergadering,[236] de raad van commissarissen of enig ander orgaan van de vennootschap behoort, behoeft het bestuur niet op te volgen. Niet in de laatste plaats, omdat het bestuur daartoe niet in staat is wegens het ontbreken van bevoegdheid. Verschillende bepalingen kennen bovendien (dwingendrechtelijk) bevoegdheden toe aan het bestuur. Volgens Terstegge wordt de algemene aanwijzingsbevoegdheid op grond van de wet beperkt. Die beperking houdt volgens hem in dat instructies aan het bestuur géén betrekking zouden kunnen hebben op bevoegdheden die wettelijk aan het bestuur zijn toegekend.[237] Dat is mijns inziens onjuist. Zou een statutaire instructiebevoegdheid zich namelijk niet kunnen uitstrekken tot bevoegdheden die krachtens de wet (uitdrukkelijk) aan het bestuur zijn verleend, dan is artikel 2:239 lid 4 BW een lege huls. De bepaling faciliteert nu immers dat een ander orgaan van de vennootschap rechtstreeks aanwijzingen kan geven aan het bestuur over *de aan het bestuur toekomende bevoegdheden*. Zo kan de instructiegever het bestuur wel degelijk een aanwijzing geven om goedkeuring te verlenen aan een uitkeringsbesluit, als bedoeld in artikel 2:216 lid 2 BW. De beleidsvrijheid van het bestuur om over de goedkeuring te besluiten, wordt reeds door de wet beperkt. Goedkeuring mag slechts worden geweigerd, indien de vennootschap na de uitkering niet kan voortgaan met het betalen van de opeisbare schulden. Kan de instructiegever dan het bestuur instrueren om goedkeuring te verlenen, wanneer duidelijk is dat de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen voortgaan met het

235 Terstegge 2014, p. 261.

236 Hierbij kan gedacht worden aan de situatie waarin een aanwijzingsbevoegdheid is toegekend aan de houder van aandelen met een bepaalde soort of aanduiding, die het bestuur instrueert omtrent de winstbestemming. De bestemming van de winst is in beginsel echter aan de AV voorbehouden (2:216 lid 1 BW). Een dergelijke instructie blijft dan zonder gevolgen.

237 Zie Terstegge 2014, p. 264-267.

betalen van haar opeisbare schulden? Die vraag moet mijns inziens ontkennend worden beantwoord. De wet schrijft dwingendrechtelijk voor dat het bestuur in dat geval zijn goedkeuring aan het uitkeringsbesluit moet onthouden. Een instructiebesluit dat strekt tot goedkeuring van een uitkering, terwijl voorzienbaar is dat de vennootschap nadien haar opeisbare schulden niet meer kan voldoen, is mijns inziens ingevolge artikel 3:40 BW ongeoorloofd en daarom nietig. Ook al zou een dergelijk instruerend besluit geldig zijn, dan is daarmee nog niet gezegd dat het bestuur zijn goedkeuring dient te verlenen. Het opvolgen van de instructie kan immers worden geweigerd, indien dat in strijd is met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Het vennootschapsbelang is in de uitkeringstest van artikel 2:216 lid 2 BW verdisconteerd. Een uitkering die tot gevolg heeft dat de vennootschap niet zal kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden is in de regel strijdig met het vennootschapsbelang, zodat het bestuur kan weigeren de aanwijzing op te volgen.[238] Leidt de uitkering niet tot deze liquiditeitsnood, dan zal het bestuur gehoor moeten geven aan de aanwijzing, hetgeen op zichzelf ook voortvloeit uit artikel 2:216 lid 2 BW.

Aan statutaire beperkingen dient daarentegen meer waarde te worden gehecht. Mijns inziens kan de instructiebevoegdheid langs twee wegen worden ingekaderd. In de eerste plaats kan bij de toekenning van de bevoegdheid de reikwijdte worden gespecificeerd. Uitgangspunt is dat aan een ander orgaan een aanwijzingsbevoegdheid kan worden toegekend, die zoals ik al aangaf in beginsel algemeen en onbeperkt is. Aangenomen moet worden dat wanneer het meerdere mogelijk is, ook het mindere mogelijk is. De statuten kunnen dan ook uitdrukkelijk bepalen over welke aangelegenheden of beleidsterreinen een instructie kan worden gegeven. In dat geval heeft mijns inziens te gelden dat er geen bevoegdheid bestaat om instructies te geven over niet in de statuten genoemde aangelegenheden en/of beleidsterreinen. Verder is het mijns inziens mogelijk de instructiebevoegdheid te beperken tot uitdrukkelijk genoemde situaties of aangelegenheden.[239] De tweede, indirecte mogelijkheid tot inkadering van de instructiebevoegdheid verloopt langs het vennootschappelijk belang. Door het vennootschappelijk belang te kleuren, wordt weliswaar niet de instructiebevoegdheid als zodanig beperkt, maar wordt wel de mogelijkheid voor het bestuur om een bevoegdelijk gegeven instructie naast zich neer te leggen, beïnvloed. Deze kleuring van het vennootschappelijk belang kan zoals gezegd in de statuten plaatsvinden.[240]

238 Vgl. *Kamerstukken II* 2011/12, 31 058, nr. E, p. 15.

239 Bijvoorbeeld 'in geval van situatie X kan de algemene vergadering het bestuur een aanwijzing geven om oplossing Y uit te voeren'.

240 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 058, nr. 6, p. 4-5 (NnavV).

3.6.3.3 Maatstaven toetsing instructies en weigering bestuur

Zowel instructies als de bestuurlijke reactie daarop zijn dus toetsbaar. De wet impliceert dat het bestuur een eventuele weigering om een instructie op te volgen slechts op het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming mag baseren. Dat laat de mogelijkheid om de instructie als zodanig aan te vallen onverlet. Wanneer wij de (theoretische) reactiemogelijkheden in geval van een instructie onder de loep nemen, ontstaat volgens mij het volgende beeld.

In r.o. 4.3 van zijn Cancun-uitspraak neemt de Hoge Raad een duidelijke beslissing over de reikwijdte van het huidige artikel 2:239 lid 4 BW. Het bestuur kan alleen verplicht zijn om instructies van een ander orgaan op te volgen, wanneer de statuten in een instructiebevoegdheid voorzien. Echter, ongeacht het bestaan van een instructiebevoegdheid, en dus ook wanneer slechts van feitelijke machtsuitoefening kan worden gesproken, heeft het bestuur een eigen verantwoordelijkheid om zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming te richten. Ontvangt het bestuur een instructie, dan zijn er simpel gesteld twee mogelijkheden: opvolgen of weigeren.[241] Volgt het bestuur de instructie op, dan aanvaardt het daarmee ook de verantwoordelijkheid voor de eventuele consequenties. Gezien het feit dat artikel 2:239 lid 4 BW nadrukkelijk een eigen, zo niet dé verantwoordelijkheid bij het bestuur legt, meen ik dat de instructiegever behoudens bijzondere omstandigheden buiten schot blijft. Weigert het bestuur daarentegen, deugdelijk gemotiveerd, de instructie op te volgen, dan ligt de bal weer bij de instructiegever.

Ook de instructiegever, mits bevoegd tot ontslag van het bestuur, heeft dan in feite twee keuzes: de weigering aanvaarden of (proberen) het bestuur (te) vervangen door meer gehoorzame bestuurders.[242] In het eerste geval is het gevaar geweken en wordt een discussie vermeden; de bestuurlijke toetsing aan het belang van de vennootschap volstaat. Een deugdelijke motivering van de weigering acht ik hier doorslaggevend. Daarbij moet worden bedacht dat een steekhoudend betoog voor het standpunt dat een bepaalde instructie in strijd is met het belang van de vennootschap, voor het eventuele nieuwe bestuur een duidelijke waarschuwing vormt om de betreffende instructie aan een adequate belangenafweging te onderwerpen. Bij daadwerkelijke strijdigheid vraag ik mij af of het ontslaan van het bestuur voor de instructiegever een reële optie is. Ook de aangezochte vervangers dragen immers de in artikel 2:239

241 Een derde mogelijkheid is dat het bestuur een bepaalde aanwijzing slechts aanvaardt onder bepaalde voorwaarden en die voorwaarden bedingt door met de instructiegever het gesprek aan te gaan. In het ideale geval leidt dit overleg tot een instructie die zowel voor de instructiegever als het bestuur aanvaardbaar is. Blijft dit resultaat uit, dan kan het bestuur ofwel de instructie alsnog opvolgen en de eventuele (persoonlijke) consequenties daarvan aanvaarden ofwel weigeren om de instructie op te volgen. De keuzemogelijkheid komt daardoor uiteindelijk steeds neer op opvolgen of weigeren.

242 Ook hier laat ik de middenweg van de dialoog buiten beschouwing.

lid 5 BW neergelegde verantwoordelijkheid om het vennootschapsbelang af te wegen en zullen bij strijdigheid de instructiegever moeten laten weten dat zij zich niet gehouden achten om de instructie op te volgen. Het is mijns inziens niet realistisch om – (frauduleuze) uitzonderingen daargelaten – te verwachten dat een instructiegever ontslag na ontslag aanzegt, totdat een bestuur wordt gevonden dat bereid is om een instructie op te volgen waarvan het weet dat het strijdig is met het belang van de vennootschap, terwijl datzelfde bestuur ook weet dat het daarmee de verantwoordelijkheid op de eigen schouders neemt. Dergelijke bestuurders beschikken mijns inziens niet over het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.[243] Evenmin zou een redelijk denkend bestuurder onder dergelijke omstandigheden op deze wijze handelen.[244]

Zodra de strijdigheid met het vennootschapsbelang minder evident is, zal het voor het bestuur lastiger zijn om de instructiegever ervan te overtuigen zich bij de weigering neer te leggen. Discussie en ontslag van het bestuur ligt dan op de loer. In dat geval zij verwezen naar de parlementaire geschiedenis van artikel 2:239 lid 4 BW, waarin is overwogen dat het uiteindelijke oordeel over het vennootschapsbelang door de rechter wordt geveld.[245] Zoals gezegd, meen ik dat hiermee een bewuste mogelijkheid voor het bestuur is gecreëerd om te handelen naar de opgelegde verantwoordelijkheid om het vennootschapsbelang te waarborgen en desnoods de rechter te adiëren.[246] Dat zal zich met name voordoen wanneer het bestuur met ontslag wordt gedreigd. De toetsing van het vennootschapsbelang kan in die gevallen aan de rechter worden overgelaten door het aanhangig maken van een enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer of een kort geding.[247] In diezelfde procedures kan de vraag worden opgeworpen of een bepaalde instructie of de weigering deze op te volgen in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Minder voor de hand ligt de mogelijkheid om vernietiging van het ontslagbesluit te vragen op grond van artikel 2:15 lid 1 sub b jo. 2:8 BW.[248] De door de instructiegever in acht te nemen redelijkheid en billijkheid correspondeert niet noodzakelijkerwijs met het belang

243 HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 (*Staleman/Van de Ven*).

244 HR 8 juni 2001, *NJ* 2001, 454 (*Panmo*).

245 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 058, nr. 6, p. 4-5 (NnavV).

246 Het bestuur kan ook verantwoordelijkheid nemen door zelf op te stappen, indien het zich niet met de visie van de instructiegever kan verenigen. Niettemin zal er uiteindelijk een bestuur moeten komen dat ofwel de consequenties van de instructie aanvaardt ofwel tot verzet bereid is.

247 Vgl. Slagter/Assink 2013, p. 99; anders Pitlo/Raaijmakers 2017, p. 263 die het bizar vindt klinken dat bestuurders ‘een dreigend en vanuit de oprichters volstrekt gelegitimeerd ontslag (‘at will’: 2:244 BW) kunnen pareren met een verzoek om enquête en een onmiddellijke voorziening strekkende tot een verbod tot ontslag. Dat zou tenderen naar onteigening.’

248 Zie HR 4 december 1992, *NJ* 1993, 271, m.nt. Maeijer (*Mast Holding*), waarin de Hoge Raad overwoog: ‘De weigering van een bestuurder van een vennootschap om een door de algemene vergadering van aandeelhouders gewenst beleid uit te voeren kan een redelijke grond voor ontslag zijn’.

van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Echter, verlangen dat een met het vennootschapsbelang strijdige instructie wordt opgevolgd, is mogelijk wel in strijd met de redelijkheid en billijkheid. Teneinde in een dergelijk geval te kunnen bepalen of er sprake is van strijd met de redelijkheid en billijkheid, zal de rechter ook het belang van de vennootschap moeten vaststellen, zodat niettemin langs de weg van 2:15 lid 1 sub b jo. 2:8 BW een rechterlijke toetsing kan worden uitgelokt. In de bevoegdheid tot het geven van een instructie ligt voorts besloten, dat van deze bevoegdheid misbruik kan worden gemaakt. Artikel 3:13 BW biedt een mogelijkheid om tegen dergelijk misbruik op te treden, zodat ook deze bepaling aandacht verdient. Hierna bespreek ik achtereenvolgens het statutaire doel, het belang van de vennootschap, de redelijkheid en billijkheid en misbruik van bevoegdheid als maatstaven voor de toetsing van instructies en de weigering deze op te volgen. Ten slotte maak ik nog enkele opmerkingen over de toepassing van artikel 3:40 BW.

3.6.3.3.1 Het statutaire doel

De hiervoor bedoelde kleuring van het vennootschappelijk belang in de statuten, moet worden onderscheiden van het doel van de vennootschap. Het doel van de vennootschap neemt een eigen plaats in als het gaat om de verhouding tot een instructie. Hiervoor heb ik de verwezenlijking van het doel van de vennootschap aangeduid als een primaire bestuurstaak en het doel als zodanig als de nederlegging van wat in essentie de bestaansreden en de werkzaamheid van de vennootschap is. Het statutaire doel vertelt ons niet de typologische gerichtheid van de vennootschap, die voor de kapitaalvennootschap wordt omschreven als het behalen van vermogensrechtelijk voordeel voor de aandeelhouders.[249] Hoewel men doelomschrijvingen ruim pleegt te omschrijven,[250] blijkt daaruit juist het *voorwerp* van de onderneming. Uit het statutaire doel spreken dus de (voornaamste) reden(en) voor de oprichting van de vennootschap en haar belangrijkste werkzaamheden.[251] De aard van de rechtspersoon en diens statutaire inrichting zijn medebepalend voor de inhoud ervan.[252]

---

249 Zie o.a. Handboek 2013, nr. 78; Asser/Van Olffen & Rensen 2-IIa 2019/57; Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/68; Van Schilfgaarde 2017, nr. 3 spreekt over het 'eigenlijke doel' en benoemt de discussie over de vraag of als het 'eigenlijke doel' moet worden aangemerkt het maken van winst of, in ruimere zin, een meervoudige doelstelling. Hij zet het *shareholdersmodel* af tegen het *stakeholdersmodel*, waarmee hij het eigenlijke doel van de vennootschap mijns inziens weer in de sleutel van het vennootschapsbelang plaatst, zie ook nr. 58, p. 238.

250 De Departementale Richtlijnen, paragraaf 5, bepaalden dat in de statutaire doelomschrijving de belangrijkste werkzaamheden van de onderneming(en) van de vennootschap duidelijk moesten worden vermeld, maar de doelomschrijving voor het overige algemeen mocht zijn.

251 Van Solinge & Nieuwe Weme betogen dat met de afschaffing van de Departementale Richtlijnen voor de doelomschrijving geen beperkingen meer gelden, zodat deze zeer ruim kan zijn. Vermelding van de belangrijkste werkzaamheden ligt voor de hand, maar is niet langer noodzakelijk, zie Asser/Van Olffen & Rensen 2-IIa 2019/57.

252 Vgl. Handboek 2013, nr. 78.1; zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 15 maart 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:1255, *AR* 2017, 1421, waarin de rechtbank het standpunt van de wederpartij

Het statutaire doel is, zoals gezegd, een belangrijke richtsnoer voor het bestuurlijk handelen.[253] Doeloverschrijding leidt ingevolge artikel 2:7 BW tot vernietigbaarheid van een rechtshandeling, levert in de regel een wanprestatie van het bestuur jegens de vennootschap op, kan leiden tot bestuurdersaansprakelijkheid en kan aanleiding vormen voor een enquêteprocedure. Ter afbakening van de bestuursfunctie en -taken verdient het mijns inziens aanbeveling om bij de oprichting, dan wel bij een ingrijpende koerswijziging, het statutaire doel zodanig te formuleren dat dit richtsnoer ook daadwerkelijk enig houvast biedt voor het bepalen van de werkzaamheid van de vennootschap.

Hierbij dienen wel enkele kanttekeningen te worden geplaatst. Ten eerste vallen onder het statutaire doel óók secundaire handelingen: handelingen die naar gebruik of redelijkerwijze uit het doel voortvloeien en daarmee samenhangen ook al zijn deze niet expliciet in de doelomschrijving vermeld.[254] Ten tweede blijkt uit de arresten *Astro* en *Westland/Utrecht Hypotheekbank* dat bij de beantwoording van de vraag of door een bepaalde rechtshandeling het doel van de rechtspersoon is overschreden, alle omstandigheden in aanmerking moeten worden genomen, en de wijze waarop het doel in de statuten van de rechtspersoon is omschreven daarvoor niet alleen beslissend is.[255] In *Astro* overwoog de Hoge Raad bovendien dat tot de in aanmerking te nemen omstandigheden in voorkomende gevallen ook concernverhoudingen kunnen worden gerekend. Ten derde volgt uit het *Playland*-arrest dat met name in aanmerking moet worden genomen of het belang van de vennootschap is gediend met de betrokken rechtshandeling.[256] Tegen deze achtergrond zou ik de rol van het statutaire doel in geval van instructies willen bezien. Bij de benadering van het statutaire doel kan een onderscheid worden gemaakt tussen de interne en de externe werking. De interne werking ziet op het afbakenen van de uitoefening van bevoegdheden door de vennootschapsorganen, terwijl externe werking betrekking heeft op wederpartijen van de vennootschap.[257] Daar de instructiebevoegdheid slechts aan organen van de vennootschap kan worden toegekend, beperk ik mij tot de interne werking.

---

van de vennootschap volgt en overweegt dat het aantrekken van leningen en het afdekken van het renterisico op die leningen binnen de statutaire doelstelling vallen daar de vennootschap als *special purpose vehicle* voor de bouw van een nieuw bedrijfspand was opgericht.

253 Vgl. Asser/Van der Grinten & Maeijer 2-II 1997/74 over de normatieve betekenis van het doel; zie voor een voorbeeld Rb. Amsterdam 8 januari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:58, *RO* 2015, 23 waarin het doel van de stichting het toetsingskader voor het bestuurlijk handelen beïnvloedt.

254 HR 14 april 1927, *NJ* 1927, p. 1220, m.nt. Meijers (*Tweede Hollandsche Herverzekeringmaatschappij/Nederlandsche Handelsmaatschappij*); vgl. Groenewald 2001, p. 151.

255 HR 7 februari 1992, *NJ* 1992, 438, m.nt. Maeijer (*Astro*); HR 16 oktober 1992, *NJ* 1993, 98, m.nt. Maeijer (*Westland/Utrecht Hypotheekbank*); zie kritisch Groenewald 2001, p. 155-159.

256 HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 149 (*Playland*), ook hierover kritisch Groenewald 2001, p. 159-160.

257 Zie ook Belder 2004, p. 42, die de interne werking van het statutaire doel mijns inziens onterecht beperkt tot de door het bestuur uit te oefenen bevoegdheden; ook Groenewald 2001, p. 2 beperkt zich tot het bestuur.

Het statutaire doel vereist interpretatie, nu niet alleen de daarin uitdrukkelijk verwoorde werkzaamheid van de vennootschap het doel afbakent, maar ook rekening moet worden gehouden met de omstandigheid dat (i) ruime doelomschrijvingen het speelveld van de vennootschap en haar organisatie vergroten en (ii) de gewoonte en redelijkheid en billijkheid met zich kunnen brengen dat ook niet uitdrukkelijk verwoorde handelingen onder het statutaire doel van de vennootschap moeten worden geschaard. De inhoud van het statutaire doel is, evenals het vennootschapsbelang, de redelijkheid en billijkheid als bedoeld in artikel 2:8 BW en de beoordeling van de vraag of er sprake is van misbruik van bevoegdheid als bedoeld in artikel 3:13 BW, afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval. In groepsverband heeft verder te gelden dat de concernverhouding een factor van betekenis kan zijn bij het bepalen van de inhoud van het statutaire doel, terwijl in algemene zin ook het vennootschapsbelang meespeelt. Tegelijkertijd meen ik dat het doel van de vennootschap een zekere uitwerking heeft op de inhoud van het vennootschapsbelang en de door artikel 2:8 BW gevorderde redelijkheid en billijkheid. Er is dan ook sprake van communicerende vaten. Dit impliceert mijns inziens dat de interne werking van het statutaire doel zich niet slechts beperkt tot een afbakening van de bevoegdheidsuitoefening door bestuurders, maar (ten minste) ook de bevoegdheidsuitoefening door andere vennootschapsorganen beïnvloedt. Voor de interne werking zou ik verder willen aannemen dat ook een aandeelhoudersovereenkomst mede van invloed kan zijn voor de uitleg van het statutaire doel, nu daaruit veelal de aard en inhoud van de beoogde samenwerking (beter) kan worden gekend en daarmee de aanvankelijke aanleiding en motivatie voor de oprichting of, zo men wil, het bestaan van de vennootschap.[258]

Het leerstuk van doeloverschrijding komt in de rechtspraak vooral aan bod in geschillen waarin dochtervennootschappen in verband met de concernfinanciering aansprakelijkheid hebben aanvaard.[259] Ik plaats de rol van het statutaire doel bij de beoordeling van een instructie en de weigering om deze op te volgen, daarom in de sleutel van dergelijke casus. In deze kwesties wordt de vraag aan de orde gesteld of de aanvaarding van aansprakelijkheid voor schulden van groepsvennootschappen of het concern als geheel, een overschrijding van het doel

258 Zie bijvoorbeeld Rb. Midden-Nederland 21 februari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:688. In deze kwestie bepaalden de statuten dat de bestuurder goedkeuring nodig had voor uitgaven boven € 25.000,-, welke verplichting ook in de aandeelhoudersovereenkomst – die de bestuurder mede ondertekende – en impliciet ook in de managementovereenkomst was vastgelegd. Uit deze drievoudige vastlegging blijkt reeds het belang van deze goedkeuringsbepaling. Niettemin handelde de bestuurder in strijd met deze bepalingen en informeerde de aandeelhouder ook lange tijd na het aangaan van de verplichting niet. De schending van deze bepalingen levert volgens de rechtbank (terecht) een zwaarwegende omstandigheid op die in beginsel het onrechtmatig handelen en de aansprakelijkheid van de bestuurder vestigt (art. 2:9 jo. 2:11 BW). Temeer nu de statuten met de bepalingen rond afstemming en benodigde goedkeuring beogen de belangen van de vennootschap, waaronder het voorkomen van financiële risico's, te beschermen.

259 Vgl. Bartman e.a. 2016, p. 224.

van de desbetreffende vennootschap met zich brengt. De beantwoording van deze vraag geschiedt veelal in samenhang met de uitleg van het vennootschapsbelang van de betreffende dochter. Bartman heeft overtuigend betoogd dat thans moet worden aangenomen dat zekerheidsstelling ten behoeve van een concerngenoot in beginsel geacht moet worden het vennootschappelijk belang te dienen vanwege het indirect profijt dat daaruit doorgaans voortvloeit.[260] Bovendien zou het aannemen van een doeloverschrijdende handeling in geval van concernfinanciering niet snel mogen worden aangenomen, met name niet wanneer de financiering op basis van wederkerigheid wordt aangegaan. Daarmee bestaat, aldus nog steeds Bartman, een realistische kijk op het concern en de daaraan inherente, wederzijdse afhankelijkheid, met alle voor- en nadelen van dien.[261]

Hoewel ik deze opvatting als uitgangspunt onderschrijf, kan het concernbelang mijns inziens niet vergen dat het individuele vennootschapsbelang buiten spel komt te staan.[262] In lijn daarmee kan ook het doel van de vennootschap niet (mede) inhouden dat het concernbelang doorslaggevend is, althans dat de dochtervennootschap steeds en zonder voorwaarden gehouden kan zijn om voor de schulden van groepsvennootschappen of het concern aansprakelijkheid te aanvaarden.[263] Dit kan volgens mij mede worden afgeleid uit het feit dat het doel van de vennootschap evenzeer relevant is voor haar wederpartijen, wier bescherming immers evenzeer is beoogd met het bepaalde in artikel 2:7 BW.[264] Aldus kan het doel van de vennootschap eraan in de weg staan dat het bestuur van een dochtervennootschap wordt geïnstrueerd om onvoorwaardelijk en onbeperkt aansprakelijkheid te aanvaarden voor de schulden van groepsmaatschappijen. Instructies kunnen dan ook door het bestuur terzijde worden gesteld afhankelijk van het doel van de dochtervennootschap en de invloed daarvan op het belang van de vennootschap.

3.6.3.3.2 Het vennootschapsbelang

In de literatuur bestaan verschillende opvattingen over het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Die opvattingen stip ik eerst kort

260 Bartman e.a. 2016, p. 225-231, verwijzend naar o.m. HR 18 april 2003, *JOR* 2003, 160, m.nt. Bartman (*Rivier De Lek c.s.-Van Wetering*), HR 13 juli 2012, *NJ* 2012, 447, *JOR* 2012, 306, m.nt. Bergervoet (*Janssen q.q./JVS Beheer*) en HR 1 maart 2013, *JOR* 2013, 195, m.nt. Tekstra (*X/Staatssecretaris van Financiën*); zie voor een toepassing Rb. Rotterdam 26 juni 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5310.

261 Bartman e.a. 2016, p. 231-235.

262 Vgl. HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002, 94 (*Juno*); vgl. ook Jager in zijn noot onder Rb. Amsterdam 10 december 2003, *Ondernemingsrecht* 2004, 233, m.nt. Jager.

263 Vgl. Van Schilfgaarde 2017, nr. 58.

264 Zie Van Olffen 1989, p. 259; Viöter & Speyart 2016, p. 47-64.

aan.[265] Daarna bespreek ik het vennootschapsbelang in het licht van de Cancun-uitspraak.[266]

Ik begin met de visie op het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming die daarop als zodanig geen visie vormt, maar waarin juist de afschaffing van dit begrip wordt bepleit.[267] Deze opvatting wordt wel aangeduid als de abolitionistische leer of de 'leer van de leegte'. Voorstanders stellen zich op het standpunt dat het begrip onwerkbaar is, de motivering van besluiten versluiert en zich niet verhoudt tot het aandeelhoudersbelang. Het begrip zou daarom als norm moeten worden verlaten. Een waardige vervanger wordt eigenlijk niet aangedragen, hoewel Winter heeft bepleit de norm te vervangen door het streven naar aandeelhouderswaarde op de lange termijn.[268] Maar ook een dergelijk streven of een ander begrip zal mijns inziens weinig duidelijkheid kunnen verschaffen. De mate van duidelijkheid zal met name afhangen van de definiëring van het te kiezen begrip, welke definitie – al dan niet als gevolg van de daaraan te geven uitleg – noodzakelijkerwijs beperkingen met zich brengt. Daarmee gaat de dynamiek die de huidige 'ongrijpbaarheid' teweeg brengt (deels) verloren, terwijl ook de manoeuvreerruimte van degenen die het begrip in de praktijk moeten gebruiken, wordt belemmerd. Evenals in andere delen van het BW, denk bijvoorbeeld aan het begrip 'onrechtmatige daad', is enige vaagheid geboden, juist om aan de (hanteerbaarheid in de) praktijk tegemoet te komen.

Aanhangers van de op het aandeelhoudersbelang geconcentreerde visie positioneren het vennootschapsbelang als het belang van de aandeelhouders, waaronder ook eventuele toekomstige aandeelhouders, bij het behalen van winst, althans waardecreatie op de lange termijn. In de meer genuanceerde variant van deze visie wordt het aandeelhoudersbelang slechts als doorslaggevend beschouwd, hetgeen impliceert dat ook andere belangen een rol kunnen spelen. De strekking van het vennootschapsbelang is in deze visie naar haar aard beperkt, omdat deze in feite samenvalt met één belang van één belanghebbende (het belang van de aandeelhouder bij waardecreatie). Men bedenke echter dat de verschillende bij een vennootschap betrokken aandeelhouders ook ieder uiteenlopende belangen (kunnen) hebben. Die verschillende belangen zal het bestuur bij zijn afweging moeten betrekken, nu niet zonder meer kan worden uitgegaan van het meer algemene belang van de aandeelhoudersvergadering dat bij meerderheidsbesluit wordt bepaald.[269]

265 Zie ook Assink e.a. 2019, waarin de rol en betekenis van het vennootschappelijk belang voor verschillende onderwerpen wordt behandeld.

266 Mendel en Oostwouder hebben de verschillende visies met veel literatuurverwijzingen besproken in Mendel & Oostwouder 2013 en 2017, p. 5-8; zie verder o.a. Vastmans 2016, p. 105-106; Tol 2014, p. 130-140; Van Veen 2017, p. 640-654; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/394 en Slagter/Assink 2013, p. 939-940; Van Schilfgaarde 2017, p. 27-30; Kemp 2015, p. 109-117.

267 Eijsbouts & Kemp 2012, p. 128.

268 Winter 2007, p. 132.

269 Zie Schwarz 2018, p. 29.

Dan de holistische of autonome opvatting, die ook wel de continuïteitsopvatting wordt genoemd.[270] In deze visie heeft de vennootschap een eigen belang dat van de belangen van degene die bij de vennootschap betrokken zijn, dient te worden onderscheiden. Hoewel sommige auteurs betogen dat het vennootschapsbelang uit de verschillende deelbelangen moet worden afgeleid, wordt in deze visie in ieder geval de ruimte gelaten om naast de deelbelangen ook een eigen belang van de vennootschap te onderscheiden. Weliswaar liggen de holistische leer en de resultantenleer zo bezien dicht bij elkaar, maar de eerste laat mijns inziens meer ruimte voor de zelfstandigheid van het bestuur.[271] Binnen de holistische opvatting wordt het belang van de vennootschap getypeerd als het belang dat zij heeft bij haar eigen, gezonde bestaan, uitgroei en voortbestaan met het oog op het door haar te bereiken doel, zolang dat zinvol is. Deze gedachte impliceert dat de continuïteit van de onderneming de spil in het web van af te wegen belangen vormt.

Bepleiters van de resultanten- of participantenopvatting zoeken ten slotte hun heil in de afweging van alle bij de vennootschap betrokken belangen, waaronder de belangen van de aandeelhouders, op basis van gelijkwaardigheid.[272] De in de afweging te betrekken belangen zijn afhankelijk van de concrete omstandigheden in de betreffende situatie, waarbij onder meer ook aan crediteuren- en werknemersbelangen kan worden gedacht, alsmede aan een concernbelang en het algemeen of maatschappelijk belang. In deze visie wordt een eigen belang van de rechtspersoon onderkend, maar is dat belang gelijk aan de resultante van de afweging van alle bij de vennootschap betrokken deelbelangen. Het vennootschapsbelang als zodanig kan dan ook niet worden meegewogen, maar is het resultaat van de afweging van de afzonderlijke deelbelangen.

Het belang van de vennootschap is steeds afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval. Indien aan de vennootschap een onderneming is verbonden, wordt het vennootschapsbelang vooral bepaald door het bevorderen van het succes van deze onderneming. Tegelijkertijd zullen bestuurders zich ervan moeten vergewissen dat zij de zorgvuldigheid betrachten, die mede door artikel 2:8 BW wordt gevorderd, met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming betrokken zijn. Deze zorgvuldigheidsverplichting kan meebrengen dat bestuurders bij het dienen van het vennootschapsbelang ervoor moeten zorgen dat daardoor de belangen van al degenen die bij de vennootschap zijn betrokken niet onnodig of onevenredig worden geschaad, aldus de Hoge Raad in Cancun.[273]

---

270 Maeijer wordt beschouwd als de grondlegger van deze visie, zie zijn oratie Maeijer 1964; zie ook Van Schilfgaarde 2016, p. 146.

271 Vgl. Kemp 2015, p. 114-115.

272 Voor het eerst bepleit door Van der Grinten, zie reeds Handboek 1968, nr. 233.

273 HR 4 april 2014, *NJ* 2014, 286, m.nt. Van Schilfgaarde (*Cancun*), r.o. 4.2.1. en 4.2.2.

Met zijn overwegingen schept de Hoge Raad enige duidelijkheid over de reikwijdte van dit begrip als maatstaf voor de toetsing van instructies en de weigering om deze op te volgen.

Ten eerste is duidelijk dat elke uitspraak over het vennootschapsbelang op zichzelf staat en geen precedent kan scheppen, nu de feiten en omstandigheden per kwestie zullen verschillen. Dat creëert ruimte voor maatwerk vooraf, door het bestuur, en achteraf, door de rechter. Iedere vennootschap en ieder geschil kan zo op de eigen merites worden beoordeeld, conform de bedoeling van de wetgever bij de flexibilisering van het BV-recht.[274]

Verdere ruimte ontstaat doordat de Hoge Raad ten tweede duidelijk een keuze heeft gemaakt voor wat betreft de af te wegen belangen. Heeft artikel 2:8 BW in beginsel slechts betrekking op de belangen van de institutioneel betrokkenen,[275] de Hoge Raad baseert de op het bestuur rustende zorgvuldigheidsverplichting mede op deze bepaling en spreekt over al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken. Zowel het bestuur als de rechter wordt op deze manier de ruimte gelaten om een veelheid van belangen af te wegen, zonder onmiddellijk onderscheid te maken tussen de mate van importantie van de verschillende deelbelangen. Wanneer echter een onderneming aan de vennootschap is verbonden, geldt in ieder geval het bestendig succes van deze onderneming als deelbelang en vervult het bevorderen van dit succes een centrale rol in de belangenafweging. Voor de toetsing van instructies en de weigering om deze op te volgen zal dan vooral moeten worden bepaald in hoeverre de instructie bijdraagt aan het bestendige succes van de onderneming; naarmate het succes door de instructie wordt ondermijnd, zal het bestuur zich eerder tegen instructie kunnen of zelfs moeten verzetten. Om een dergelijke beoordeling te doen slagen, is evenwel vereist dat de gevolgen van de instructie voorzienbaar zijn.[276]

Ten derde lijkt de Hoge Raad een zekere ondergrens te definiëren door te overwegen dat bestuurders bij het dienen van het vennootschapsbelang ervoor (moeten) zorgen dat daardoor de belangen van al degenen die bij de vennootschap zijn betrokken niet onnodig of onevenredig worden geschaad. Ervoor waken dat bepaalde belangen niet onnodig of onevenredig worden geschaad is iets wezenlijk anders dan het behartigen van deze belangen; het eerste is een passieve verplichting, het tweede een actieve. Met deze overweging zet de Hoge Raad de verhoudingen tussen de verschillende af te wegen belangen mijns inziens op scherp: hij erkent uitdrukkelijk een eigen, zelfstandig belang van de vennootschap, dat met name actief moet worden behartigd, wanneer aan de vennootschap een onderneming is verbonden. Aldus wordt de vennootschap met haar onderneming losgemaakt van (de belangen van) degenen die

274 Zie *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 3 (MvT).
275 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/224.
276 Vgl. Assink & Verbrugh 2016, p. 75.

bij de vennootschap betrokken zijn. Het bestuur heeft deze laatste belangen in acht te nemen en dient in ieder geval te voorkomen dat deze onnodig of onevenredig worden geschaad. Zo uitgelegd doet het vennootschapsbelang denken aan de bewoordingen van artikel 2:216 lid 2 BW, waarin voor het bestuur eveneens een ondergrens is geformuleerd: het bewaken van de belangen van de vennootschapscrediteuren.[277] In het eigen belang van de vennootschap bij het succes van haar onderneming zijn de deelbelangen van de verschillende betrokkenen steeds (deels) verdisconteerd. Dat deze betrokkenen immers allemaal van elkaar te onderscheiden deelbelangen hebben, laat onverlet dat zij allen gebaat zullen zijn bij het succes van de onderneming en nadeel (kunnen) ondervinden van een deconfiture.[278] Zo leidt het ontbreken van succes hoogstwaarschijnlijk voor de aandeelhouder tot minder winst, voor de werknemer tot minder zekerheid en voor de crediteur tot minder verhaalsmogelijkheden. De verschillende deelbelangen worden mede beheerst door het succes van de onderneming, zodat de bevordering van dit succes voor een deel ook de behartiging van de deelbelangen omvat. Ten slotte is met het vooropstellen van het bestendige succes mijns inziens niet gezegd dat het daarmee ook doorslaggevend is. Er wordt juist ruimte geboden ook andere belangen of factoren mee te wegen.[279]

Voornoemde overwegingen van de Hoge Raad sluiten goed aan bij de huidige wettelijke systematiek en rolverdeling tussen de vennootschapsorganen. Weliswaar biedt artikel 2:239 lid 4 BW aan andere organen de mogelijkheid om zich op het bestuursterrein te begeven,[280] maar de uiteindelijke beslissing over bestuursaangelegenheden blijft bij het bestuur berusten. Daarmee behoudt het de nodige beleidsvrijheid.[281] Dat is niet vreemd, wanneer men bedenkt dat ook de verantwoordelijkheid voor dit besturen eerst en vooral bij het bestuur berust. Deze gedachte strookt met de hiervoor genoemde idee dat het 'niet mogelijk moet zijn personen, die niet de naam van bestuurders dragen, met daden van bestuur te belasten, zonder dat op die personen ook de voor bestuurders bepaalde aansprakelijkheid rust'.[282] Daarmee sluit deze gedachte ook aan bij het bepaalde in artikel 2:248 lid 7 en 2:261 BW. Tegelijkertijd wordt recht gedaan aan de positie van aandeelhouders en de algemene vergadering. Individuele aandeelhouders mogen en kunnen op deze wijze eigen belangen nastreven, die door het bestuur moeten worden meegewogen. De algemene vergadering dient daarentegen tot op zekere hoogte met het vennootschappelijk belang rekening

277 Vgl. Huizink 2015, p. 42, die stelt dat het vennootschappelijk belang in concernverhoudingen verschraalt tot het waken voor het belang van de vennootschapscrediteuren; evenzo Verdam 2019, p. 410.
278 In deze zin Schwarz 2018, p. 15-16.
279 Vgl. Van Schilfgaarde 2016, p. 215.
280 Zie in dit verband de opvatting van Assink over het begrip 'beleid' in Assink 2019, nr. 7.
281 Vgl. De Jongh 2019, nr. 14.
282 Löwensteyn 1959, p. 66 verwijzend naar artikel 92 Ontwerp der Staatscommissie 1879.

te houden, in die zin dat zij zich dient te realiseren dat het vennootschapsbelang een corrigerende factor vormt op de uitoefening van haar bevoegdheden.[283]

Raaijmakers verzet zich tegen deze vorm van bestuursautonomie bij de persoonsgebonden BV en in ruimere zin tegen de institutionele opvatting.[284] Het zou tenderen naar onteigening en in concernverhoudingen de bijl leggen aan de concerneenheid.[285] In een persoonsgebonden BV zijn en blijven oprichters, directeur-grootaandeelhouders en partners ook als algemene vergadering de hoogste macht, aldus nog steeds Raaijmakers.[286] Ik meen echter dat de Hoge Raad in Cancun het vennootschappelijk belang dermate dynamisch en overeenkomstig de parlementaire geschiedenis heeft vormgegeven, dat de soep niet zo heet zal worden gegeten als opgediend. De instructiebevoegdheid heeft een hoog concernrechtelijk karakter,[287] getuige ook de centraliteit van concernperspectieven in het debat over deze bevoegdheid, alsmede de in de parlementaire stukken gegeven motivering bij de huidige redactie van artikel 2:239 lid 4 BW. Het is juist de bedoeling van de wetgever geweest om (buitenlandse) investeerders duidelijk te maken dat (het bestuur van) een Nederlandse BV een zekere mate van zelfstandigheid geniet. Niettemin is het voor aandeelhouders, ook die van een persoonsgebonden BV, mogelijk om het vennootschappelijk belang en daarmee de mate van bestuursautonomie te kleuren door middel van de statuten en het sluiten van (aandeelhouders)overeenkomsten met vennootschappelijke doorwerking. Ook andere omstandigheden, zoals de toestand van de vennootschap en de zeggenschapsverhoudingen kunnen de mate van beïnvloeding van het vennootschapsbelang door aandeelhouders bepalen.[288] Wat de afspraken tussen de aandeelhouders betreft, heeft de Hoge Raad een duidelijke koppeling naar het vennootschappelijk belang gemaakt door te overwegen dat het vennootschappelijk belang mede wordt bepaald door de aard en de inhoud van de tussen de aandeelhouders overeengekomen samenwerking. In deze overweging ligt besloten dat wanneer een vennootschap erop is gericht een bepaalde samenwerking vorm te geven en als vehikel voor deze samenwerking te dienen, het bestuur ook gehouden is om dit doel voor ogen te houden en aan de realisatie daarvan mee te werken.[289] Ik zie niet in waarom eenzelfde gedachte niet ook zou moeten gelden wanneer de vennootschap bijvoorbeeld een concerndochter is;

283 Vgl. Olaerts 2017, p. 642; Kemp 2015, p. 322 betoogt dat de AV het vennootschappelijk belang dient te behartigen, althans wanneer zij als orgaan van de geïnstitutionaliseerde vennootschap wordt beschouwd.

284 Zie o.a. Raaijmakers & Van der Sangen 2011, p. 90-96; Raaijmakers 2015, p. 2-12; Raaijmakers 2015b, p. 10-29; Pitlo/Raaijmakers 2017, o.a. p. 187-194 (BV als instituut) en 262-269 (bestuursautonomie).

285 Vgl. Pitlo/Raaijmakers 2017, p. 263.

286 Zie Raaijmakers in zijn noot bij Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1965 (*Elliot/AkzoNobel*), p. 720, verschenen in *AA* september 2017, AA20170713.

287 Vgl. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/152.

288 In deze zin Olaerts 2017, p. 636.

289 Vgl. Van Veen 2015, p. 56.

het bestuur zal zich evenzeer naar de concernleiding moeten richten en binnen de concerneenheid moeten opereren, terwijl het ondertussen waakt over de andere bij de vennootschap betrokken deelbelangen en de eigen verantwoordelijkheid behoudt.[290] Het bestuur zal in meer of mindere mate de diverse deelbelangen moeten behartigen en dient als zodanig over een fluctuerende mate van autonomie te kunnen beschikken, wil het in zijn taak slagen.[291]

Het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming is een maatstaf die uitblinkt in abstractie. Als gevolg daarvan lijkt de maatstaf voor de praktijk weinig houvast te bieden. Daar kan men tegenover stellen dat een meer grijpbare maatstaf het gevaar van inflexibiliteit met zich brengt. Juist de omstandigheid dat van het vennootschapsbelang slechts met zekerheid kan worden gezegd dat zij afhankelijk is van de concrete omstandigheden van het geval, maakt dat deze maatstaf zich leent voor gevallen waarin uiteindelijk een rechter de knoop doorhakt. De maatstaf faciliteert dynamiek[292] en stelt de rechter in staat om alle feiten en omstandigheden in ogenschouw te nemen, af te wegen en uiteindelijk een beslissing te nemen die hem billijk voorkomt. In die beoordeling is het belang van de vennootschap dynamisch in omvang (welke belangen worden afgewogen en in welke mate) en in tijd (floreert de vennootschap of verkeert zij in zwaar weer?). Zo bezien verschaft het vennootschapsbelang inderdaad weinig duidelijkheid, maar biedt deze maatstaf wel de ruimte om bij geschillen tot een (wenselijke) oplossing te komen.

3.6.3.3.3 De redelijkheid en billijkheid

Artikel 2:8 lid 1 BW bepaalt dat een rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken, zich als zodanig jegens elkaar moeten gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. Ingevolge het tweede lid is een tussen hen krachtens wet, gewoonte, statuten, reglementen of besluit geldende regel niet van toepassing voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Op grond van artikel 2:15 lid 1 sub b BW is een besluit van een orgaan van een rechtspersoon vernietigbaar wegens strijd met de door artikel 2:8 BW geëiste redelijkheid en billijkheid. Binnen het kader van instructies kan de redelijkheid en billijkheid op verschillende manieren in stelling worden gebracht. Met name kan dan worden gedacht aan de vernietigbaarheid van een instructiebesluit, het besluit tot weigering om een instructie op te volgen of een nog te geven of reeds gegeven ontslag wegens diezelfde weigering. De invloed en toepassing van de redelijkheid en billijkheid op het instructievraagstuk komen hierna aan de orde.

---

290 Vgl. Hof Amsterdam (OK) 20 december 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4849, *JOR* 2019, 102, m.nt. M. Olaerts; zie ook Olaerts 2019, par. 5.2.

291 In deze zin ook Van Veen 2017, p. 652; Assink 2016a, p. 496 en 498.

292 Vgl. De Jongh 2019, nr. 23.

Artikel 2:8 BW valt in twee delen uiteen. Enerzijds wordt daarin de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid genoemd (lid 1), anderzijds wordt de beperkende werking verwoord (lid 2). Klinkt het eerste lid als een gedragsnorm voor de rechtspersoon en degenen die bij zijn organisatie betrokken zijn ('zich als zodanig jegens elkander moeten gedragen'), het tweede lid heeft veeleer de strekking een maatstaf te formuleren aan de hand waarvan ingrijpen in de vennootschappelijke verhoudingen mogelijk wordt maakt (geldende regels zijn onder omstandigheden niet van toepassing). Over het onderscheid tussen de redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm of (rechterlijke) beslissingsnorm wordt in de literatuur gediscussieerd.[293] Voornoemd onderscheid tussen de aanvullende en beperkende werking lijkt in deze discussie uit het oog te worden verloren. Ik meen dat het eerste lid als gedragsnormerend moet worden beschouwd en het tweede lid als gedragscorrigerend.[294] Uiteindelijk wordt de inhoud van datgene wat redelijkheid en billijkheid vorderen daardoor niet anders, maar dit onderscheid is wel degelijk van belang voor de praktische toepassing van de bepaling en de toetsing ervan in rechte. Verlangt bijvoorbeeld het bestuur dat een bepaalde aandeelhouder zich jegens hem redelijk en billijk gedraagt, dan vordert het bestuur in feite nakoming van de in het eerste lid vervatte gedragsnorm. Verlangt het bestuur daarentegen dat de AV een aan deze laatste toegekende bevoegdheid (tijdelijk) niet uitoefent, dan vordert het bestuur dat een bepaalde regel buiten toepassing wordt gelaten. Voor beide gevallen is de inhoud van de redelijkheid en billijkheid gelijk, maar in het laatste geval noopt de wet de rechter uitdrukkelijk tot een meer terughoudende opstelling door te bepalen dat er sprake moet zijn van een *onaanvaardbare* toepassing.

Evenals het vennootschapsbelang is hetgeen onder de redelijkheid en billijkheid moet worden verstaan lastig te duiden. Assink[295] beschrijft de in lid 1 bedoelde gedragsnorm als volgt:

'dat de rechtspersoon en de – op de voet van de wet en/of de statuten – betrokkenen bij de organisatie van de rechtspersoon jegens elkaar (elkaars gerechtvaardigde, kenbare belangen) de vereiste zorg(vuldigheid) dienen te betrachten, door die andere betrokkenen (belangen) bij het eigen handelen/nalaten in aanmerking te nemen en zo nodig na afweging te ontzien ter vermijding van onevenredige benadeling. De feitelijke invulling van die plicht is telkens afhankelijk van de omstandigheden van het geval.'

Volgens Kroeze[296] geldt als algemene lijn dat de redelijkheid en billijkheid ertoe nopen:

293 Voor een overzicht zie Kemp 2015, p. 212-213.
294 In deze zin ook Slagter/Assink 2013, p. 185 en 198.
295 Slagter/Assink 2013, p. 189, voor verschillende praktijkvoorbeelden zie p. 194-197.
296 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/227.

'dat men handelend vanuit de eigen belangensfeer, dus bij het behartigen van een bepaald belang, rekening houdt met de gerechtvaardigde belangen van de andere betrokkenen en deze na afweging ontziet indien men deze onevenredig zou schaden.'

Artikel 2:8 BW strekt volgens Van Schilfgaarde[297] ertoe:

'dat de betrokkenen zich in hun gedrag door de redelijkheid en billijkheid laten leiden. Dit brengt mee dat zij, handelend vanuit hun functionele belangensfeer, bij aandeelhouders ook vanuit hun "eigen" belangensfeer, rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van de andere betrokkenen en deze belangen bij de afweging ontzien, indien zij onevenredig dreigen te worden geschaad.'

Deze beschrijvingen hebben twee gemene delers, namelijk de belangenafweging en het vermijden van onevenredige benadeling. Wij zagen bij het vennootschapsbelang dat het uiteindelijk aan de rechter is overgelaten om het vennootschapsbelang vast te stellen en zodoende ook een knoop door te hakken bij de afwegingen van de betrokken belangen. Dat geldt ook voor de redelijkheid en billijkheid. Bij de vaststelling daarvan dient blijkens artikel 3:12 BW rekening te worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval betrokken zijn. Het vaststellen van dit ongeschreven recht behoort tot de discretie van de rechter, die aan de hand van de concrete omstandigheden zijn beslissing over het betreffende geval neemt.[298] Relevante omstandigheden kunnen onder meer zijn de aard en de omvang van de rechtspersoon en de in het geding zijnde (gerechtvaardigde) belangen van de rechtspersoon, de betrokkenen en overige belanghebbenden binnen zijn organisatie, de zeggenschapsverhoudingen, taakopdrachten en rolverdeling, de mate van beleidsvrijheid en eventuele contractuele verhoudingen tussen de betrokkenen.[299] Zo bezien krijgen zowel het vennootschapsbelang als de redelijkheid en billijkheid een nadere invulling door de onderliggende kwestie in gelijksoortige kaders te gieten, waarbij vergelijkbare belangen worden afgewogen.

Hetgeen door artikel 2:8 BW wordt gevorderd heeft, evenals het belang van de vennootschap, een dynamische inhoud.[300] Dat doet de vraag rijzen naar de onderlinge verhouding tussen beide normen. Met Van Schilfgaarde zou ik willen betogen dat eerst het vennootschapsbelang moet worden opgezocht, om vervolgens te bezien in hoeverre de redelijkheid en billijkheid een aanvulling of correctie op het

297 Van Schilfgaarde 2016, p. 117.
298 Vgl. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/227; Slagter/Assink 2013, p. 184.
299 Slagter/Assink 2013, p. 191-192.
300 Vgl. De Jongh 2011a, waarin hij betoogt dat afhankelijk van het verstrijken van de tijd en de opstelling van andere vennootschapsactoren de inhoud van de gedragsnorm kan veranderen.

vennootschapsbelang kunnen vormen.[301] In het kader van instructies past deze gedachtegang in de wettelijke systematiek. Het vennootschapsbelang kan aan het dwingende karakter van een krachtens de statuten gegeven instructie in de weg staan. Ook wanneer geen sprake is van een dergelijke formele instructie, heeft het bestuur krachtens artikel 2:239 lid 5 BW het vennootschapsbelang te behartigen. Zie ik het goed, dan stelt Van Schilfgaarde dat (mede) door artikel 3:12 BW het spectrum van af te wegen belangen langs de weg van artikel 2:8 BW wordt vergroot.[302] De aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid kan (zo) bewerkstelligen dat de instructiegever zich meer naar het vennootschapsbelang dient te richten en kan daarmee direct van invloed zijn op de wijze waarop de instructiegever zijn bevoegdheid uitoefent.[303]

Naast de nadruk op een belangenafweging ligt in voorgaande beschrijvingen ook een notie van evenredigheid besloten, in die zin dat de redelijkheid en billijkheid met zich brengen dat andere belangen niet meer dan nodig mogen worden geschaad. Daarmee wordt een zeker minimum gesteld, waarbij niet wordt verlangd dat steeds een evenredige, zo niet gelijkwaardige, uitkomst wordt bereikt, maar slechts dat andere betrokken belangen niet onevenredig worden geschaad.[304] Hierin is een negatieve[305] benadering van het evenredigheidsbeginsel terug te lezen. Inachtneming van dit beginsel impliceert dat bevoegdheden niet verder dan nodig worden uitgeoefend, zodat ook de absolute uitoefening van bevoegdheden wordt gerelativeerd.[306] Het evenredigheidsbeginsel biedt een handvat om de grenzen van geoorloofde bevoegdheidsuitoefening te bepalen. Daarbij wordt veelal uitgegaan van een uit drie stappen bestaande test, welke stappen afhankelijk van de omstandigheden van geval cumulatief of alternatief kunnen zijn.

Voor de bevoegdheidsuitoefening (i) moet een redelijk belang bestaan en (ii) deze moet niet verder gaan dan noodzakelijk is (subsidiariteit), terwijl (iii) deze niet onredelijk bezwarend mag zijn voor de belangen die erdoor worden geraakt.[307] Deze stappen bieden een nadere concretisering van de redelijkheid en billijkheid als

301 Van Schilfgaarde 2016, p. 149.

302 Zie Van Schilfgaarde 2016, p. 150.

303 Vgl. Van Schilfgaarde 2016, p. 150, die het goed verdedigbaar acht dat ook andere personen die als beleidsbepaler of medebeleidsbepaler optreden, de verplichting hebben om zich op het vennootschappelijk belang te richten en daarvoor artikel 2:8 BW als basis noemt. Daarbij denkt hij vooral aan invloedrijke (groot)aandeelhouders; vgl. ook Verdam 2015, p. 76.

304 Zie ook Timmerman 2016a, p. 186 die over de norm van artikel 2:8 BW schrijft: 'Zij verplicht tot het zorgvuldig rekening houden met elkaars belangen en tot het afzien van onnodige of onevenredige schending van belangen van anderen.'

305 Zie voor deze terminologie Hammerstein 2011.

306 Van Ginneken & Timmerman 2011, verwijzend naar M.M. Stolp, *Ontbinding, schadevergoeding en nakoming, de remedies voor wanprestatie in het licht van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, p. 8.

307 Van Ginneken & Timmerman 2011 en de verwijzingen in voetnoot 14.

gedragsnorm, die in het bijzonder geschikt zijn om te worden toegepast in gevallen waarin belangenpluraliteit de boventoon voert.

Ten slotte neemt de importantie van de redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm gestaag toe, hetgeen zich door de aard van het vennootschapsrecht laat verklaren. Boek 2 BW, de statuten, reglementen en (in mindere mate) besluiten hebben vooral betrekking op organisatieregels: zij scheppen het kader waarbinnen de vennootschappelijke actoren kunnen bewegen.[308] Binnen dit kader kan het voorkomen dat belangen botsen. Het door het bestuur te behartigen vennootschapsbelang hoeft niet zonder meer (direct) in overeenstemming te zijn met de belangen van (de gezamenlijke) aandeelhouders, waarmee voornoemde botsing is gegeven. De gedragsnormerende en -corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid leveren een waardevolle bijdrage aan het uitbalanceren van deze conflicterende belangen. Ik meen dat de norm een instruerende aandeelhouder ertoe noopt om rekening te houden met de overige te onderscheiden deelbelangen en om zich er ieder geval van te vergewissen dat die deelbelangen niet onevenredig worden geschaad. Olaerts spreekt in dit verband van een passieve gebondenheid aan het vennootschappelijk belang, waar zij schrijft dat de aandeelhouder in beginsel zijn eigen belang mag dienen, maar tegelijkertijd dient te beseffen dat hij deel uitmaakt van een belangengemeenschap die onder omstandigheden van invloed kan zijn op zijn handelen.[309] Is te voorzien dat een instructie de belangen van betrokkenen bij de vennootschap onnodig of onevenredig schaadt, dan zal het bestuur de instructie niet behoeven op te volgen.[310]

Anders dan Kemp zou ik niet onmiddellijk willen aannemen dat de afdwingbaarheid van de redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm zich beperkt tot gevallen waarin de maatstaf in een bepaalde mate wordt geschonden, namelijk wanneer tevens sprake is van de beperkende norm.[311] De beperkende norm impliceert immers een buiten toepassing laten of een verbieden, bijvoorbeeld doordat een instructie niet behoeft te worden opgevolgd. De positief geformuleerde gedragsnorm kan daarentegen juist nopen tot een meer genuanceerd handelen van een instructiegever. Ik meen dat de aanvullende werking daardoor op zichzelf kan bijdragen aan een oplossing die voor alle betrokken partijen aanvaardbaar is. Een op zichzelf staande afdwingbaarheid van de gedragsnorm stelt het bestuur in staat om bijvoorbeeld voorwaarden te verbinden aan het uitvoeren van een instructie. Daarvoor is steun te vinden in de *Corus*-beschikking, waarin de OK oordeelde dat *'niet gezegd kan worden dat de RvC niet in redelijkheid heeft kunnen komen tot zijn beslissing aan het besluit van het bestuur van Corus Nederland van 10 maart 2003 tot verkoop van de aluminiumactiviteiten,*

308 In deze zin De Jongh 2011a; Assink 2009, p. 106, waarin hij schrijft dat aandeelhouders zich 'binnen de grenzen' van 2:8 BW primair door hun eigen belangen mogen laten leiden; Verdam 2017, p. 694.
309 Olaerts 2017, 113, p. 636.
310 Evenzo Assink & Verbrugh 2016, p. 75.
311 Zie Kemp 2015, p. 223-224.

niet althans – nú – nog niet zijn goedkeuring te hechten'.[312] In vergelijkbare zin kan onder omstandigheden worden gesteld dat het bestuur in redelijkheid een bepaalde instructie naast zich neer kan leggen, wanneer voorzienbaar is dat de belangen van andere betrokkenen bij de vennootschap onevenredig worden geschaad, indien de instructie wordt opgevolgd zonder daaraan bepaalde voorwaarden te verbinden. Tot het accepteren van die voorwaarden is de instructiegever dan gehouden, omdat het hem niet geoorloofd is een instructie af te dwingen die tot een voorzienbare, onnodige of onevenredige benadeling leidt. De betreffende voorwaarden mogen daarentegen niet verder strekken dan tot opheffing van de onevenredigheid die zou ontstaan zonder die voorwaarden. Zodoende wordt bereikt dat de instructiegever toch tot op zekere hoogte opvolging van zijn instructie ziet plaatsvinden, terwijl de voorzienbare onevenredigheid wordt gepareerd.

Het (mogelijke) beroep van het bestuur op de (aanvullende werking van) de redelijkheid en billijkheid zou de instructiegever er dus toe moeten aanzetten om zich meer rekenschap te geven van de consequenties van zijn besluit en de daaropvolgende aanwijzing aan het bestuur. Daarin, en in de beperkte toepassing van het evenredigheidsbeginsel in dit verband, is mijns inziens een duidelijke verwevenheid te herkennen tussen de mate van bestuurs- en beleidsinvloed en de mate van te betrachten verantwoordelijkheid. Ik zou, overigens voorzichtig, willen aannemen dat naarmate de rol van een instructiegever zich meer richting de bestuurspositie en met name het vaststellen van beleid beweegt, ook de verantwoordelijkheid van de instructiegever naar verhouding toeneemt. Die verantwoordelijkheid uit zich door van de instructiegever te verlangen dat hij jegens andere vennootschapsactoren zorgvuldigheid in acht neemt en kan zelfs zo ver gaan dat een zorgplicht wordt aangenomen.[313] Een belangrijke nuancering van het voorgaande is erin gelegen dat de mate van in acht te nemen verantwoordelijkheid in het bijzonder is verbonden met de omstandigheden van het geval.

3.6.3.3.4 Misbruik van bevoegdheid

De door de redelijkheid en billijkheid vereiste, negatief geformuleerde evenredigheid is terug te zien in artikel 3:13 BW, waarin het leerstuk van misbruik van bevoegdheid gestalte heeft gekregen. Hoewel Boek 3 BW betrekking heeft op het (algemene) vermogensrecht, bewerkstelligt de schakelbepaling artikel 3:15 BW dat onder meer artikel 3:13 BW ook buiten het vermogensrecht toepassing kan vinden, voor zover de aard van de rechtsbetrekking zich daar niet tegen verzet. Met 'rechtsbetrekking' is bedoeld de rechtsverhouding tussen partijen.[314] Daar Boek 2 BW, zoals gezegd, met name voorziet in organisatieregels die erop zijn gericht de verhoudingen

312 Hof Amsterdam (OK) 13 maart 2003, *JOR* 2003, 85, m.nt. Van den Ingh (*Corus*).
313 In deze zin ook Olaerts 2017, p. 638; Klein Wassink 2016, p. 385; Assink 2009, p. 109-110.
314 West, *GS Vermogensrecht*, art. 3:15 BW, aant. 5.

tussen de verschillende vennootschapsorganen te kanaliseren, zou ik willen aannemen dat de rechtsbetrekking tussen deze organen juist gebaat is bij de toepassing van de algemene beginselen uit het vermogensrecht en derhalve dat artikel 3:13 BW de rechtsverhouding tussen vennootschapsorganen kan beheersen.[315]

Het eerste lid van artikel 3:13 BW bepaalt dat degene aan wie een bevoegdheid toekomt, deze bevoegdheid niet kan inroepen voor zover hij haar misbruikt. Daarin ligt besloten dat degene die de bevoegdheid toekomt, in geval van misbruik, haar niet kan afdwingen en evenmin deze bevoegdheid ter rechtvaardiging van het handelen kan inroepen, nadat de bevoegdheid reeds is aangewend.[316] Een statutaire instructiebevoegdheid leent zich bij uitstek voor een toetsing aan dit beginsel: daar waar een instructie van de algemene vergadering aan het bestuur ontaardt in misbruik, kan zij door de algemene vergadering niet worden afgedwongen. Hoewel het absolute karakter van een instructie al door artikel 2:239 lid 4 zelf wordt gemitigeerd – het vennootschappelijk belang kan aan de uitoefening ervan in de weg staan – vormt artikel 3:13 BW een volgende verzachting van de onverbiddelijkheid die van dit vierde lid spreekt. Wanneer een rechtsverhouding voor een der partijen bevoegdheden schept, vallen de hiervoor besproken redelijkheid en billijkheid en misbruik van bevoegdheid samen. In een dergelijk geval, dat zich ook voordoet in geval van een instructie, kunnen de criteria voor de toepassing van artikel 3:13 BW worden gebruikt om te bepalen wanneer de uitoefening van een bevoegdheid als strijdig met de redelijkheid en billijkheid moet worden aangemerkt.[317] Als gevolg van de brede toepasbaarheid van de redelijkheid en billijkheid heeft de toepassing van artikel 3:13 BW aan zelfstandige betekenis moeten inboeten.[318] Niettemin denk ik dat artikel 3:13 BW inzichten biedt voor de inkadering van de instructiebevoegdheid.

Evenals de aan de redelijkheid en billijkheid ten grondslag liggende belangenafweging, voorziet artikel 3:13 BW in een beoordeling van de bij de uitoefening van een bevoegdheid betrokken belangen. Het tweede lid bepaalt dat een bevoegdheid onder meer kan worden misbruikt door haar uit te oefenen met geen ander doel dan een ander te schaden of met een ander doel dan waarvoor zij is verleend of in geval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen. Deze laatste vorm van misbruik van bevoegdheid geeft

315 Artikel 3:15 BW bepaalt dat buiten het vermogensrecht daarnaast toepassing vinden de artikelen 3:11 (goede trouw), 3:12 (redelijkheid en billijkheid) en 3:14 (strijd met publiekrecht); in deze zin ook Kemp 2015, p. 219-220; De Jongh 2016, p. 277 betwijfelt of het leerstuk van misbruik van bevoegdheid en de redelijkheid en billijkheid moeten worden vereenzelvigd; vgl. voor een geval waarin de verplichting om een instructie op te volgen werd beperkt door het leerstuk van misbruik van bevoegdheid HR 12 mei 2000, *JOR* 2000, 145, m.nt. Blanco Fernández (*Geestelijk leider*).

316 Stein, *GS Vermogensrecht*, art. 3:13 BW, aant. 4.

317 Stein, *GS Vermogensrecht*, art. 3:13 BW, aant. 6.

318 Vgl. Van Schilfgaarde 2016, p. 74 en 105.

eenzelfde beoordelingskader als hiervoor geschetst, namelijk dat uitoefening van een bevoegdheid achterwege dient te blijven, wanneer als gevolg daarvan de andere bij de vennootschap betrokken belangen ten opzichte van de belangen van de instructiegever, onnodig of onevenredig worden geschaad.

Ik zou menen dat een instructiebevoegdheid maar zelden uitsluitend wordt aangewend om een ander te schaden. De aan deze omschrijving van misbruik ten grondslag liggende gedachte, namelijk dat niet alle bevoegdheden voor een bepaald doel worden gegeven, biedt echter degelijk mogelijkheden tot beperking van een instructiebevoegdheid.[319] Dat geldt evenzeer voor het geval dat een bevoegdheid wordt gebruikt voor een ander doel dan waarvoor zij is verleend. Wordt de instructiebevoegdheid statutair toegekend dan is zij niet geheel doelloos. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat artikel 2:239 lid 4 BW duidelijk moet maken dat instructies aan het bestuur, met name voor wat betreft het bepalen en vaststellen van beleid, tot op zekere hoogte geoorloofd zijn. Daarmee biedt de bepaling een grondslag voor gerechtvaardigde inbreuken op de bestuursautonomie, die andere vennootschapsorganen in staat stelt om zich actief met beleidsbepaling binnen de vennootschap te bemoeien en tegelijkertijd om die bemoeienis direct tot uiting te brengen. Anders dan bijvoorbeeld het ontslag van bestuurders of het uitoefenen van goedkeuringsrechten, waarmee indirect invloed wordt uitgeoefend, kunnen concrete instructies aan het bestuur over specifieke onderwerpen immers als een directe aansturing van het bestuur worden beschouwd. Tegelijkertijd wordt de instructiebevoegdheid uitdrukkelijk begrensd doordat het bestuur te allen tijde gehouden is om instructies aan een eigen toetsing te onderwerpen. Het generale doel van een statutaire instructiebevoegdheid is daarom mijns inziens het toekennen van een *beperkte mogelijkheid* tot het direct aansturen van het bestuur van de vennootschap. Een instructiebevoegdheid kan vervolgens worden toegekend voor specifieke of een beperkt aantal doelen, waardoor deze statutair kan worden gekleurd. Het statutair vastleggen van de doeleinden, waarvoor de instructiebevoegdheid wordt toegekend, kan daarmee bijdragen aan het verduidelijken van de bevoegdhedenafbakening binnen de vennootschap. Zodoende kan mijns inziens ook worden bereikt dat de uitkomsten van een toetsing aan de redelijkheid en billijkheid, in dit verband samenvallend met misbruik van bevoegdheid, (althans vooraf) kunnen worden beïnvloed. Een bijkomend voordeel van deze statutaire vastlegging is dat men bij het opstellen van de beperkingen tot nadenken wordt aangezet, in die zin dat de vraag moet worden gesteld in hoeverre het instructiebevoegde orgaan inbreuken op de bestuursautonomie wenselijk acht, wetende dat de mate waarin aan de beleidsbepaling wordt deelgenomen verband houdt met de mate van verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid.

319 Over de achtergrond van deze omschrijving, Stein, *GS Vermogensrecht*, art. 3:13 BW, aant. 35.

3.6.3.3.5 Artikel 3:40 BW

Afbakening van de instructiebevoegdheid kan ten slotte zijn gelegen in de toepasselijkheid van artikel 3:40 BW. Ingevolge deze bepaling zijn rechtshandelingen die door inhoud of strekking in strijd zijn met de goede zeden of de openbare orde nietig (lid 1). Strijdigheid met een dwingende wetsbepaling leidt eveneens tot nietigheid van de rechtshandeling, tenzij de bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van een van de partijen bij een meerzijdige rechtshandeling, in welk geval de rechtshandeling vernietigbaar is, voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit. Artikel 3:40 BW kan buiten het vermogensrecht van overeenkomstige toepassing zijn voor zover de aard van de rechtshandeling of de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet, zo blijkt uit artikel 3:59 BW. Aan artikel 3:40 BW ligt de gedachte ten grondslag dat de maatschappelijke aanvaardbaarheid zich tegen de totstandkoming van een bepaalde overeenkomst met een bepaalde inhoud kan verzetten, namelijk wanneer deze in strijd is met de voor de desbetreffende samenleving aanvaarde uitgangspunten die in het objectieve recht worden weerspiegeld.[320] Ook besluiten van organen van de vennootschap kunnen wegens het ongeoorloofde karakter ervan nietig zijn.[321] Reeds daarom moet mijns inziens worden aangenomen dat een instructiebesluit dat strekt tot handelen in strijd met een dwingende wetsbepaling nietig is. Hiervoor gaf ik al aan dat een instructiebesluit dat strekt tot het goedkeuren van een uitkeringsbesluit, terwijl voorzienbaar is dat de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden, om die reden nietig is. Eenzelfde redenering kan bijvoorbeeld worden gevolgd bij de inkoop van eigen aandelen.[322]

De goede zeden en de openbare orde zijn daarentegen minder tot de verbeelding sprekende normen. In algemene zin kan echter worden gezegd dat veel wetsbepalingen met name formeel vastleggen wat deze begrippen voorschrijven.[323] Ontbreekt een expliciete en dwingende wetsbepaling over de geoorloofdheid van een bepaald handelen, dan kunnen beide begrippen evenwel uitkomst bieden. Dat zal het geval zijn wanneer een rechtsregel is geschonden die wezenlijke belangen van de samenleving betreft en die vorm geeft aan grondslagen waarop de ethische, juridische en economische orde van de samenleving steunt.[324] Zowel normen van geschreven als ongeschreven recht kunnen aldus aanleiding zijn om (instructie)besluiten met een strekking die indruist tegen in de samenleving algemeen aanvaarde uitgangspunten nietig of vernietigbaar te achten.

---

320 Asser/Sieburgh 6-III 2018/303.
321 HR 8 juli 1991, *NJ* 1991, 765 (*Hoeben*), waarin een aandeelhoudersbesluit dat de strekking had belasting te ontduiken nietig werd bevonden.
322 Vgl. 2:2017 lid 2 BW.
323 Asser/Sieburgh 6-III 2018/311.
324 Asser/Sieburgh 6-III 2018/311.

Als algemeen aanvaarde uitgangspunten kunnen mijns inziens onder meer gelden:
- in beginsel staat een schuldenaar met zijn gehele vermogen in voor zijn schulden en hebben schuldeisers onderling een gelijk recht om uit de netto-opbrengst van dat vermogen te worden voldaan, zodat voorzichtigheid is geboden wanneer een *concursus* op handen is en, wanneer die *concursus* zich (feitelijk) voordoet, de schuldeisers naar evenredigheid moeten worden voldaan;[325]
- een handelen of nalaten, terwijl daarvan het voorzienbare gevolg is dat anderen daardoor worden benadeeld, is ongeoorloofd;[326]
- overeengekomen verbintenissen dienen (deugdelijk) te worden nagekomen en in geval van toerekenbare tekortkomingen dient de wederpartij schadeloos te worden gesteld;[327]
- toerekenbare onrechtmatige gedragingen nopen tot vergoeding van de schade die daarvan het gevolg is;[328]
- iedere bestuurder van een rechtspersoon dient zijn taak behoorlijk te vervullen. Wanneer de onbehoorlijke taakvervulling tot het faillissement van de rechtspersoon leidt, althans daarvan een belangrijke oorzaak is, dienen de bestuurders het tekort in faillissement aan te vullen, behoudens disculperende omstandigheden.[329]

Dergelijke algemeen aanvaarde uitgangspunten kunnen in het licht van artikel 3:40 BW evenzeer aan een instructiebesluit in de weg staan. Een instructiebesluit dat strekt tot paulianeus handelen, schuldeisersbenadeling, toerekenbaar tekortschieten, schadeveroorzakend handelen door de vennootschap of een onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur, kan in het ergste geval als nietig worden bestempeld. Is nietigheid in een voorkomend geval geen haalbare kaart, dan is ten minste verdedigbaar dat het bestuur zich terecht tegen een instructiebesluit kan verzetten, wanneer voldoende aannemelijk wordt gemaakt dat met het opvolgen van de instructie in strijd wordt gehandeld met voornoemde of vergelijkbare algemene uitgangspunten en rechtsbeginselen. Het is dan aan de instructiegever om zich nader te verklaren en dit voorshandse oordeel te weerleggen.

3.6.3.4 Toetsing door de rechter

Dan rest mij nog beantwoording van de vraag hoe de rechter een instructiebesluit en/of de weigering van het bestuur om dit op te volgen dient te toetsen. Hierbij pleegt men in de regel een onderscheid te maken tussen integrale en marginale toetsing.

325 Artikel 3:276 jo. 3:277 BW; vgl. Schreurs 2017, p. 351-376.
326 Deze gedachte ligt onder meer ten grondslag aan artikel 42 Fw en bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 6:162; zie over dit laatste o.m. Timmerman 2017, p. 32-33.
327 Artikel 3:74 en 6:277 BW.
328 Artikel 6:162 BW.
329 Artikel 2:9 jo. 2:138/248 BW.

In geval van marginale toetsing wordt niet de inhoud van het besluit als zodanig getoetst, maar beoordeelt de rechter of een bepaald besluit in de gegeven omstandigheden en gelet op de betrokken belangen in redelijkheid door het betreffende orgaan kon worden genomen. Het besluitvormende orgaan wordt zodoende een zekere mate van beleidsvrijheid gegund.

Ik meen dat dit onderscheid voor de beoordeling van instructies en de weigering om deze op te volgen niet ter zake doet, ook al nopen sommige van de hiervoor besproken normen in de regel tot een marginale toetsing. Een integrale toetsing ligt juist voor de hand. De inhoud van de instructie als zodanig zal immers moeten worden getoetst om te bepalen wat daarvan de strekking is en tot welk handelen of nalaten het bestuur wordt geïnstrueerd. Het gaat vooral om de motivering van het betreffende besluit. Voor wat betreft deze motivering heeft eveneens te gelden dat een integrale toetsing in de rede ligt. Onderwerp van geschil zal immers steeds zijn, zo blijkt uit het voorgaande, de afweging van omstandigheden en de bij het besluit betrokken belangen. Weliswaar is dan relevant of het besluitvormende orgaan in redelijkheid tot het betreffende besluit heeft kunnen komen, maar uiteindelijk zal de rechter een oordeel moeten vormen over de vraag (i) welke omstandigheden een rol spelen, (ii) welke belangen een rol spelen en (iii) of de door het bestuur aangevoerde gronden om een instructie niet of slechts onder voorwaarden op te volgen voldoende gewicht in de schaal leggen om het instructiebesluit naast zich neer te leggen.

Het punt is dat, ook wanneer de rechter slechts een oordeel vormt over de vraag of een besluit in redelijkheid kon worden genomen, hij zich rekenschap zal moeten geven van de relevante omstandigheden en belangen. Eenzelfde beoordeling maakt ook het bestuur wanneer het met een instructie wordt geconfronteerd. Aan het bestuur is uitdrukkelijk de beleidsvrijheid toegekend om een instructie naast zich neer te leggen, wanneer het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming zich daartegen verzet. Deze norm en de andere door mij behandelde maatstaven laten steeds een marge aan het bestuur om tot een eigen afweging te komen.[330] Vervolgens wordt het uiteindelijke oordeel aan de rechter overgelaten, die door vaststelling van het vennootschappelijk belang in de concrete situatie en onder de concrete omstandigheden, bepaalt of een instructie geoorloofd is en of deze al dan niet dient te worden opgevolgd. Dat sluit wat mij betreft naadloos aan bij de constatering, voorafgaand aan de invoering van het huidige artikel 2:239 lid 4 BW, dat een inhoudelijke toetsing over het opvolgen van een instructie centraal is komen te staan. Bovendien past het in de gedachte dat het bestuur een zelfstandige afweging dient te maken en het uiteindelijk aan de rechter is om te beoordelen of een handeling in strijd is (geweest) met het vennootschappelijk belang. Het verschil in mijn betoog

330 Vgl. Van Schilfgaarde 2017, nr. 96.

is echter dat deze laatste beoordeling zou moeten kunnen plaatsvinden vóórdat het handelen in strijd met het vennootschappelijk belang heeft plaatsgevonden. Het heeft immers weinig zin om de put te dempen als het kalf al verdronken is.

3.7 Samenvatting

In dit hoofdstuk heb ik getracht meer grip te krijgen op de betekenis en inhoud van het bestuurderschap. Wat het besturen van een besloten vennootschap precies inhoudt, is afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval. In algemene zin omvat besturen het leidinggeven aan de vennootschap in de ruimste zin van het woord en de strategiebepaling. De koers is gericht op de verwezenlijking van het doel van de vennootschap, dat van tijd tot tijd kan veranderen, met als kompas de constante afweging van een variëteit aan belangen, die het geheel van dynamiek voorziet. Het bestuur is een op collegialiteit gestoeld vennootschapsorgaan, dat in geval van meerhoofdigheid in goed onderling overleg, de vennootschap in organisatorische en financiële zin bestiert. De vennootschapsbestuurders ontlenen hun taken en bevoegdheden zowel expliciet als impliciet aan de bepalingen uit Boek 2 BW. Hoewel het merendeel van deze bepalingen een intern organisatorische aard heeft, vervult het bestuur ook een belangrijke rol in het extern handelen van de vennootschap. Het handelen en nalaten van de bestuurders vormt een belichaming voor de rechtspersoon, die geen eigen fysiek evenbeeld heeft. Met name spreekt uit de bestuursopdracht en de daarmee verband houdende bevoegdheden een zucht van verantwoordelijkheid. De dagelijkse leiding, het beheer en behoud van het vennootschappelijk vermogen en strategische besluitvorming behoren tot de kern van de bestuurstaak. Tegelijkertijd treedt het bestuur als vertegenwoordiger van de vennootschap op en worden bestuurders in staat gesteld om namens de vennootschap rechtshandelingen te verrichten, zodat ook de vennootschap kan deelnemen aan het rechtsverkeer. Ook de vertegenwoordigingsbevoegdheid ademt verantwoordelijkheid en noopt tot prudentie. Het bestuur mag niet onbezonnen te werk gaan en bescherming van de wederpartij is een absoluut uitgangspunt van de huidige regeling van de Flex-BV. Ook wanneer de vennootschap buiten de bepalingen van Boek 2 BW wordt vertegenwoordigd en een volmacht bestuurders of anderen in staat stelt om de vennootschap te binden, gaan bescherming van de wederpartij en verantwoordelijkheid van vertegenwoordiger én vertegenwoordigde hand in hand. Dit alles doet het bestuur met een aanzienlijke mate van autonomie. Als *all-round* belangenafweger heeft het bestuur behoefte aan die zelfstandigheid. De wetgever heeft in die noodzakelijke bewegingsruimte voorzien, zij het op een minder voor de hand liggende wijze. Het openen van de mogelijkheid voor andere vennootschapsorganen om zich rechtens op het bestuursterrein te begeven, biedt het bestuur juist uitzicht op meer vrijheid. De bestuursautonomie wordt direct door het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming en indirect door andere, tot belangafweging nopende maatstaven, gewaarborgd.

Hoofdstuk 4

ANSPRAKELIJKHEID VAN DE (MEDE)BELEIDSBEPALER

4.1 Inleiding

Nu meer inzicht is verkregen in de rol van het bestuur als orgaan van de vennootschap en de autonomie die deze functie met zich brengt, zal ik mij richten op de eerste van de drie luiken die met aansprakelijkheid voor beleidsbepaling verband houden. In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de aansprakelijkheid van de figuur die als *(mede)beleidsbepaler* te boek staat. Deze figuur is niet formeel tot bestuurder benoemd en staat (veelal) niet in het handelsregister ingeschreven, maar heeft een zodanige invloed binnen de vennootschap en op het bestuur, dat hij feitelijk (mede) de touwtjes in handen heeft. Exact die eigenschap, *bestuursusurpatie*, maakt dat de (mede)beleidsbepaler onder omstandigheden evenzeer en op gelijke voet als de formele bestuurder(s) aansprakelijk kan zijn. Maar wie is deze figuur? En jegens wie is hij waarvoor aansprakelijk? Die vragen zullen in dit hoofdstuk worden behandeld.

Ik maak daarbij een tweedeling tussen de *eigenlijke* beleidsbepaler enerzijds en de *oneigenlijke* beleidsbepaler anderzijds. De eigenlijke beleidsbepaler onderscheidt zich doordat in de wet is voorzien in de gelijkstelling van deze figuur met de formele bestuurder. Op dit moment kan een dergelijke gelijkstelling worden aangetroffen in artikel 36 lid 5 onder b Invorderingswet 1990 (IW), artikel 23 lid 6 onder b Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (Wet Bpf 2000), artikel 2:138 en 248 lid 7, 2:207 lid 3, 2:208 lid 6 (door middel van een verwijzing naar), 2:216 lid 4 BW, artikel 106 en 106d Fw en artikel 348a Sr.[1] De oneigenlijke beleidsbepaler is daarentegen een in de rechtspraak ontwikkelde figuur, die (vooral) in bestuurdersaansprakelijkheidsland aan een opmars is begonnen. In een zucht naar meer verhaalsmogelijkheden worden niet alleen vennootschapsbestuurders, maar ook andere personen afhankelijk van hun interne en externe invloed bij de vennootschap aansprakelijk gesteld en conform de voor bestuurders ontwikkelde maatstaven op grond van artikel 6:162 BW berecht.

1 Voor de toepassing van artikel 2:9 BW voorziet de wet niet in een gelijkschakeling.

Hierna sta ik uitvoerig stil bij de parlementaire achtergrond van de eigenlijke beleidsbepaler. Vervolgens maak ik een kleine uitstap naar de strafrechtelijke figuur 'feitelijk leidinggevende'.[2] Ik stel daarna eerst de kwalificatievraag aan de orde: wanneer is sprake van een eigenlijke beleidsbepaler? Een bespreking van de toepassing van deze figuur in de verschillende aansprakelijkheidsregelingen sluit het eerste deel af. In het tweede deel behandel ik de kwalificatie van de oneigenlijke beleidsbepaler en diens aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW.

4.2 Deel I: De eigenlijke beleidsbepaler

4.2.1 De parlementaire achtergrond van het begrip '(mede)beleidsbepaler'

Het begrip '(mede)beleidsbepaler' deed zijn wettelijke intrede op 1 januari 1987 met de invoering van een tweetal wetten, waarmee werd beoogd het misbruik van rechtspersonen tegen te gaan.[3] Ik doel hier op de Tweede (WBA) en Derde (WBF) Misbruikwet.[4] Vóór die tijd was de (mede)beleidsbepaler al bekend uit de regeling omtrent het preventief toezicht bij oprichting en wijziging van statuten van de kapitaalvennootschappen die tot 1 juli 2011 kon worden gevonden in artikel 2:179 (68) BW.[5] Voor de oprichting van een kapitaalvennootschap was in het verleden een 'verklaring van geen bezwaar' vereist.[6] Op grond van artikel 2:179 (68) lid 2 BW kon deze verklaring onder andere worden geweigerd, wanneer gelet op de voornemens en antecedenten van de personen *die het beleid van de vennootschap zullen bepalen of medebepalen*, het gevaar bestond dat de vennootschap zou worden gebruikt voor ongeoorloofde doeleinden. Deze weigeringsgrond werd ingevoerd per 3 mei 1971.[7] Uit de parlementaire geschiedenis van artikel 2:179 (68) BW blijkt dat met deze (mede)beleidsbepaler werd gedoeld op iedere persoon die, zonder orgaan van de vennootschap te zijn, toch in feite aan de vennootschap leiding zou geven.[8]

---

2 Artikel 51 en 348a Sr.

3 Daarvoor was reeds de Wet ketenaansprakelijkheid van 4 juni 1981, *Stb*. 370, in werking getreden, waarmee werd beoogd de aansprakelijkheid te regelen van de aannemer voor schulden van de onderaannemer ter zake van premies voor sociale verzekeringen en enige belastingen (de 'Eerste Misbruikwet').

4 De Wet Bestuurdersaansprakelijkheid van 21 mei 1986, *Stb*. 276 en de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid bij Faillissement, vastgesteld bij de Wijzigingswet van 16 mei 1986, *Stb*. 275. De Eerste Misbruikwet is de Wet Ketenaansprakelijkheid (WKA).

5 *Stb.* 2011, 194. De regeling voor het preventief toezicht kwam onder meer te vervallen, omdat deze niet goed opgewassen bleek tegen het inzetten van stromannen zonder negatieve antecedenten. Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 948, nr. 3, p. 2 (MvT).

6 Zie over deze verklaring van geen bezwaar Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/52.

7 *Stb.* 1971, 288.

8 *Kamerstukken II* 1970/71, 10 651, nr. 6, p. 3. Als voorbeeld wordt genoemd het geval dat twee, net meerderjarig geworden kinderen van een 'ongewenst' persoon, een vennootschap willen oprichten

Met de WBA werd beoogd om het misbruik van rechtspersonen te bestrijden door onder bepaalde voorwaarden de bestuurders van rechtspersonen persoonlijk aansprakelijk te stellen voor de door de rechtspersoon verschuldigde, maar niet betaalde premies en bijdragen ter zake van verplichte deelneming in bedrijfspensioenfondsen en loon- en omzetbelasting.[9] Aanvankelijk kon de (mede)beleidsbepaler worden aangetroffen in artikel 16d lid 5 onder b van de Coördinatiewet Sociale Verzekering (CSV). Deze wet is echter per 1 januari 2006 komen te vervallen.[10] Tegenwoordig is de figuur te vinden in artikel 36 lid 5 onder b IW 1990 en artikel 23 lid 6 onder b Wet Bpf 2000. Op grond van deze bepalingen wordt voor de toepassing ervan onder bestuurder mede verstaan: *'de persoon ten aanzien van wie aannemelijk is dat hij het beleid van het lichaam heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder, met uitzondering van de door de rechter benoemde bewindvoerder.'*

De WBF had niet specifiek betrekking op belasting- en premieschulden, maar bevatte wijzigingen van het vennootschapsrecht die in het algemeen de aansprakelijkheid van bestuurders van naamloze en besloten vennootschappen, zowel in als buiten faillissement, betroffen en tevens enkele andere regelingen die met de problematiek van het misbruik van deze rechtsvormen verband hielden.[11] Een belangrijk onderdeel van de WBF was de wijziging van artikel 2:248 (138) BW, betreffende de aansprakelijkheid van bestuurders in faillissement. Aan dit artikel werd onder meer een zevende lid toegevoegd, waarin werd bepaald dat voor de toepassing van de bepaling met een bestuurder wordt gelijkgesteld: *'degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder'*.[12] Het artikellid is sinds de invoering in 1987 niet meer gewijzigd. Overigens is artikel 2:138 BW – en daarmee ook lid 7 – ook van toepassing op (mede)beleidsbepalers van coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen, alsook verenigingen en stichtingen voor zover deze zijn onderworpen aan vennootschapsbelasting.[13]

---

met de bedoeling hun vader de feitelijke leiding van het bedrijf over te laten. De rol van de kinderen die niet in de vennootschap werkzaam zijn, doch in loondienst bij derden blijven, beperkt zich dat tot het formeel optreden als bestuurder, hetgeen in feite neerkomt op optreden als stroman.

9 *Kamerstukken II* 1980/81, 16 530, nr. 3, p. 1 (MvT).

10 *Stb*. 2005, 717.

11 *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 1 (MvT).

12 De toevoeging '*ten aanzien van wie aannemelijk is'* zoals die blijkt uit de Tweede Misbruikwet, ontbreekt in artikel 2:248 (138) lid 7 BW. De wetgever heeft evenwel niet beoogd een onderscheid te maken. Zie *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 23 (MvA).

13 Zie art. 2:50a, 53a en 300a BW, waarover *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 7 (NvW); Hof Arnhem-Leeuwarden 31 december 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:9958, waarin de bestuurder ten onrechte betoogde dat de wetgever heeft beoogd alleen commerciële stichtingen onder het bereik van de WBF te doen vallen; in het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen werd aanvankelijk voorzien in een verplaatsing van de WBF bepalingen naar Titel 1 Boek 2 BW (Algemene bepalingen), waarin een nieuw art. 2:9c de aansprakelijkheid van bestuurders in faillissement van iedere rechtspersoon zal beheersen (art. 2:11c BW verklaart deze bepaling van overeenkomstige toepassing op commissarissen), zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34 491, nr. 2 (Voorstel van wet) en nr. 3 (MvT).

Van meer recente datum is de introductie van de (mede)beleidsbepaler in de artikelen 2:207 lid 3, 2:208 lid 6 (jo.) en 2:216 lid 4 BW, namelijk in het kader van de invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (Flex-BV) per 1 oktober 2012.[14] Artikel 2:207 BW betreffende de inkoop van eigen aandelen en artikel 2:216 BW betreffende winstuitkering, kennen beide een regeling voor de aansprakelijkheid van bestuurders.[15] Voor de toepassing van deze regelingen wordt met een bestuurder gelijkgesteld *'degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder'*. Artikel 2:208 lid 6 BW verklaart de leden 2 tot en met 4 van artikel 2:216 BW van overeenkomstige toepassing, zodat de (mede) beleidsbepaler ook aansprakelijk kan zijn voor het goedkeuren van aandeelhoudersbesluiten tot kapitaalvermindering op dezelfde wijze als voor besluiten tot winstuitkeringen.[16]

Hierna bespreek ik eerst de parlementaire geschiedenis van de beide misbruikwetten. Daarbij beperk ik mij niet tot een bespreking van de passages die betrekking hebben op de (mede)beleidsbepaler, maar tracht ik juist ook een beeld te schetsen van de bedoeling die de wetgever met de invoering van deze wetten heeft gehad. Vervolgens ga ik in op de overwegingen die in de parlementaire geschiedenis van de artikelen 2:207, 208 en 216 BW aan de (mede)beleidsbepaler zijn gewijd. Ten slotte stel ik ook de parlementaire geschiedenis van artikel 106[17] en 106d[18] Fw aan de orde. In deze bepalingen is eveneens in een gelijkstelling voorzien. Weliswaar gaat het daar niet om aansprakelijkheid, maar valt de daarin bedoelde figuur wel onder de noemer van eigenlijk (mede)beleidsbepaler te scharen.

4.2.1.1 De feitelijk beleidsbepaler in de misbruikwetgeving

Voorafgaand aan de indiening van de wetsvoorstellen die tot voornoemde misbruikwetten hebben geleid, heeft het WODC in het kader van haar werkzaamheden voor de interdepartementale stuurgroep 'Misbruik en Oneigenlijk gebruik' een onderzoek uitgevoerd naar de aard, omvang en achtergrond van misbruik van rechtspersonen. In maart 1982 verscheen onder de titel 'Faillissementen van besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid – een studie naar misbruik van rechtspersonen' een interim verslag met de bevindingen van een analyse van bijna 1.000 faillissementsdossiers.

14 *Stb.* 2012, 301.
15 Zie daarover paragraaf 3.4.
16 In artikel 2:207 BW gaat het om een bestuursbesluit; in de artikelen 2:208 en 2:216 BW gaat het om een besluit van de aandeelhoudersvergadering, waaraan het bestuur zijn goedkeuring moet verlenen.
17 Art. 106 Fw bepaalt op welke functionarissen de inlichtingen-, medewerkings- en afgifteverplichtingen rusten en wie voor de schending hiervan in verzekerde bewaring kunnen worden gesteld, wanneer de gefailleerde een rechtspersoon is.
18 Art. 106d Fw voorziet erin dat de bepalingen omtrent de oplegging van een bestuursverbod (art. 106a tot en met 106c Fw) ook op de (mede)beleidsbepaler van toepassing zijn.

De onderzoekers erkenden dat het geven van een definitie van misbruik pretentieus zou zijn, maar formuleerden desalniettemin voor zichzelf een werkdefinitie: *'Van misbruik van een rechtspersoon is sprake, als door de keuze voor een rechtspersoonlijkheidsvorm, en/of door de wijze waarop van de rechtspersoon gebruik wordt gemaakt, met opzet – of met een onverantwoordelijkheid die grenst aan opzet – de belangen van crediteuren worden geschonden.'*[19]

Naast opzet werd ook onverantwoord handelen als misbruik gekwalificeerd, aangezien niet alleen kwalijk, maar ook – zeer – laakbaar gedrag in de term misbruik moest worden gelezen. Hoewel natuurlijke personen handelen door middel van de rechtspersoon, zijn aan het misbruik voor de natuurlijke persoon slechts beperkte gevolgen verbonden.[20] Dat bij misbruik benadeling van schuldeisers door onoorbaar of onjuist handelen centraal staat, werd destijds algemeen aanvaard.[21] Ook in het eindverslag werd nog getracht een nadere inhoud te geven aan het begrip misbruik. Daarbij werd een tweetal vormen onderscheiden, te weten (i) het gebruiken van een rechtspersoon met het oogmerk van benadeling van anderen (veelal schuldeisers): *malafide of frauduleus handelen*; en (ii) het onverantwoordelijk omspringen met de rechten en bevoegdheden die aan rechtspersoonlijkheid kleven: *onverantwoordelijk handelen*. Ten aanzien van deze laatste vorm werd opgemerkt dat voorzichtig moest worden omgesprongen met het concluderen tot misbruik.[22]

Misbruik van rechtspersoonlijkheid komt zo bezien neer op het met malafide oogmerken of op onverantwoordelijke wijze gebruikmaken van de beperking van de persoonlijke aansprakelijkheid die de rechtspersoonlijkheid met zich brengt. In de malafide misbruikvariant wordt met opzet zo gehandeld dat schuldeisers onbetaald blijven, terwijl de natuurlijk personen achter de rechtspersoon met de winst strijken. Bij onverantwoordelijk gebruik wordt, doordat men te lichtvaardig omspringt met de belangen van schuldeisers, het risico van het ondernemerschap afgewenteld op de schuldeisers. Hierbij is niet relevant of de natuurlijke personen achter de rechtspersoon daardoor worden bevoordeeld.[23]

Bij de behandeling van de misbruikwetten had de wetgever een ruime visie op hetgeen onder misbruik moest worden verstaan. In ieder geval viel daaronder de opzettelijke benadeling van schuldeisers, ongeacht of sprake is geweest van persoonlijk bevoordeling van aandeelhouders of bestuurders.[24] Misbruik werd gekenschetst als 'door het recht niet te tolereren gedrag van natuurlijke personen achter de

19 Interimrapport WODC 1982, p. 4.
20 Interimrapport WODC 1982, p. 4.
21 Interimrapport WODC 1982, p. 11.
22 Eindrapport WODC 1983, p. 6.
23 Eindrapport WODC 1983, p. 6.
24 Zie o.a. *Kamerstukken II* 1981/82, 16 530, nr. 7, p. 17 (MvA).

rechtspersoon dat hen het voorrecht van beperking van aansprakelijkheid doet verliezen'.[25] Anders dan de WODC-onderzoekers, formuleerde de wetgever uitdrukkelijk geen definitie van het begrip om het zodoende verder tot ontwikkeling te laten komen en starheid in het rechtssysteem te voorkomen.[26]

4.2.1.2 Tweede Misbruikwet (WBA)

De Tweede Misbruikwet concentreert zich op het misbruik dat erin bestaat om bepaalde schulden, namelijk sociale premies en belastingen, opzettelijk stelselmatig niet te voldoen.[27] Meer in het bijzonder beoogde de wetgever te voorkomen dat personen zich achter de dekking van beperkte aansprakelijkheid blijvend aan de nakoming van deze verplichtingen konden onttrekken.[28] Het laten ontstaan van deze schulden heeft de wetgever gezien als onverantwoordelijk handelen. De aansprakelijkheid van bestuurders moest het verzuim om deze verplichtingen te voldoen, onaantrekkelijk maken.[29] Uitdrukkelijk overwoog de wetgever dat deze schulden zich onderscheiden van schulden die uit privaatrechtelijke betrekkingen voortvloeien. De schuldeisers die in dit verband worden benadeeld, handelen immers uit een publiekrechtelijke plicht, kunnen hun schuldenaren niet uitkiezen en hebben niet de mogelijkheid om zekerheden te bedingen.[30] Juist deze redenen rechtvaardigden de doorbraak van aansprakelijkheid.

De wetgever heeft een doelmatige en preventief werkende regeling beoogd, die bestuurders ertoe moet aanzetten er voortdurend op bedacht te zijn dat de betreffende schulden voorrang hebben en om gelden beschikbaar te houden ter voldoening van deze schulden.[31] De bestuurders worden gedwongen zich tijdig rekenschap te geven van de financiële situatie van de rechtspersoon.[32] Bonafide bestuurders hebben niets van de Tweede Misbruikwet te duchten, zo werd gesteld.[33] De misbruikwetgeving beoogt in algemene zin enkel *kennelijk onbehoorlijk bestuur* te sanctioneren.[34] Bij de behandeling van de WBA ging de wetgever ervan uit dat het voor de onverantwoordelijke bestuurder, de misbruiker, veelal onmogelijk zou zijn om op correcte wijze aan de geïntroduceerde meldingsplicht bij betalingsonmacht te voldoen. De werkelijke misbruikers plegen immers niet over een behoorlijke bedrijfsadministratie te

25 *Kamerstukken I* 1985/86, 16 631, nr. 27b, p. 1 (MvA).
26 Zie o.a. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 13 (MvA).
27 *Kamerstukken II* 1981/82, 16 530, nr. 7, p. 1 (MvA).
28 *Kamerstukken II* 1981/82, 16 530, nr. 7, p. 25 (MvA).
29 *Kamerstukken II* 1981/82, 16 530, nr. 3, p. 4 (MvT).
30 *Kamerstukken II* 1981/82, 16 530, nr. 3 p. 2 (MvT).
31 *Kamerstukken II* 1981/82, 16 530, nr. 3, p. 3 (MvT).
32 *Kamerstukken II* 1981/82, 16 530, nr. 7, p. 22 (MvA).
33 *Kamerstukken II* 1981/82, 16 530, nr. 7, p. 22 (MvA).
34 *Kamerstukken I* 1985/86, 16 530, nr. 26b, p. 7 (MvA)

beschikken,[35] althans steeds zal daaruit de malafiditeit blijken.[36] Het verzuim van de boekhoud- en registratieplicht speelt als zodanig in de WBA een minder uitdrukkelijke rol, doch vormt wel een omstandigheid die (mede) kan leiden tot bestuurdersaansprakelijkheid.[37]

De aansprakelijkheid van de (mede)beleidsbepaler werd vooral ingevoerd om te voorkomen dat een bestuurder een minder kapitaalkrachtige ander in zijn plaats als formele bestuurder laat optreden, terwijl hij zelf de touwtjes in handen blijft houden.[38] Bovendien werd gedacht aan grootaandeelhouders of anderen die in de vennootschap een machtspositie bekleden en onder omstandigheden als (mede)beleidsbepaler kunnen worden beschouwd. De zinsnede 'als ware hij bestuurder' heeft tegen deze achtergrond de betekenis dat de betreffende persoon zich *daadwerkelijk* als bestuurder moet hebben gedragen. Externe beleidsbepalers, wiens adviezen op het te voeren beleid van grote invloed kunnen zijn, blijven echter buiten schot. Het zijn namelijk de bestuurders die met het advies instemmen of het advies overnemen en uitvoeren, terwijl de verantwoordelijkheid daarvoor uitsluitend bij hen blijft rusten.[39] Een directie die de dagelijkse leiding heeft, maar geen deel uitmaakt van het bestuur, is evenmin aansprakelijk. Deze personen plegen immers onder de verantwoordelijkheid van het bestuur te handelen, zodat de verantwoordelijkheid voor het door deze personen gevoerde beleid eveneens bij de bestuurder(s) rust.[40] Meer algemeen kan uit de parlementaire behandeling worden afgeleid dat zij die onder de verantwoordelijkheid van het bestuur werken, niet als beleidsbepalers kwalificeren, voor zover zij binnen de grenzen van hun bevoegdheid hebben gehandeld.[41]

4.2.1.3 Derde Misbruikwet (WBF)

Ook de Derde Misbruikwet moest maatregelen bieden tegen misbruik van rechtspersonen, zij het vanuit privaatrechtelijk perspectief. Centraal daarbij stond met name de curator in faillissement een sterkere positie te geven tegenover bestuurders van NV's en BV's. De curator moest gemakkelijker een bestuurder, die door *verwaarlozing* van zijn taak het faillissement in de hand had gewerkt, kunnen aanspreken. Daarnaast moest ook de bestuurder van een rechtspersoon-bestuurder aansprakelijk gehouden kunnen worden (vgl. art. 2:11 BW).[42] De strekking van de Derde Misbruikwet is erin gelegen dat bestuurders zich minder gemakkelijk achter de

35 *Kamerstukken II* 1981/82, 16 530, nr. 3, p. 14 (MvT).
36 *Kamerstukken I* 1985/86, 16 530, nr. 26b, p. 3 (MvA).
37 Vgl. *Kamerstukken I* 1985/86, 16 530, nr. 26b, p. 7 (MvA)
38 *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 18 (MvT).
39 *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 18 (MvT).
40 *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 47 (MvA).
41 *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 40 en 50 (MvA).
42 *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 1 (MvT).

rechtspersoonlijkheid kunnen verschuilen, wanneer *benadeling van crediteuren* het gevolg is van slecht of onbehoorlijk bestuur.[43] De bescherming die rechtspersoonlijkheid biedt, bergt de verleiding in zich dat men zich in het zakenleven stort zonder deugdelijke financiële opzet: 'het risico van mislukking rust toch grotendeels op de schuldeisers.'[44] Met het wetsontwerp werd gestreefd naar een doelmatige en praktische aanpak van de misbruikproblematiek en naar evenredigheid tussen de maatregelen en de te bestrijden misstanden.[45] Eén van de redenen waarom het oude artikel 2:138 (248) BW als ineffectief te boek stond, was dat de curator een haast onvervulbare bewijslast had, terwijl bovendien niet altijd zicht bestond op de verhaalsmogelijkheden bij de bestuurder. Dat was met name het geval wanneer onvermogende bestuurders als stromannen naar voren waren geschoven, terwijl de wel vermogende, feitelijke *machthebbers* in de vennootschap buiten schot bleven.[46]

Met de invoering van lid 7 werd getracht het effect van de bepaling tegen misbruik te verhogen. Het moest onmogelijk worden gemaakt voor de werkelijke bestuurders om zich aan aansprakelijkheid te onttrekken; het plaatsen van strolieden moest zinloos worden. Niet werd beoogd om diegenen aansprakelijk te stellen, die weliswaar op het beleid van het bestuur een sterke of zelfs beslissende invloed kunnen hebben, doch die niet daadwerkelijk de bestuurstaak uitoefenen.[47] Waar het juist om gaat is dat een (mede)beleidsbepaler het materiële bestuursbeleid bepaalt en zich daarbij gedraagt alsof hij zelf bestuurder is.[48] De toepassing van lid 7 hangt nauw samen met de feitelijke verhoudingen in en rond de vennootschap en kan betrekking hebben op zeer uiteenlopende omstandigheden.[49] Een ruime uitleg van de term beleid vond de wetgever daarom geboden, in die zin dat niet alleen een uit een reeks van bestuurshandelingen volgende vaste gedragslijn daaronder is te begrijpen, doch onder omstandigheden ook een bepaald, van een vergaand gebrek aan verantwoordelijkheidsbesef of zelfs malafide intentie getuigend bestuursbesluit.[50] De beoogde ruime reikwijdte noopte de wetgever tot een bewuste keuze voor een open norm, die aan de hand van concrete gevallen in de praktijk inhoud kan krijgen.[51]

43 *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 2 (MvT); *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 21 (MvA).
44 *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 9 (MvT).
45 *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 2 (MvT).
46 *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 3 (MvT); *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 26 en 31 (MvA).
47 Bijvoorbeeld adviseurs en kredietverleners die bepaalde voorwaarden stellen.
48 *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 20 (MvA).
49 Vgl. *Handelingen II* 29 augustus 1985, nr. 101, p. 6343.
50 *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 24 (MvA).
51 *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 19 en 42 (MvA).

Een tekstanalyse van de bepaling laat zien dat voor de toepassing ervan is vereist dat:
a) iemand die geen bestuurder is het beleid van de rechtspersoon heeft bepaald of mede heeft bepaald; en
b) dat die persoon daarbij heeft gehandeld als ware hij bestuurder.

De zinsnede *als ware hij bestuurder* drukt in dit verband uit dat, zoals ook bij de behandeling van de WBA werd onderstreept, (mede)beleidsbepalers alleen aansprakelijk kunnen worden gesteld indien zij de bestuurstaak daadwerkelijk hebben uitgeoefend.[52] Volgens de minister moet er enerzijds sprake zijn van een directe bemoeienis met het bestuur en anderzijds een feitelijke terzijdestelling van het formele bestuur, wil er sprake zijn van een beleidsbepaler als ware hij bestuurder. Wordt gewerkt binnen de toegekende bevoegdheid, dan kan van beleidsbepaling geen sprake zijn. Blijkt evenwel dat in feite geen ondergeschikte rol wordt vervuld, maar dat daadwerkelijk en met terzijdestelling van de formele bestuurder(s) sprake is van rechtstreekse bemoeienis met de beleidsbepaling en wordt zodoende de bestuursmacht aangetrokken, die niet krachtens een bevoegdheid is toegekend, dan kan er sprake zijn van een 'beleidsbepalen als ware hij bestuurder'.[53]

Daarnaast dient de toevoeging *als ware hij bestuurder* om een zekere grens te trekken tussen personen binnen de vennootschap (de onderneming) die in feite de bestuurstaak uitoefenen ook al zijn zij geen formele bestuurders, en anderen die weliswaar op het te voeren beleid invloed kunnen hebben, maar die buiten de vennootschap (de onderneming) staan.[54] Indien het bestuur zich aan voorwaarden (bij bijvoorbeeld kredietverlening), adviezen of aanwijzingen gelegen laat liggen en daarnaar handelt, dan handelt het bestuur en niet de kredietinstelling of de externe adviseur. Wanneer een orgaan van de vennootschap of meer in het algemeen een bij de vennootschap betrokken persoon handelt binnen de grenzen van zijn (wettelijke of statutaire) bevoegdheid, handelt diegene niet als bestuurder. Hieruit blijkt een zekere primaire verantwoordelijkheid van de formele bestuurders, die ook in de parlementaire geschiedenis van de WBA doorklinkt. Wanneer echter, met gebruikmaking van de feitelijke machtspositie in de vennootschap, de lakens worden uitgedeeld, de bestuursmacht wordt aangetrokken en de eigen wil aan formele bestuurders wordt opgelegd, kan diegene worden aangemerkt als beleidsbepaler.[55] Dat geldt ook voor personen buiten de vennootschap, indien de positie van buitenstaander wordt verlaten en de bestuurstaak in feite wordt overgenomen.[56] Gedacht kan worden aan gebruikmaking van de positie om, met overschrijding van de grenzen van de opdracht of dienstverlening, het heft in handen te nemen en te gaan optreden als beleidsbepaler.[57]

---

52 *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 6 (MvT).
53 *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 23-24 (MvA).
54 *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 23 (MvA).
55 *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 19 en 23 (MvA); *Kamerstukken I* 1985/86, 16 631, nr. 27b, p. 18 (MvA).
56 *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 24 (MvA).
57 *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 43 (MvA).

Ten slotte heeft de wetgever met de toevoeging *als ware hij bestuurder* beoogd een onbedoeld ruime uitleg, die mogelijk aan de bepaling zou kunnen worden gegeven, te voorkomen.[58] Voor aansprakelijkheid van hen die op een andere wijze invloed op het bestuur uitoefenen, of zelfs ten aanzien van het bestuur een zekere feitelijke machtspositie innemen, is alleen dan ruimte, indien zij als het ware op de plaats van de bestuurders zijn gaan zitten. Hun handelen onderscheidt zich dan in weinig meer van dat van de formele bestuurders; er is alleen het verschil, dat zij geen bestuurders zijn. In ieder geval ziet lid 7 niet op personen die – bevoegdelijk of puur feitelijk – op de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een actief dominerende invloed hebben gehad, omdat daarmee juist een te ruime kring van personen onder het begrip beleidsbepaler zou worden gebracht.[59]

4.2.1.4 Wet Flex-BV

Aan de introductie van de (mede)beleidsbepaler in de artikelen 2:207, 208 en 216 BW zijn in de parlementaire geschiedenis veel minder woorden gewijd. Wel blijkt daaruit een opvallend verschil tussen deze 'nieuwe' aansprakelijkheidsregels ten opzichte van artikel 2:248 (138) BW. De wetgever koos namelijk niet voor een regeling van *externe* aansprakelijkheid, maar zocht aansluiting bij de *interne* aansprakelijkheidsregeling van bestuurders in artikel 2:9 BW.[60] Voor de toepassing van deze aansprakelijkheidsregels is daarom ook de rechtspraak met betrekking tot artikel 2:9 BW relevant en geldt onder meer het 'ernstig verwijt'-vereiste.[61]

Slechts ten aanzien van artikel 2:216 lid 4 BW gaat de wetgever (kort) in op de positie van de (mede)beleidsbepaler. De wetgever overweegt dat verwacht mag worden dat men in de praktijk zal zoeken naar mogelijkheden om de wettelijke regels te omzeilen en dat ondernemers die zich niet bekommeren om de belangen van crediteuren zich onder de nieuwe regeling vermoedelijk gaan richten op het omzeilen van de aansprakelijkheidsregels. Hierbij kan dan in het bijzonder worden gedacht aan de benoeming van een stroman als bestuurder, in welk verband wordt verwezen naar artikel 2:248 lid 7 BW. De wetgever heeft deze bepaling geschikt geacht om ook in het kader van aansprakelijkheid bij uitkeringen aan aandeelhouders te worden toegepast. Indien ten laste van het vennootschapsvermogen uitkeringen worden gedaan aan aandeelhouders en daarbij onvoldoende rekening wordt gehouden met de liquiditeitspositie van de vennootschap, kan dus ook de (mede)beleidsbepaler aansprakelijk worden gesteld op grond van artikel 216 lid 3. De (mede)beleidsbepaler kan degene zijn die zich bedient van een stroman als formeel bestuurder, maar het

58 *Kamerstukken I* 1985/86, 16 631, nr. 27b, p. 20 (MvA).
59 *Kamerstukken I* 1985/86, 16 631, nr. 27b, p. 21 (MvA).
60 *Kamerstukken I* 2011/12, 31 058, nr. E, p. 9 (NMvA)
61 Zie HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 (*Staleman/Van de Ven*) en over de bestuurstaak als bedoeld in artikel 2:216 BW in dit verband *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 32 (MvT).

kan ook gaan om andere gevallen waarin bijvoorbeeld aandeelhouders of commissarissen zich zodanig intensief met het beleid bemoeien dat zij zich gedragen als ware zij bestuurder.[62]

Naar aanleiding het wetsvoorstel vroegen de leden van de SP-fractie of de (mede) beleidsbepaler ook voor de toepassing van het tweede lid gelijkgesteld moet worden met een bestuurder, omdat de (mede)beleidsbepaler in de voorgestelde regeling wel hoofdelijk verbonden kan zijn, terwijl hij niet mede heeft moeten instemmen met de goedkeuring van het uitkeringsbesluit.[63] Een dergelijke gelijkstelling zou volgens de minister geen toegevoegde waarde hebben, omdat het stellen van de eis dat de (mede)beleidsbepaler heeft deelgenomen aan de besluitvorming in het bestuur zou betekenen dat de in lid 4 geregelde aansprakelijkheid niet zou kunnen intreden. Lid 4 richt zich namelijk op personen die zonder dat zij formeel bestuurder zijn, feitelijk het beleid en de gang van zaken in de vennootschap bepalen of mede bepalen. Deze personen nemen dus niet formeel deel aan de besluitvorming over de goedkeuring van een uitkering, maar bepalen wel op informele wijze geheel of gedeeltelijk de uitkomst van die besluitvorming. Daarbij is evenals voor formele bestuurders bepalend of de (mede)beleidsbepaler wist of redelijkerwijs behoorde te weten dat de vennootschap door de uitkering in financiële problemen zou komen.[64]

4.2.1.5 Faillissementswet

Ten slotte de bepalingen 106 en 106d Fw. In de terminologie van de Faillissementswet wordt steevast het begrip ‘gefailleerde’ gebruikt om de natuurlijk persoon of rechtspersoon aan te duiden wiens faillissement is uitgesproken. De bepaling voorziet in de leemte die bij faillissement van een rechtspersoon ontstaat, doordat feitelijk niemand aansprakelijk is voor de op de gefailleerde rustende verplichtingen. Het eerste lid benoemt de functionarissen die gehouden zijn tot de inlichtingen-, medewerkings- en afgifteverplichtingen en wie voor de schending hiervan in verzekerde bewaring kunnen worden gesteld. Kortheidshalve spreek ik hierna van de inlichtingenplicht. Artikel 106 Fw is per 1 juli 2017 gewijzigd door de Wet versterking positie curator.[65] Lid 2 aanhef en onder b stelt voor de toepassing van artikel 106 Fw de (mede)beleidsbepaler op een lijn met de in het eerste lid genoemde bestuurder. De bepaling is ten aanzien van (mede)beleidsbepalers van toepassing in faillissementen die na 1 juli 2017 zijn uitgesproken. Artikel 106d Fw voorziet erin dat de bepalingen omtrent de oplegging van een bestuursverbod (106a tot en met 106c Fw) ook op de (mede)beleidsbepaler van toepassing zijn. Het artikel is ingevoerd in het kader van

62 *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 74 (MvT).
63 Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 31 058, nr. 5, p. 15-16.
64 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 058, nr. 6, p. 50 (NnavV).
65 *Stb.* 2017, 176.

de Wet civielrechtelijk bestuursverbod, is op 1 juli 2016 in werking getreden en kan worden toegepast in faillissementen die na deze datum zijn uitgesproken.[66]

Vóór de wijziging van artikel 106 Fw werd in de rechtspraak al wel eens aangenomen dat de inlichtingenplicht ook op de (mede)beleidsbepaler rustte.[67] De bepaling voorzag daar strikt genomen niet in. De wetgever acht het echter in het belang van de versterking van de informatiepositie van de curator dat hij bij zo veel mogelijk betrokkenen de benodigde inlichtingen kan halen ten behoeve van het beheer en de vereffening van de boedel.[68] Tot die kring van betrokkenen wordt ook de (mede) beleidsbepaler gerekend. De gelijkschakeling sluit aan bij artikel 2:248 (138) lid 7 BW en artikel 106d Fw. In de parlementaire geschiedenis wordt slechts opgemerkt dat met de bepaling wordt getracht te voorkomen dat iemand zich aan de inlichtingenplicht kan onttrekken door zich te verschuilen achter een of meer rechtspersonen of vennootschappen.[69] Of de bepaling veel zal worden toegepast, valt mijns inziens nog te bezien. Een succesvolle toepassing van de inlichtingenplicht vereist immers dat éérst kwalificatie als beleidsbepaler zal moeten slagen. Stel de curator wenst een dergelijk persoon te laten verhoren, dan zal de rechter-commissaris voordat hij tot oproeping voor verhoor overgaat, moeten beoordelen of de desbetreffende persoon als zodanig kwalificeert. De Kloe en Aldana merken terecht op dat de curator veelal pas nadat de inlichtingen zijn verstrekt, aannemelijk zal kunnen maken dat de desbetreffende persoon als zodanig kwalificeert.[70] Bovendien rijst hier de vraag of het oordeel van de rechter-commissaris meer als een voorlopig oordeel moet worden beschouwd, dan een bindende beslissing over de hoedanigheid van de opgeroepen persoon. Mijns inziens leent deze relatief eenvoudige procedure, met een enkele beroepsmogelijkheid bij de rechtbank, zich in ieder geval niet voor een definitief oordeel met betrekking tot de kwalificatie als (mede)beleidsbepaler. Ik meen dan ook dat (i) de curator slechts aannemelijk zou hoeven te maken dat de persoon die hij wenst te laten verhoren als (mede)beleidsbepaler is aan te merken,[71] terwijl (ii) het oordeel van de rechter-commissaris dienaangaande slechts een voorlopig karakter heeft. In een eventuele aansprakelijkheidsprocedure kan dit oordeel weliswaar worden betrokken in de beoordeling, maar dient de rechter uiteindelijk zelfstandig tot een afweging te komen.

66 *Stb.* 2016, 205.
67 Rb. 's-Hertogenbosch 9 september 1981, *NJ* 1982, 131; Rb. Amsterdam 17 november 1982, *NJ* 1984, 132.
68 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 253, nr. 3, p. 23 (MvT).
69 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 253, nr. 3, p. 24 (MvT).
70 De Kloe & Aldana 2018, p. 53.
71 Evenzo De Kloe & Aldana 2018, p. 53.

Artikel 106d Fw is geheel nieuw en stelt de (mede)beleidsbepaler gelijk met de bestuurder, zodat ook hem en niet alleen zijn stroman een bestuursverbod kan worden opgelegd.[72] Naast deze gelijkschakeling voorziet de bepaling erin dat een bestuursverbod kan meebrengen dat iemand ook geen feitelijk bestuurder kan worden, aldus de wetgever. De bedoeling hiervan is dat moet worden voorkomen dat iemand met een bestuursverbod feitelijk leiding gaat geven aan een rechtspersoon.[73] De in artikel 106b lid 5 bedoelde dwangsom kan voor dergelijke gevallen uitkomst bieden.[74] Deze gedachte bevreemdt mij enigszins en overigens lees ik deze ook niet terug in de consultatiedocumenten, zoals de wetgever oppert. Wordt een bestuursverbod aan een (mede)beleidsbepaler opgelegd, dan zou hij dus niet meer als (mede) beleidsbepaler van een andere rechtspersoon kunnen fungeren. Tot zo ver is het nog logisch. Echter, om te kunnen vaststellen of de betreffende (mede)beleidsbepaler elders in strijd met het opgelegde bestuursverbod handelt, zal mijns inziens wederom moeten komen vast te staan dat bij die andere rechtspersoon als (mede)beleidsbepaler wordt opgetreden, zodat alsdan kan worden geconcludeerd dat in strijd met het eerder opgelegde bestuursverbod wordt gehandeld.

Ook bij de parlementaire behandeling van artikel 106d Fw heeft de wetgever zich uitgelaten over de vraag wanneer sprake is van een (mede)beleidsbepaler. Beantwoording van die vraag gebeurt aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval. Onder meer kan als zodanig worden aangemerkt degene aan wie een bestuursverbod is opgelegd en die krachtens één of meer volmachten handelt als ware hij bestuurder. In het bijzonder denkt de wetgever aan het geval waarin een functionaris een algemene volmacht heeft verkregen waarin hij feitelijk dezelfde bevoegdheden krijgt als statutaire bestuurders.[75] Ook deze gedachte kan ik maar moeilijk plaatsen. Het vereiste *handelen als ware bestuurder* brengt immers mee, zoals ook uit de parlementaire behandeling van de WBA en WBF blijkt, dat de (mede) beleidsbepaler daadwerkelijk de bestuurstaak heeft uitgeoefend.[76] Het enkele feit dat daartoe de mogelijkheid wordt geboden krachtens volmacht, maakt nog niet dat daarvan sprake is. Bovendien is het enkele beschikken over een volmacht onvoldoende om van een (mede)beleidsbepaler te kunnen spreken.[77] Ten slotte is het mijns inziens niet mogelijk om de bestuursbevoegdheid volledig krachtens volmacht aan een derde over te dragen.[78] Overigens miskent de wetgever met deze opmerking het verschil tussen de bestuursbevoegdheid en de vertegenwoordigingsbevoegdheid.

72 *Kamerstukken II* 2013/14, 34 011, nr. 3, p. 29 (MvT); zie voor de vraag wat dit verbod inhoudt en de controle daarop Hanegraaf 2019a, p. 42-47.
73 Hierover ook Bulten & Kreileman 2016, p. 543.
74 *Kamerstukken II* 2013/14, 34 011, nr. 3, p. 30 (MvT).
75 *Kamerstukken II* 2013/14, 34 011, nr. 3, p. 30 (MvT).
76 Zie onder meer *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 6 (MvT).
77 Vgl. HR 17 november 2006, *RvdW* 2006, 1082 (*Bonbosch*).
78 Vgl. Rb. Gelderland 19 april 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:3273.

Het eerste betreft de bevoegdheid tot het nemen van beslissingen waarbij het ook om intern handelen gaat; het tweede ziet op het stellen van rechtshandelingen namens de rechtspersoon en heeft betrekking op extern handelen.[79] Een volmacht ziet slechts op rechtshandelingen.[80] Aangenomen wordt wel dat bestuurders voor de uitoefening van hun bevoegdheden in de bestuursvergadering slechts een volmacht kunnen verstrekken aan hun medebestuurders; volmachtverlening ter zake aan derden – waaronder de (mede)beleidsbepaler moet worden geschaard – wordt niet mogelijk geacht.[81] Ik acht het dan ook niet mogelijk dat een algemene volmacht kan worden verleend, waarbij feitelijk dezelfde bevoegdheden worden verkregen als statutaire bestuurders. Wellicht gebeurt dit regelmatig in de praktijk, maar daarmee is deze handelwijze rechtens nog niet juist.

Verder merkt de wetgever op dat een bestuursverbod geen verbod op aandeelhouderschap inhoudt. Het is daarentegen denkbaar dat een aandeelhouder feitelijk het beleid (mede) bepaalt. Daarbij is volgens de wetgever van belang hoe de uit de aandelen voortvloeiende zeggenschap wordt aangewend. Een enig aandeelhouder die het bestuur ontslaat en actief gebruikmaakt van zijn instructierecht zal in de ogen van de wetgever sneller als feitelijk beleidsbepaler worden aangemerkt dan een minderheidsaandeelhouder die zich niet actief inlaat met het beleid van het bestuur. In dit verband merkt de wetgever op dat door voldoende ruimte te laten voor aandeelhouderschap, maar tegelijk te impliceren dat dit in het individuele geval niet mag worden uitgeoefend op een wijze die ertoe leidt dat een opgelegd bestuursverbod wordt omzeild, op proportionele wijze een legitiem doel wordt gediend. Daarmee is een *fair balance* gevonden tussen algemene en individuele belangen en wordt recht gedaan aan artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM.[82] In feite zegt de wetgever hier dat de aandeelhouder moet oppassen met de wijze waarop hij de wettelijk toegekende bevoegdheden uitoefent. Ook deze opmerking kan ik niet plaatsen tegen de achtergrond van de WBA en WBF. Het gebruiken van de krachtens Boek 2 BW toegekende vennootschapsrechtelijke (zeggenschaps)bevoegdheden door aandeelhouders kwalificeert immers niet als (mede)beleidsbepaling. Met het uitoefenen van de wettelijke toegekende bevoegdheden an sich begeeft de aandeelhouder zich mijns inziens per definitie niet op het terrein van het bestuur. Pas wanneer de wettelijke bevoegdheden worden overschreden, de aandeelhouder de bestuursmacht naar zich toetrekt – dus daadwerkelijk de bestuurstaak uitoefent – en het bestuur zijn wil oplegt, kan de aandeelhouder als (mede)beleidsbepaler worden aangemerkt.[83]

79 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/193.
80 Artikel 3:60 BW.
81 Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/423; Asser/Rensen 2-III* 2012/138.
82 *Kamerstukken II* 2013/14, 34 011, nr. 3, p. 30 (MvT).
83 Zie onder meer *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 19 en 23 (MvA); *Kamerstukken I* 1985/86, 16 631, nr. 27b, p. 18 (MvA).

Ten slotte overweegt de wetgever dat ook een belangrijke adviseur (mede) beleidsbepaler in de zin van artikel 106d Fw kan zijn. Daartoe wordt verwezen naar het oordeel van de Ondernemingskamer dat een adviseur die door zijn adviezen een belangrijke invloed had op beslissingen van het bestuur, deelnam aan bestuursvergaderingen en werknemers aannam en ontsloeg, gelijk te stellen was aan een formeel bestuurder.[84] Ook hierbij dient mijns inziens de kanttekening te worden geplaatst dat een derde zoals een adviseur pas als (mede)beleidsbepaler kan worden aangemerkt wanneer de positie als buitenstaander wordt verlaten en de grenzen van de opdracht worden overschreden, waarbij de bestuurstaak in feite wordt overgenomen, althans naast en al dan niet in samenspraak met de formele bestuurders wordt uitgeoefend.[85]

4.2.2 Leidinggeven in het strafrecht

Bepalingen en definities omtrent het feitelijk leidinggeven aan rechtspersonen of andere entiteiten, kunnen ook buiten het civiele aansprakelijkheidsrecht worden gezocht. In het strafrecht heeft men lange tijd geworsteld met het daderschap van rechtspersonen en was van oudsher het uitgangspunt dat strafrechtelijke vervolging jegens de bestuurders werd ingesteld. Enkel het handelen van de natuurlijk persoon kon aanvankelijk onderwerp zijn van de strafvervolging. Inmiddels worden rechtspersonen ook in het strafrecht met natuurlijke personen gelijkgesteld. Artikel 51 Sr bepaalt dat strafbare feiten kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen (lid 1).[86] Naast de rechtspersoon kunnen nog steeds de leidinggevenden worden vervolgd.[87] Ingevolge het tweede lid kan de strafvervolging, indien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, worden ingesteld en kunnen de in de wet voorziene straffen en maatregelen, indien zij daarvoor in aanmerking komen, worden uitgesproken tegen die rechtspersoon, dan wel tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede tegen hen die feitelijk leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging of tegen de rechtspersoon en de opdrachtgever/feitelijk leidinggevende gezamenlijk.[88] Naast artikel 51 Sr bepaalt artikel 348a lid 1 Sr dat onder bestuurder van een rechtspersoon voor de toepassing van bepalingen omtrent de 'benadeling van schuldeisers of rechthebbenden' mede worden begrepen 'zij die feitelijk optreden als bestuurder van een rechtspersoon'.[89]

---

84 Hof Amsterdam (OK) 15 februari 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ1149, *JOR* 2013, 102, m.nt. Strik.

85 Zie onder meer *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 24 (MvA) en *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 43 (MvA).

86 *Stb.* 1976, 377.

87 Voor een beknopt historisch overzicht zie Doorenbos 2015, p. 305-307.

88 Deze bepaling is voor de bestuursrechtelijke handhaving van overeenkomstige toepassing, zie artikel 5:1 lid 3 Awb, zodat ook bestuurlijke sancties aan de in art. 51 Sr bedoelde (rechts)personen kunnen worden opgelegd.

89 *Stb.* 2016, 205; deze bepaling is ingevoerd ter gelegenheid van onder meer de wijziging van Sr met het oog op het verbeteren van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging, alsmede het voorkomen

De bepalingen 342, 343, 344a. 344b, 345 en 347 Sr in deze titel over gevallen van (faillisements)fraude richten zich mede rechtstreeks tot bestuurders (en commissarissen).[90]

4.2.2.1 Artikel 51 Sr

Om tot aansprakelijkheid van de in artikel 51 Sr bedoelde leidinggever te komen, moet eerst worden vastgesteld of de rechtspersoon een strafbaar feit heeft gepleegd. De strafvervolging van de leidinggever hoeft niet gelijktijdig met de vervolging van de rechtspersoon plaats te vinden. Bovendien kan de bepaling ook worden toegepast als vervolging van de rechtspersoon in het geheel niet plaatsvindt of niet meer mogelijk is.[91] In zoverre bestaat een parallel met de civiele aansprakelijkheid van bestuurders, met name op grond van artikel 6:162 BW, in welk verband eveneens wordt gesproken van secundair daderschap van de bestuurder en waarbij primair door/namens de rechtspersoon is gehandeld.[92] Bovendien is voor de individuele[93] civiele aansprakelijkheid vereist dat de betrokkene persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt, hetgeen impliceert dat in beginsel een directe betrokkenheid bij het schadeveroorzakend handelen is vereist. Een dergelijk vereiste ligt ook besloten in artikel 51 Sr, nu het daar moet gaan om feitelijk leidinggeven *aan* de verboden gedraging.[94] Er moet ten minste sprake zijn van enige persoonlijke betrokkenheid van – een te maken verwijt aan – de leidinggever bij het verboden gedrag.[95] Daarnaast bestaat ook een duidelijk verband met de aansprakelijkheid van de (mede) beleidsbepaler uit de WBF en WBA. Artikel 51 Sr beoogt namelijk óók degenen achter de schermen van de rechtspersoon te kunnen vervolgen en staat in het teken van opheffing van de *corporate veil*. Eventuele stromannen kunnen met toepassing van de bepaling worden vervolgd.[96]

---

van faillissementsfraude (herziening strafbaarstelling faillissementsfraude).

90 Men pleegt dergelijke bepalingen ook wel aan te duiden als *kwaliteitsdelicten*.

91 HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, *NJ* 2016, 375, m.nt. Wolswijk, *JOR* 2016, 195, m.nt. Kraaijeveld en Altena.

92 Zie nader paragraaf 4.3.1; zie echter Karapetian 2019, par. 3.5.3, die stelt dat in de strafrechtelijke doctrine wordt aangenomen dat de Hoge Raad de aansprakelijkheid van de feitelijke leidinggever niet beschouwt als een secundaire en als zodanig aanvullende vorm van aansprakelijkheid die afgeleid is uit de aansprakelijkheid van de rechtspersoon.

93 De op het collegialiteitsbeginsel gestoelde bestuurdersaansprakelijkheid stelt dit vereiste in beginsel juist niet; daar komt de persoonlijke bijdrage van de bestuurder/beleidsbepaler pas aan de orde in geval van individuele disculpatie.

94 Doorenbos 2015, p. 310; vgl. Bleichrodt 2017, p. 171.

95 Kelk 2016, p. 516 en 520; zie ook Karapetian 2019, par. 3.5.3.

96 Sackers, *Handboek Strafzaken*, nr. 101.3.2; vgl. Rb. Utrecht 4 mei 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BQ2579, *NJF* 2011, 354, waarin de strafrechtelijke kwalificatie als feitelijk leidinggever in twee instanties de rechtbank tot het oordeel leidde dat de gedaagde als feitelijk beleidsbepaler in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW kon worden aangemerkt.

In 2016 gaf de Hoge Raad op hoofdlijnen een overzicht met betrekking tot de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor feitelijk leidinggeven. Een nieuwe ontwikkeling was dat duidelijk werd dat ook rechtspersonen als feitelijk leidinggever strafrechtelijk kunnen worden vervolgd.[97] Bij de beoordeling van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de feitelijk leidinggever geldt als uitgangspunt dat uit de taalkundige betekenis van het begrip feitelijk leidinggeven enerzijds voortvloeit dat de enkele omstandigheid dat de verdachte bijvoorbeeld bestuurder van een rechtspersoon is, niet voldoende is om hem aan te merken als feitelijk leidinggever aan een door die rechtspersoon begaan strafbaar feit. Anderzijds is een dergelijke juridische positie geen vereiste, terwijl ook iemand die geen dienstverband heeft met de rechtspersoon feitelijk leidinggever kan zijn aan een door de rechtspersoon begaan strafbaar feit. Uitvoerders van bestuursbesluiten en personen die fysiek voor de rechtspersoon handelen, dan wel personen die de facto leidinggeven aan het uitvoeren van bestuursbesluiten en fysiek handelen kunnen als feitelijk leidinggever worden aangewezen.[98] Onder het strafrechtelijke begrip kunnen dus niet alleen bestuurders worden geschaard, maar bijvoorbeeld ook commissarissen, aandeelhouders, werknemers en zelfs opdrachtnemers van de rechtspersoon. De sturende rol bij de verboden gedraging en de feitelijke situatie zijn daarvoor bepalend, terwijl een leidinggevende positie binnen de rechtspersoon niet is vereist.[99]

Feitelijk leidinggeven zal vaak bestaan, zo overweegt de Hoge Raad, uit actief en effectief gedrag dat onmiskenbaar binnen de gewone betekenis van het begrip valt. Van feitelijk leidinggeven kan verder sprake zijn indien de verboden gedraging het onvermijdelijke gevolg is van het algemene, door de verdachte (bijvoorbeeld als bestuurder) gevoerde beleid. Ook kan worden gedacht aan het leveren van een zodanige bijdrage aan een complex van gedragingen dat heeft geleid tot de verboden gedraging en het daarbij nemen van een zodanig initiatief dat de verdachte geacht moet worden aan die verboden gedraging feitelijke leiding te hebben gegeven. Volgens Kraaijeveld en Altene kan dat 'complex van gedragingen' ruim worden uitgelegd en kan dat mede een nalaten omvatten.[100] Onder omstandigheden kan ook een meer passieve rol tot het oordeel leiden dat een verboden gedraging daardoor zodanig is bevorderd dat van feitelijk leidinggeven kan worden gesproken. Dat kan in het bijzonder het geval zijn bij de verdachte die bevoegd en redelijkerwijs gehouden is maatregelen te treffen ter voorkoming of beëindiging van verboden gedragingen en die zulke maatregelen achterwege laat. Met 'bevoegdheid' wordt hier gedoeld op feitelijke beschikkingsmacht of zeggenschap.[101] Wanneer slechts sprake

97 Vgl. in dit verband artikel 2:11 BW; over de onzekerheid op dit punt voorafgaande aan dit arrest Doorenbos 2015, p. 311.
98 Torringa 1984, p. 112.
99 Sackers, *Handboek Strafzaken*, nr. 101.3.
100 Zie hun noot bij het arrest in *JOR* 2016, 195.
101 Kelk 2016, p. 519.

is van een passieve betrokkenheid zal in de regel van enige zorgplicht van de betreffende leidinggever moeten blijken, op grond waarvan de leidinggever redelijkerwijs gehouden was om maatregelen te treffen.[102] In feitelijk leidinggeven ligt ten slotte een zelfstandig opzetvereiste op de verboden gedraging besloten. Voor dit opzet van de leidinggever geldt als ondergrens dat hij bewust de *aanmerkelijke kans* aanvaardt dat de verboden gedraging zich zal voordoen. In dit vereiste ligt de strafrechtelijke variant van wetenschap besloten. Daarvan is sprake wanneer de leidinggevende in het algemeen op de hoogte is van strafbaar handelen in het bedrijf en de ten laste gelegde feiten daarmee rechtstreeks verband houden.[103] Deze voorwaardelijke opzet brengt zodoende met zich dat ook de verdachte die in algemene zin weet wat er speelt, maar niettemin doet alsof er niets aan de hand is, eveneens kan worden vervolgd.[104] In dat geval zal wel moeten komen vast te staan dat de verdachte gelet op zijn positie bevoegd en redelijkerwijs gehouden was om in te grijpen.[105]

De hiervoor genoemde (strafrechtelijke) zorgplicht vormt een centraal thema in het proefschrift van Hornman.[106] Zijns inziens is de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de leidinggevende uiteindelijk gebaseerd op drie elementen, namelijk zeggenschap, (aanwezige of verwijtbaar ontbrekende) kennis en zorgplicht. De combinatie van kennis en zeggenschap doet de zorgplicht ontstaan of activeert en concretiseert deze.[107] Binnen deze drie-eenheid stelt hij dat zeggenschap de basis voor aansprakelijkheid vormt, het probleem is gelegen in kennis en de oplossing wordt gezocht in de zorgplicht.[108] Bij voornoemd kennisvereiste staat centraal of de verdachte als materiële 'dader achter de dader' de feitelijke delictshandelingen van een ander rechtssubject door actieve sturing dan wel door ogenschijnlijk toestaan heeft bewerkstelligd of bevorderd, aldus Hornman.[109]

Een vergelijking met het civielrechtelijk vereiste voor bestuurdersaansprakelijkheid, inhoudend dat de betrokkene het handelen heeft bewerkstelligd of toegelaten,[110] laat zich hier maken. Ook de vereiste mate van bewustheid van het betreffende handelen is tot op zekere hoogte vergelijkbaar, zij het dat voor de civielrechtelijke aansprakelijkheid ook het objectieve 'behoren te weten dat' onder omstandigheden voldoende kan zijn. In strafrechtelijke zin wordt daarentegen de nadruk gelegd op het subjectieve bewustzijn van de betrokkene. Het feit dat de Hoge Raad een voorwaardelijk opzet voldoende acht, verlaagt de lat echter en brengt de civielrechtelijke en

102 Kelk 2016, p. 519.
103 Kelk 2016, p. 519, die spreekt van 'malversaties'.
104 Sackers, *Handboek Strafzaken*, nr. 101.3.2.
105 Vgl. *Handelingen II* 1975/76, 13 655, nr. 5, p. 2; zie ook Karapetian 2019, par. 3.5.3.
106 Hornman 2016.
107 Hornman 2016, p. 82.
108 Hornman 2016, p. 465.
109 Hornman 2016, p. 469.
110 HR 19 februari 2000, *NJ* 2000, 295, m.nt. Maeijer (*New Holland Belgium/Oosterhof*).

strafrechtelijke aansprakelijkheid mijns inziens nader tot elkaar. Voorwaardelijk opzet is immers het meest verwijderd van de zuivere betekenis van het begrip 'opzet' en komt als zodanig dicht in de buurt van hetgeen in het civiele recht als objectief wordt beschouwd. Het vereist enig besef van de mogelijkheid dat een bepaald ongewenst gevolg zou intreden door het handelen, terwijl dat gevolg niettemin voor lief wordt genomen. Dat geldt te meer wanneer men bedenkt dat civiele aansprakelijkheid vereist dat de betrokkene weet of redelijkerwijs behoort te weten dat verplichtingen niet zullen worden nagekomen met schade en uiteindelijk benadeling tot gevolg. De hier bedoelde convergentie is goed terug te zien in de gedachtegang van Hornman. Doorenbos wijst evenwel op een duidelijk verschil tussen het civiele recht en het strafrecht.[111] Civielrechtelijk is vooral relevant dat er schade is (toegebracht). Onrechtmatig handelen of tekortschieten dat geen schade tot gevolg heeft, leidt civielrechtelijk niet tot een vergoedingsplicht. De nadruk ligt op het vergoeden van schade die niet voor eigen rekening van de benadeelde behoort te blijven. Strafrechtelijk staat daarentegen juist het strafbare karakter van het handelen centraal, de onrechtmatigheid. Waar voor een strafrechtelijke veroordeling in beginsel voldoende is dat strafbaar is gehandeld, vereist het civiele recht – waar de schending van een wettelijke plicht als onrechtmatig handelen kwalificeert – dat er schade is geleden én dat sprake is van een causaal verband tussen gedraging en schade. Bezien vanuit dit perspectief is voor civiele aansprakelijkheid dus méér vereist dan voor een strafrechtelijke veroordeling. Dit verschil in benadering verklaart waarom civielrechtelijke en strafrechtelijke aansprakelijkheid niet volledig op elkaar aansluiten. Dat laat echter onverlet dat strafrechtelijke gezichtspunten met betrekking tot het feitelijk leidinggeven waardevolle aanknopingspunten kunnen bieden voor de civielrechtelijke aansprakelijkheid van (mede)beleidsbepalers.

4.2.2.2 Artikel 348a Sr

Artikel 348a Sr werd ingevoerd in het kader van de versterking van het aanpakken van faillissementsfraude.[112] Het begrip 'bestuurder' had in strafrechtelijke zin al een meer uitgebreide betekenis dan het enkel zijn van formeel bestuurder.[113] Van een bestuurder kan ook sprake zijn wanneer uit de feiten blijkt dat de verdachte zich zowel binnen als buiten de vennootschap materieel heeft gedragen als bestuurder, dus zonder in enig opzicht afhankelijk te zijn van instructies of aanwijzingen van anderen.[114] De wetgever heeft dit met de invoering van artikel 348a Sr willen verduidelijken. Ook degenen die feitelijk, zonder officiële functie als bestuurder de

111 Doorenbos 2015, p. 314-316.
112 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 994, nr. 3, p. 1 (MvT).
113 HR 3 december 1974, *NJ* 1975, 229, m.nt. Wachter; Rb. Rotterdam 16 mei 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:4080.
114 Zie Wachter in zijn noot in *NJ* 1975, 229; zie ook A-G Hofstee in ECLI:NL:PHR:2019:229 bij HR 23 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:673 (afgedaan met toepassing van artikel 81 RO).

rechtspersoon besturen, kunnen gelden als bestuurder. Daarvoor is onder meer bepalend of de betreffende persoon het beleid van de rechtspersoon heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder.[115] Hoewel de wetgever hier letterlijk aansluit bij de formulering zoals opgenomen in de WBA- en WBF-bepalingen, waardoor convergentie in de hand wordt gewerkt,[116] lijkt de wetgever voor het strafrecht een ruimere betekenis van deze gelijkschakeling voor te staan door de woorden *'onder meer'* te gebruiken.

Helaas wordt in de parlementaire geschiedenis geen verdere aandacht aan deze bepaling besteed. Uit de nog te verschijnen rechtspraak zal moeten blijken in hoeverre de in artikel 348a Sr bedoelde beleidsbepaler overeenkomsten met de WBA en WBF beleidsbepaler vertoont.[117] Verheul meent in ieder geval dat het zonder in enig opzicht afhankelijk zijn van instructies of aanwijzingen van anderen een te beperkte uitleg van artikel 348a Sr behelst.[118] Ik sluit mij daarbij graag aan. Een dergelijk vereiste heeft veel weg van de *feitelijke terzijdestelling* die in de parlementaire geschiedenis van de 2:248 lid 7 BW aan de orde komt. In het verleden is dit vereiste bij de civielrechtelijke aansprakelijkheid van (mede)beleidsbepalers gesteld in zowel rechtspraak als literatuur.[119] Mijns inziens onterecht, nu uit de bewoording van de bepaling al blijkt dat een algeheel terzijde stellen van het formele bestuur niet vereist kan zijn. Als bestuurder wordt immers ook aangeduid degene die het beleid heeft *mede* bepaald, hetgeen impliceert dat er samen met het formele bestuurder is opgetreden.[120] Convergentie met de WBA en WBF bepalingen ligt bovenal in de rede nu de wetgever heeft beoogd om de strafrechtelijke vervolging van faillissementsfraude zo veel mogelijk te laten aansluiten bij de civielrechtelijke aansprakelijkheid door de normen uit beide rechtsgebieden op elkaar af te stemmen.[121] In dat licht past het niet om de gelijkschakeling van een (mede)beleidsbepaler met een formeel bestuurder in strafrechtelijke zin te laten afwijken van de civielrechtelijke variant.

4.2.3 Kwalificatie

Wanneer kan iemand nu worden aangemerkt als eigenlijke (mede)beleidsbepaler? Die vraag staat centraal in deze paragraaf. Op voorhand kan worden vastgesteld dat deze vraag niet uitputtend kan worden beantwoord. De invulling van het begrip heeft

115 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 994, nr. 3, p. 17 (MvT).
116 Vgl. Doorenbos 2015, p. 310.
117 In Rb. Den Haag 30 september 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:10321 lijkt dat wel het geval. De rechtbank baseert zich nog op de rechtspraak van de Hoge Raad maar wijst erop dat deze rechtspraak inmiddels in artikel 348a Sr is vastgelegd.
118 Zie Verheul in *T&C Strafrecht*, commentaar op art. 348a Sr.
119 Zie hierover ook Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/194.
120 Dit was ook aan de orde in Rb. Amsterdam 4 oktober 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:7201, *JOR* 2019, 4, m.nt. Van Haren.
121 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 994, nr. 3, p. 6 (MvT).

de wetgever immers bewust willen overlaten aan de rechter, die aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval tot een kwalificatie moet komen. Daarmee is de kwalificatie per definitie casuïstisch van aard. Het is dan ook niet mijn bedoeling om in deze paragraaf te komen tot het onderscheiden van eenduidige voorwaarden die nopen tot de conclusie dat een betrokkene als (mede)beleidsbepaler kan worden aangemerkt, omdat deze figuur zich daarvoor niet leent. Wel poog ik verschillende factoren te onderscheiden die tot de conclusie kunnen leiden dat een betrokkene als (mede)beleidsbepaler is aan te merken. Hierna zal ik aan de hand van de hiervoor besproken parlementaire geschiedenis, literatuur en rechtspraak pogen handvatten aan te reiken die bij de beoordeling van de kwalificatievraag kunnen worden gebruikt.

4.2.3.1 Achtergrond en vereisten

Duidelijk is dat de wetgever bij de introductie van de (mede)beleidsbepaler een te onderscheiden figuur voor ogen heeft gehad. Uit de parlementaire geschiedenis kunnen dan ook meerdere inzichten worden ontleend, die de praktijk dienstbaar kunnen zijn bij het onderscheiden van deze figuur. Men zou denken dat telkens wanneer de wetgever in de wet heeft voorzien in gelijkstelling van de (mede)beleidsbepaler met de formele bestuurder, steeds is gedacht aan dezelfde figuur. Hoewel de wetgever bij de invoeringen van de meer recentere gelijkstellingen, kennelijk geïnspireerd door de ontwikkeling die de kwalificatie van (mede)beleidsbepalers heeft doorgemaakt, lijkt te zijn weggedreven van de figuur die hij oorspronkelijk voor ogen had, klinken de oorspronkelijke beweegredenen daarin nog steeds door.

De introductie van de (mede)beleidsbepaler dient eerst en vooral te worden afgezet tegen de misbruikachtergrond van de WBA en WBF. Ook de bepalingen over uitkeringen uit het vennootschapsvermogen, de inlichtingenplicht in faillissement en de oplegging van een bestuursverbod, delen tot op zekere hoogte deze achtergrond. De bescherming van crediteuren, althans het tegemoetkomen aan de belangen van crediteuren, speelt bij deze bepalingen immers een belangrijke rol. Een doorbraak van aansprakelijkheid werd in het kader van de WBA rechtvaardig geacht gelet op de bijzondere aard van de schulden: de in dit verband benadeelden handelen uit een publiekrechtelijke plicht, kunnen hun schuldenaren niet uitkiezen en hebben niet de mogelijkheid om zekerheden te bedingen. De doorbraak van aansprakelijkheid die de WBF bewerkstelligt, is daarentegen slechts gerechtvaardigd onder bijzondere omstandigheden. Die omstandigheden zijn terug te lezen in de voorwaarde voor het intreden van aansprakelijkheid: een kennelijke onbehoorlijke taakvervulling die een belangrijke oorzaak van het faillissement vormt.

De vermogensrechtelijke gevolgen die aan rechtspersoonlijkheid worden toegedicht, maken de rechtspersoon een middel bij uitstek om aan aansprakelijkheden te ontkomen en zodoende schuldeisers te benadelen. Niet de natuurlijk persoon loopt

immers de risico's die uit verbintenissen met anderen voortvloeien, maar slechts de rechtspersoon kan in beginsel door deze anderen worden aangesproken, zowel voor verbintenissen uit overeenkomst als voor verbintenissen uit onrechtmatige daad. De natuurlijke persoon kan zich zodoende achter de rechtspersoon verschuilen. Dit effect, dat het gevolg is van artikel 2:5 BW, stimuleert enerzijds de ondernemers- en investeringsgeest, maar staat anderzijds bloot aan misbruik. Deze notie ligt ten grondslag aan het onderzoek dat tot de invoering van de WBA en WBF heeft geleid.[122] Het aanpakken van deze vorm van malafiditeit is de motor geweest voor het paal en perk stellen aan de gevolgen van rechtspersoonlijkheid. Die achtergrond dient mijns inziens als een belangrijk gezichtspunt te worden beschouwd bij de invulling van het begrip (mede)beleidsbepaling als ware men bestuurder.[123] De aansprakelijkheid van de natuurlijke personen die het doen en laten van de rechtspersoon bewerkstelligen, bestuurdersaansprakelijkheid, is een krachtig middel om dit verschuileffect aan te pakken.

In veel mindere mate heeft de wetgever onverantwoordelijk handelen willen sanctioneren; men was behoedzaam bij het sanctioneren van het lichtzinnig omspringen met belangen van schuldeisers. Dat is ook wel te verklaren, wanneer men bedenkt dat lichtzinnigheid nauw verweven is met de concrete omstandigheden van het geval, welke omstandigheden een oordeel vereisen van de bestuurlijke afweging, en daarmee de (toelaatbaarheid van) te nemen risico's bij het ondernemen in zekere zin worden ingekaderd. De wens om voornoemd verschuileffect aan te pakken, verklaart ook de behoefte aan de introductie van een figuur die thans bekendstaat als (mede)beleidsbepaler. Voorafgaand aan de inwerkingtreding van de WBA en WBF was gebleken dat de slimme verschuiler ook de bestuurdersaansprakelijkheid wist te omzeilen. Daartoe werd gebruikgemaakt van stromannen, die als formele bestuurder werden geregistreerd en zodoende het aansprakelijkheidsrisico liepen, terwijl de daadwerkelijke leidinggever aan het doen en laten van de vennootschap, de dans ontsprong. Het kunnen aanspreken van deze feitelijke opdrachtgever, zodat het verschuileffect doeltreffend kon worden tegengegaan, is de reden geweest voor de introductie van de (mede)beleidsbepalende figuur. Misbruiksituaties rechtvaardigen dat het voorrecht van beperkte aansprakelijkheid komt te vervallen, was daarbij de gedachte.

De verschuilproblematiek wordt geïllustreerd door een casus waarover de Rechtbank Amsterdam vóór de invoering van de WBA en WBF kwam te oordelen.[124] Een (voormalig) bestuurder en enig aandeelhouder van een besloten vennootschap verkocht drie maanden voor het faillissement van de vennootschap alle aandelen aan een in Engeland gevestigde onderneming, die in zijn plaats ook als enig bestuurder

122 Zie Interimrapport WODC 1982, p. 4.
123 Vgl. Westenbroek 2014, paragraaf 4.2.
124 Rb. Amsterdam 17 november 1982, NJ 1984, 139.

werd ingeschreven. De voormalige DGA bleef echter tot de dag van faillietverklaring de feitelijke leiding in de vennootschap uitoefenen. De curator sprak de voormalige DGA aan op grond van artikel 2:248 BW (oud) en stelde dat de Engelse vennootschap een fictief bestaan leed, in Engeland geen bedrijf uitoefende en niet reageerde op verzoeken om inlichtingen, terwijl zij tevens betrokken was geweest bij diverse andere faillissementen van bouwondernemingen waarbij fraude aan het licht was gekomen. Volgens de curator was de overdracht van het bestuur door de voormalige DGA aan de Engelse vennootschap en de inschrijving hiervan in het Handelsregister een schijnhandeling, met het doel de boekhouding te laten verdwijnen en aan aansprakelijkheid te ontkomen. De voormalige DGA had niet weersproken dat hij tot de datum van het faillissement de feitelijke leiding over de vennootschap was blijven uitoefenen. De rechtbank oordeelde vervolgens dat de voormalige DGA zich dan ook niet kon verschuilen achter een in het zicht van het faillissement in het Handelsregister ingeschreven overdracht van het bestuur aan een Engelse vennootschap en dat de toestand van de vennootschap vermoedelijk was te wijten aan grove schuld of nalatigheid van de voormalige DGA.

Indirect vormt deze casus ook een brug naar het tweede inzicht dat aan de parlementaire geschiedenis kan worden ontleend, namelijk de rekenschap die de wetgever zich heeft gegeven van de verschillende hoedanigheden waarin invloed op het beleid wordt uitgeoefend. De kwalificatie als (mede)beleidsbepaler kent twee vereisten. In de eerste plaats moet de betrokkene, die geen formeel bestuurder is, het beleid van de rechtspersoon hebben bepaald of mede hebben bepaald. Ten tweede moet deze betrokkene daarbij hebben gehandeld als ware hij bestuurder. Het eerste vereiste verlangt dat de betrokkene het materiële bestuursbeleid heeft bepaald en zich dus (vooral) heeft ingelaten met de bevoegdheid die ingevolge artikel 2:239 lid 1 BW aan het bestuur toekomt. Deze open norm moet vooral ruim worden geïnterpreteerd. Zo ruim zelfs dat daaronder ook kan worden verstaan een enkel (feitelijk) bestuursbesluit of -handelen.[125] Evenals bij artikel 51 Sr lijkt het erop dat de wetgever een betrokkenheid van de (mede)beleidsbepaler bij het schadeveroorzakende handelen heeft verondersteld: een deelname aan de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. In eerste instantie impliceert dit een actieve bijdrage. Echter, mede gelet op de disculpatiemogelijkheden die worden geboden, kan ook een passieve rol bijdragen aan aansprakelijkheid. Ik denk dan aan de invulling die de Hoge Raad heeft gegeven aan artikel 51 Sr, waarbij degene die het (feitelijk) in zijn macht heeft gehad om maatregelen te treffen, maar dat heeft nagelaten. Aan het tweede vereiste moet een dubbele bedoeling worden verbonden. Dat de (mede)beleidsbepaler moet hebben gehandeld als ware hij bestuurder, houdt in dat hij de bestuurstaak daadwerkelijk moet hebben uitgeoefend. De wetgever heeft de primaire, eigen

125 Zie Hof 's-Hertogenbosch 18 november 2014, *RO* 2015, 18 (*Schalken/Biesebeek*); Rb. Utrecht 19 september 2001, ECLI:NL:RBUTR:2001:AD4597, *JOR* 2001, 236.

verantwoordelijkheid van het bestuur hiermee willen benadrukken.[126] Wanneer bestuurders handelen onder invloed van andere organen van of betrokkenen bij de vennootschap, dan wel ingeschakelde adviseurs en opdrachtnemers, zijn steeds de bestuurders aansprakelijk als het mis gaat. De aansprakelijkheid van (mede)beleidsbepalers is gereserveerd voor uitzonderingsgevallen, namelijk die gevallen waarin men zich zonder formele benoeming – en dus zonder risico voor aansprakelijkheid[127] – op het bestuursterrein begeeft en daarmee de eigen wettelijke of contractuele bevoegdheid overschrijdt. In hoeverre men zich op het bestuursterrein mag begeven, zonder formeel als bestuurder te zijn aangesteld, is steeds afhankelijk van de omstandigheden van het geval, alsmede van de verhouding tussen de vennootschap en de potentiële (mede)beleidsbepaler.[128] In het tweede hoofdstuk beschreef ik al dat de situatie waarin personen als bestuurder optreden, zonder de met die hoedanigheid verbonden aansprakelijkheid te hoeven duchten, al zeker ruim een eeuw als onwenselijk wordt beschouwd.[129]

Voor een gelijkstelling is dus noodzakelijk dat iemand die niet formeel tot bestuurder is benoemd,[130] het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, terwijl diegene daarbij heeft gehandeld als ware hij bestuurder. Beide vereisten worden ingevuld door de concrete omstandigheden van het geval. Er zijn dan ook verschillende varianten van (mede)beleidsbepaling denkbaar. In de literatuur onderscheidt men wel (a) de beleidsbepaler die op de stoel van het bestuur gaat zitten en deze feitelijk terzijde stelt, (b) de beleidsbepaler die opdrachten geeft en wiens

126 Vgl. Rb. Amsterdam 25 april 2012, *JOR* 2012, 177, r.o. 4.2.3, waarin de rechtbank lijkt te wijzen op een soort van 'glijdende schaal' voor het aannemen van aansprakelijkheid. Mijns inziens wordt echter onterecht de zwaarste plicht bij de formele bestuurders én de (mede)beleidsbepalers gelegd, maar terecht in mindere mate bij bijvoorbeeld aandeelhouders en werknemers. Ik zou willen aannemen dat de zwaarste plicht per definitie rust bij de formele bestuurders, terwijl voor de (mede)beleidsbepaler van belang is of en in hoeverre hij invloed heeft gehad c.q. kunnen hebben op het beleid van de vennootschap en/of de onrechtmatige gedraging(en). De primaire verantwoordelijkheid voor het beleid ligt immers bij de formele bestuurders (art. 2:129/239 BW), terwijl het handelen van de (mede)beleidsbepaler mogelijk wordt gemaakt doordat het bestuur dit gedoogt (er wordt samen met het bestuur gehandeld) ofwel doordat het bestuur terzijde is gesteld. In dit laatste geval geldt evenwel nog steeds dat het formele bestuur de primaire verantwoordelijkheid draagt, vgl. Rb. Gelderland 25 mei 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:3290, r.o. 4.2.

127 Lees: bij het ontbreken van een gelijkstelling, riskeert deze persoon geen aansprakelijkheid.

128 Zo worden de bevoegdheden van een aandeelhouder naast de wet ook ingevuld door de statuten, reglementen en besluiten, maar ook aandeelhoudersovereenkomsten. De bevoegdheden van bijvoorbeeld een werknemer of procuratiehouder worden daarentegen bepaald door de (arbeids)overeenkomst, aanvullende afspraken en de inhoud van een (al dan niet toegekende) volmacht.

129 Zie paragraaf 3.6.2; zie ook de verwijzing naar artikel 2:261 (151) BW in *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 6 (MvT).

130 Vgl. *Kamerstukken I* 2012/13, 32 873, nr. C, brief van minister Opstelten d.d. 8 oktober 2012, waarin de minister ingaat op de positie van een bestuurder, wanneer het benoemingsbesluit nietig is. Zijns inziens kan deze persoon als (mede)beleidsbepaler worden aangemerkt; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/194.

opdrachten door het bestuur worden gevolgd en (c) de beleidsbepaler die samen met het formele bestuur de bestuurstaak uitoefent.[131] Hieruit volgt, zoals ik hiervoor al aanhaalde, dat de zogenaamde enge opvatting in de literatuur en rechtspraak, waarin men voor (mede)beleidsbepaling een *feitelijke terzijdestelling* van het bestuur vereist, niet als juist kan worden aanvaard.[132] Een gedogen door het bestuur of het medebesturen – zoals medebeleidsbepaling veronderstelt – volstaat. Bij beleidsbepaling dient men vooral te denken aan typische bestuurshandelingen en meer in het bijzonder het uitoefenen van de bestuurstaak als bedoeld in artikel 2:239 (129) BW.[133] Wat daaronder kan worden verstaan beschreef ik in hoofdstuk 3.

Het eerste vereiste heeft mijns inziens weinig zelfstandige betekenis. Het kenmerkende element van deze figuur is juist het handelen *als ware hij bestuurder,* dat het tweede vereiste vormt.[134] Dit tweede vereiste verlangt met name dat de beleidsbepaler daadwerkelijk de bestuurstaak moet hebben uitgeoefend.[135] Zoals gezegd heeft de wetgever met dit vereiste ook een zekere grens willen trekken tussen personen binnen de (sfeer van de) vennootschap en anderen, die weliswaar buiten de vennootschap staan maar toch een sterke of beslissende invloed hebben op het te voeren beleid.[136] Deze grens brengt niet met zich dat 'binnenstaanders' eerder als beleidsbepalers kwalificeren dan 'buitenstaanders' of vice versa; het gaat hier juist om de vraag of de betrokkene buiten zijn wettelijke/statutaire of contractuele bevoegdheid is getreden en de bestuurstaak – al dan niet samen met het bestuur – op zich heeft genomen. Niet de functie of hoedanigheid van een betrokkene is dus relevant, maar de mate waarin en de wijze waarop deze zijn (feitelijke) bevoegdheden aanwendt.[137] Met name aan vorenbedoelde binnenstaanders – organen van de vennootschap of personen die daarin zitting hebben – zijn in de regel verschillende wettelijke en statutaire bevoegdheden toegekend om een vergaande invloed op het bestuursbeleid uit te oefenen. Het manoeuvreren binnen deze bevoegdheden kan niet leiden tot een kwalificatie als beleidsbepaler.[138] Ik ben dan ook een uitgesproken tegenstander van

131 Zie in deze zin o.a. De Groot 2011, p. 97 en 120-121; Westenbroek 2014, p. 118-224; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/465; Slagter/Assink 2013, p. 1058.

132 Zie hierover o.m. A-G Langemeijer in zijn conclusie bij HR 28 april 2000, *JOR* 2000, 126 (*Montedison*); A-G Timmerman in zijn conclusie bij het *Atlanco*-arrest, ECLI:NL:PHR:2011:BQ8104, welke kwestie door de Hoge Raad met toepassing van artikel 81 RO werd afgedaan, zodat de voorzichtige conclusie kan worden getrokken dat de Hoge Raad het met de A-G eens was; Slagter/Assink 2013, p. 1058-1060; Westenbroek 2014, paragraaf 4.1; Bartman in zijn annotatie bij Rb. Noord-Holland 25 maart 2015, *JOR* 2015, 136; Schutte-Veenstra 2017, p. 132-133.

133 Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/465; De Savornin Lohman 2007, p. 142.

134 Zie in deze zin ook De Groot 2011, p. 97 en Huizink, *GS Rechtspersonen*, artikel 138 Boek 2 BW, aant. 28.3.1.

135 *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3 (MvT), p. 6; zie in dit verband HR 24 mei 2002, *NJ* 2002, 413 (*Van der Have/Ontvanger*).

136 *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 23.

137 Schutte-Veenstra 2017, p. 134-136 bespreekt de aansprakelijkheid in verschillende hoedanigheden.

138 *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 23-24 (MvA); zie ook De Savornin Lohman 2007, p. 143.

het onlangs nog door Hanegraaf – onder verwijzing naar Bartman – bepleite idee om een bewijsvermoeden te introduceren als gevolg waarvan een aandeelhouder afhankelijk van het percentage gehouden aandelen voorshands als (mede)beleidsbepaler kan worden aangemerkt, met name om – zo lees ik het tenminste – bij concernverhoudingen de curator een handje te helpen in zijn bewijspositie.[139] Dat idee is niet alleen volledig in strijd met de parlementaire achtergrond van deze figuur, maar beknot de aandeelhouder in het gebruikmaken van zijn wettelijke bevoegdheden. Ik zie daarin verder een schending van de *checks and balances* in de verhoudingen tussen vennootschapsorganen, terwijl dat nu juist een van de fundamentele kenmerken van de rechtspersoon is en de functie heeft om excessen van één orgaan binnen het geheel te voorkomen.[140] Bovendien zal een dergelijke regel voor alle aandeelhouders gelden, aangezien het Nederlandse vennootschapsrecht niet voorziet in afzonderlijke bepalingen van concernrecht. Overigens bieden wet en rechtspraak (inmiddels) voldoende mogelijkheden om in concernverhoudingen tot aansprakelijkheid van moeder- en zelfs zustervennootschappen te komen, waaruit overigens ook duidelijk blijkt dat het enkele aandeelhouderschap onvoldoende is voor aansprakelijkheid.[141]

Het is de wetgever niet te doen geweest om degenen die (slechts) een actief dominerende invloed op de onbehoorlijke taakvervulling hebben gehad als beleidsbepaler aan te merken.[142] Veeleer gaat het om de betrokkenheid bij de (belangrijke) oorzaak van het faillissement.[143] Het faillissement van de vennootschap is mijns inziens het uitzonderingsgeval dat de wetgever op het oog heeft gehad wanneer werd gesproken in termen van misbruik of een zeer vergaande vorm van onverantwoord handelen, aangezien in geval van faillissement alle schuldeisers hun verhaalsmogelijkheden in rook zien opgaan en de 'verschuil'problematiek in het bijzonder aan de orde is, daar de gevolgen van het onbezonnen handelen door middel van de vennootschap op haar schuldeisers wordt afgewenteld. Hier laat zich de zo-even bedoelde parallel trekken met artikel 51 Sr, namelijk de persoonlijke betrokkenheid bij het schadeveroorzakend handelen.

Hoewel beide vereisten dus ruim moeten worden uitgelegd, is een ruime kring van personen die als (mede)beleidsbepaler kwalificeren niet beoogd en zijn de gelijkstellingen inderdaad, zoals hiervoor aangestipt, bedoeld voor uitzonderingsgevallen. Ik betwijfel dan ook of bijvoorbeeld een reeks (specifieke) instructies, gegeven krachtens 2:239 lid 4 BW, die slaafs door het bestuur worden opgevolgd, de instructiegever

139 Hanegraaf 2017, p. 115-120 en 2019b, p. 38-41, verwijzend naar Bartman 1985; kritisch over het standpunt van Hanegraaf zijn ook Laméris & Van Thiel 2018, p. 11.
140 Zie recentelijk anders over deze pijler van het rechtspersonenrecht Blanco Fernández 2018, p. 170 en 175-177.
141 Zie hoofdstuk 5.
142 *Kamerstukken I* 1985/86, 16 631, nr. 27b, p. 21 (MvA).
143 Vgl. Westenbroek 2014.

als (mede)beleidsbepaler doen kwalificeren.[144] Er is immers sprake van een statutaire bevoegdheid om invloed uit te oefenen op het bestuursbeleid, welke bevoegdheid illusoir zou zijn als deze geen inbreuk zou mogen maken op de bestuursbevoegdheid, terwijl het de primaire verantwoordelijkheid van het bestuur is om de desbetreffende instructies te toetsen aan het vennootschappelijk belang in plaats van deze slaafs op te volgen.[145] De omstandigheid dat het bestuur de instructies slaafs opvolgt, hetgeen als een gedogen kan worden beschouwd, noopt mijns inziens op zichzelf niet tot de conclusie dat de instructiegever als (mede)beleidsbepaler is aan te merken. Daarvoor zal sprake moeten zijn van bijkomende omstandigheden. Ook het veelvuldig onderwerpen van bestuursbesluiten aan de goedkeuring van een ander orgaan, maakt het goedkeurende orgaan niet tot (mede)beleidsbepaler. De geëigende weg om een dergelijke situatie het hoofd te bieden is niet de aansprakelijkheidsstelling van het goedkeurende orgaan, maar een opkomen van het bestuur tegen de omstandigheid dat de uitoefening van zijn bestuurstaak in het geding is.

Zoals gezegd leidt de omstandigheid dat de kwalificatie van een (mede)beleidsbepaler bewust aan de rechtspraak is overgelaten en dient te worden ingevuld aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval, ertoe dat de kwalificatievraag niet eenduidig kan worden beantwoord. Bepaalde factoren die in de ene casus toereikend worden geacht om een betrokkene als (mede)beleidsbepaler aan te merken, kunnen daardoor in een andere casus als onvoldoende worden geacht voor diezelfde kwalificatie. Schutte-Veenstra verrichtte recent een jurisprudentieonderzoek, waarin zij 40 procedures uit de periode van grofweg 2000-2015 analyseerde.[146] Steeds ging het daarbij om procedures in eerste aanleg, waarbij een mogelijke (mede)beleidsbepaler aansprakelijk werd gesteld op grond van artikel 2:248 (138) BW. Daaruit bleek dat slechts in 7 gevallen de aansprakelijk gestelde persoon niet als zodanig werd aangemerkt. In twee gevallen waarin de rechtbank had geoordeeld dat sprake was van (mede)beleidsbepaling, werd deze beslissing in hoger beroep vernietigd. Dat brengt het totaal op 9 gevallen. In 25 van de onderzochte gevallen oordeelde de rechtbank dat de aansprakelijk gestelde persoon inderdaad als (mede)beleidsbepaler kon worden aangemerkt. In 20 van die gevallen werd de (mede)beleidsbepaler ook daadwerkelijk aansprakelijk geacht. In de andere 5 gevallen werd de beslissing aangehouden of werd de (mede)beleidsbepaler in de gelegenheid gesteld om de toepassing van artikel 2:248 (138) lid 2 BW te ontzenuwen, dan wel bewijs te leveren ten aanzien van een beroep op disculpatie. In 6 gevallen werd niet toegekomen aan een oordeel over de (mede)beleidsbepaling, onder meer omdat werd geconcludeerd dat niet was voldaan aan de vereisten van artikel 2:248 (138) lid 1 BW, dan wel vanwege het slagen van een disculpatieverweer. Dit laatste is opmerkelijk, aangezien men in de regel pas aan disculpatie toekomt, wanneer de betrokkene als (mede)beleidsbepaler

144 In deze zin Handboek 2013, nr. 231 en 399.2.
145 Zie paragraaf 3.6.
146 Zie Schutte-Veenstra 2017, p. 141-145.

is gekwalificeerd en de collectieve aansprakelijkheid van het bestuur op grond van het eerste lid vaststaat. In eerste aanleg was de rechtbank daarvan overtuigd. Het hof ging aan deze vraag voorbij, nu het beroep op disculpatie volgens het hof slaagde. De Hoge Raad casseerde het arrest, omdat het hof niet had vastgesteld dat de betrokkene had bewezen dat de onbehoorlijke taakvervulling niet aan haar was te wijten en dat zij niet nalatig was geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van de onbehoorlijke taakvervulling af te wenden.[147] Me dunkt dat het verwijzingshof eerst nog een oordeel zal moeten vormen over de kwalificatie van betrokkene als (mede) beleidsbepaler, indien tegen het oordeel van de rechtbank daaromtrent een grief was gericht. Het onderzoek van Schutte-Veenstra illustreert in ieder geval dat de praktijk, ondanks het ongrijpbare karakter van de kwalificatievraag, aardig uit de voeten kan met de gelijkstelling van (mede)beleidsbepalers met de formele bestuurders.

4.2.3.2 Beleidsbepaling in de WBA

Maar welke omstandigheden dragen nu bij aan de kwalificatie als (mede)beleidsbepaler? Bestudering van rechtspraak gewezen in WBA-kwesties, leidt tot het inzicht dat de Ontvanger veelal succesvol is in het aanspreken van een beleidsbepaler, nadat een uitgebreid onderzoek heeft plaatsgevonden.[148] Daarbij wordt niet alleen de administratie gecontroleerd, maar worden vooral ook gesprekken gevoerd met personeelsleden, leveranciers en andere betrokkenen. De Ontvanger wordt bij dit onderzoek geholpen door de diverse informatieverplichtingen uit de Invorderingswet.[149] De schaarse rechtspraak over beleidsbepalers die met toepassing van de WBA aansprakelijk zijn gesteld laat het volgende beeld zien. Dikwijls is de persoon in kwestie een voormalig aandeelhouder en/of (middellijk) bestuurder.[150] Een veelvoorkomend fenomeen is verder de familieband, zoals vaders die een vinger in de pap hebben in de bedrijfsvoering van hun zoon of echtgenoten die hun levenspartner als statutair bestuurder hebben ingeschreven.[151]

147 HR 6 maart 2015, *JOR* 2015, 107.

148 Zie kritisch over de rol van de Ontvanger (in het verleden) Van Amsterdam & Marseille 2002.

149 Zie art. 58, 59 en 62 IW, waarover Vetter & Tekstra 2016, p. 325 e.v.

150 Hof Amsterdam 31 mei 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2762, bevestiging van Rb. Noord-Holland 29 januari 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:2156; Hof 's-Hertogenbosch 6 april 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1522, bevestiging van Rb. Zeeland-West-Brabant 20 februari 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:3622; Hof's-Hertogenbosch 17 mei 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AY8369; Hof 's-Hertogenbosch 3 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1860; in Hof Arnhem-Leeuwarden 2 april 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:2896 achtte het hof relevant dat de eenmanszaak van belanghebbende de lonen had betaald van werknemers van de BV waarvan belanghebbende als beleidsbepaler was aangemerkt en (onder meer) dat belanghebbende aanspreekpunt was voor de belastingdienst tijdens een boekenonderzoek.

151 Hof Arnhem-Leeuwarden 27 mei 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:4204, bevestiging van Rb. Gelderland 14 mei 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:BZ9928; Hof Arnhem 16 januari 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:AZ7076, bevestiging van Rb. Zwolle 23 juni 2006, ECLI:NL:RBZWO:2004:AR 3669; Hof Leeuwarden 28 juni 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ9817,

Bij de toepassing van de WBA leiden met name de volgende omstandigheden, overigens in onderling verband bezien, tot een kwalificatie als beleidsbepaler:
- de perceptie die bijvoorbeeld het personeel en leveranciers van de betrokkene hebben;
- het zijn van aanspreekpunt voor de belastingdienst, het bedrijfstakpensioenfonds, de curator, de accountant of boekhouder en de bank, alsmede het voeren van onderhandelingen met deze partijen;
- het onderhouden van contacten met werknemers, crediteuren, leveranciers, klanten en zakenrelaties;
- het aangaan van verplichtingen namens de vennootschap, waaronder ook het aannemen en ontslaan van personeel en/of het vaststellen van beloningen, of het anderszins ondertekenen van stukken die van (wezenlijk) belang zijn voor de bedrijfsvoering;
- het zelfstandig verrichten van betalingen en/of doen van geldopnames, al dan niet door middel van een eigen bankpas;
- het bestaan van een volmacht, waardoor de betrokkene wordt gemachtigd om taken uit te oefenen en bevoegdheden aan te wenden die normaal in overwegende mate aan de formele bestuurder zijn toevertrouwd, dan wel zich niet verhouden tot de eigen functie;
- het vestigingsadres van de vennootschap en de woon- of verblijfplaats van de formele bestuurder;
- een opvallende betrokkenheid bij het ontstaan van de belastingschuld;
- het (feitelijk) ontbreken van ondergeschiktheid ten opzichte van het formele bestuur.

Eén bijzonder geval is terug te lezen in het arrest van Hof Amsterdam van 31 mei 2016.[152] In casu refereerde het hof zich aan het oordeel van de rechtbank dat de enig aandeelhouder als beleidsbepaler kwalificeerde. De rechtbank kwam tot dat oordeel, omdat de aandeelhouder het ontslag van de enig bestuurder had aanvaard, de bankpas en pincode in ontvangst had genomen en vervolgens betalingen namens de vennootschap had gefiatteerd door de pincode in te toetsen, nadat de boekhouder de betaalopdracht had ingevoerd. De aandeelhouder had bovendien de boekhouder verzocht om alle lopende financiële zaken, zoals het bijhouden van de administratie en het invullen van de aangiften loon- en omzetbelasting, te regelen. Ten slotte had de aandeelhouder contacten met klanten en zakenrelaties onderhouden. Annotator Schouten merkt op dat deze omstandigheden op zich kwalificeren als feitelijk besturen. De aandeelhouder heeft naar aanleiding van een informatieverzoek van de

bevestiging van Rb. Leeuwarden 22 juli 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BO3224; Hof 's-Hertogenbosch 26 april 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW5435, bevestiging van Rb. Breda 25 mei 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BQ9971; Rb. Rotterdam 4 december 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:9621.

152 Hof Amsterdam 31 mei 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2762, *NTFR* 2016/1984, m.nt. Schouten, bevestiging van Rb. Noord-Holland 29 januari 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:2156.

Ontvanger verklaard dat zij na het vertrek van de bestuurder per 13 juli 2012 geen bestuurder kon vinden tot de verkoop van het bedrijf per 13 september 2012. Zij had weliswaar gezocht naar een bekwame bestuurder, maar wist geen betrouwbare bestuurder te vinden. Zij gaf dan ook de boekhouder opdracht om de administratie en loon- en omzetbelasting te regelen, terwijl zij zelf probeerde contact te onderhouden met klanten en zakenrelaties. Niemand had beleidsbeslissingen genomen, aldus de aandeelhouder. Naar het zich laat aanzien heeft de aandeelhouder dus in de relatief korte periode tot aan de voorgenomen overdracht van het bedrijf de bestuurloze onderneming draaiende gehouden, althans erin voorzien dat de feitelijke situatie niet veranderde, omdat zij er niet in slaagde een geschikte bestuurder te vinden. Hoewel ik de rechters in dezen kan nageven dat het verrichten van betalingen en het (opdrachtgeven tot het) voeren van een administratie, als bestuursdaden zijn aan te merken, is de omstandigheid dat de aandeelhouder het ontslag van de bestuurder heeft aanvaard en in dat verband de bankpas in ontvangst heeft genomen, dat mijns inziens allerminst. Een bestuurder kan immers eenzijdig ontslag nemen, onder meer door zijn ontslag te nemen ten overstaan van de algemene vergadering.[153] In het geval dat de enig bestuurder ontslag neemt en in dat verband de zaken van de vennootschap die hij onder zich heeft overdraagt, vind ik het ook niet opmerkelijk dat deze zaken (tijdelijk) aan de enig aandeelhouder worden overgedragen. De aandeelhouder kan de zaken vervolgens aan de nieuwe bestuurder overdragen. De uitspraak geeft geen blijk van misbruik of onverantwoordelijk handelen van de aandeelhouder als beleidsbepaler. De rechtbank besteedt bovendien geen aandacht aan de verklaring dat het de aandeelhouder in de periode van twee maanden voorafgaand aan de overdracht van de aandelen niet is gelukt om een geschikte bestuurder te vinden. Mijns inziens geeft het totaalbeeld van de feiten en omstandigheden zoals deze zijn vastgesteld geen aanleiding om de aandeelhouder als beleidsbepaler aan te merken. In zijn hoedanigheid van beleidsbepaler wordt de aandeelhouder ook als gewezen bestuurder aangemerkt ten aanzien van de tijdvakken dat hij niet meer als beleidsbepaler had te gelden, althans een nieuwe bestuurder was aangetreden. Aan een daadwerkelijk oordeel over een onbehoorlijke taakvervulling komt men niet toe, omdat werd geoordeeld dat een tijdige melding betalingsonmacht ontbrak en de aandeelhouder er niet in slaagde de wettelijke vermoedens te weerleggen. Hoewel de aandeelhouder inderdaad kan worden verweten dat hij enkele steken heeft laten vallen, rechtvaardigt dat – in het licht van de parlementaire geschiedenis van de WBA en WBF – echter niet het onderhavige oordeel.

4.2.3.3 Beleidsbepaling in de WBF

Ook de curator in faillissement voert in de regel in meer of mindere mate een onderzoek uit naar de gang van zaken bij de vennootschap voorafgaand aan het faillissement. Een dergelijk onderzoek spitst zich in de kern toe op de oorzaken van het

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

faillissement. Zo schrijven de Praktijkregels voor curatoren van Insolad voor dat de curator onderzoekt of er aanleiding bestaat om een vordering in te stellen tegen (ex-)bestuurders en/of (ex-)commissarissen of tegen andere personen of rechtspersonen zoals beleidsbepalers, aandeelhouders en kredietverschaffers, in verband met het ontstaan van het faillissement.[154] De curator gaat pas over tot aansprakelijkheidsstelling indien hij ervan overtuigd is dat de desbetreffende (rechts)persoon daadwerkelijk aansprakelijk is.[155] Ook de recente nadruk op de taak van de curator bij fraudebestrijding en diens 'fraudesignalerende taak' onderstreept de noodzaak tot het doen van enig onderzoek naar de oorzaken van het faillissement.[156] De wet voorziet niet in concrete bepalingen die een bepaalde vormgeving van het oorzakenonderzoek voorschrijven. Curatoren geven in de praktijk zelf invulling aan de inrichting van het onderzoek, waarbij vooral een publicatie van Schimmelpenninck de nodige handvatten biedt.[157] De curator zal zich een beeld moeten vormen van de gang van zaken binnen de onderneming en ieders rol daarbij aan de hand van de aangetroffen administratie en interne documentatie van de vennootschap, alsmede door het voeren van gesprekken met betrokkenen. Gedurende de afwikkeling van het faillissement ontvangt de curator, al dan niet op verzoek, ook informatie van derden, zoals leveranciers, afnemers, werknemers, de belastingdienst, het UWV en het pensioenfonds. Deze inventarisering van de feitelijke omstandigheden mondt uit in een beoordeling daarvan door de curator over de oorzaken van het faillissement. Naar aanleiding van dat oordeel kan de curator een oordeel vormen over de aansprakelijkheid van betrokkenen en de opportuniteit van de vordering.[158]

154 Zie artikel 5.1 Praktijkregels voor curatoren 2011; de meest recente versie is te raadplegen via de site van INSOLAD (www.insolad.nl) onder regelgeving.

155 Artikel 5.2. Praktijkregels voor curatoren 2011.

156 Een van de drie pijlers van het wetgevingsprogramma 'Herijking faillissementsrecht' is fraudebestrijding. In dat kader traden op 1 juli 2016 de Wet civielrechtelijk bestuursverbod (*Stb.* 2016, 153) en de Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude (*Stb.* 2016, 154) in werking. Op 1 juli 2017 trad de Wet versterking positie curator in werking (*Stb*. 2017, 124); zie over deze pijler binnen de herijking van het faillissementsrecht: Renssen 2017.

157 Duynstee & Verwey 2015, paragraaf 4.4.2; Schimmelpenninck 2008, p. 134-142; meer recent heeft Hox betoogd dat in de faillissementspraktijk behoefte bestaat aan een gestandaardiseerd oorzakenonderzoek en vervolgens uiteengezet wat ieder geval mag worden verwacht van curatoren voorafgaand, gedurende en na afloop van het onderzoek, zie Hox 2018, p. 265-276.

158 Zie Schimmelpenninck 2008, p. 136-137; De Ranitz 2008, p. 274 is het echter niet met Schimmelpenninck eens dat het oorzakenonderzoek als middel dient te worden gebruikt om de eventuele aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen vast te stellen; de civielrechtelijke aansprakelijkheid zou niet het belangrijkste doel van het oorzakenonderzoek zijn, terwijl art. 66 Fw (bevel getuigenverhoor of deskundigenonderzoek door de R-C) niet is bedoeld om te gebruiken indien dit kennelijk mede of vooral is gericht op het verzamelen van informatie gericht op aansprakelijkheidsacties (zie p. 275); zie verder de reactie van Schimmelpenninck 2008a, p. 277-279, waarin hij aangeeft dat art. 66 Fw kan worden gebruikt in de eerste fase van feitenvaststelling ('waarheidsvinding').

Om een beleidsbepaler aansprakelijk te kunnen stellen, zal de curator een meer dan gemiddelde inspanning moeten leveren bij zijn onderzoek. Een succesvolle toepassing van de gelijkstelling vereist immers dat de curator voldoende feiten en omstandigheden stelt en, bij gemotiveerde betwisting, bewijst, op grond waarvan de rechter tot het oordeel kan komen dat er sprake is van (mede)beleidsbepaling als ware men bestuurder.[159] Die feiten en omstandigheden moeten zich hebben voorgedaan in de referteperiode, de drie jaren voorafgaand aan het faillissement, hoewel de daaraan voorafgaande periode wel van indirect belang kan zijn.[160] Met enige regelmaat worden WBF-vorderingen afgewezen, omdat de curator onvoldoende heeft gesteld.[161] Anderzijds doet zich ook wel eens de situatie voor dat tussen partijen niet in geschil is dat de aansprakelijk gestelde persoon als beleidsbepaler heeft gefungeerd.[162] Dat kan wellicht een strategische keuze zijn of simpelweg het gevolg van de omstandigheid dat de desbetreffende (rechts)persoon tegen de door de curator ontdekte feitelijkheden geen verweren weet te voeren, maar de beleidsbepaler dient zich terdege bewust te zijn van de gevolgen hiervan. Met de kwalificatie als (mede)beleidsbepaler staat immers vast dat de betrokkene als bestuurder heeft te gelden voor de toepassing van artikel 2:248 (138) BW en dreigt dus de collectieve aansprakelijkheid die deze bepaling vestigt.[163] Weet de betrokkene te voorkomen dat hij als (mede)beleidsbepaler wordt aangemerkt, dan heeft hij daarentegen geen aansprakelijkheid te duchten

159 Zo had de curator Hof Arnhem-Leeuwarden 1 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5274 voldoende gesteld, maar had appellant de stellingen voldoende gemotiveerd betwist, zodat het hof de curator een bewijsopdracht gaf; zie ook Rb. Rotterdam 29 augustus 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BX7304; in Hof Arnhem-Leeuwarden 25 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2423 leest men het gevolg van een onvoldoende gemotiveerde betwisting.

160 Artikel 2:248 (138) lid 6 BW; HR 23 november 2001, *JOR* 2002, 4, m.nt. Blanco Fernández (*Mefigro/Wind q.q.*); Rb. Rotterdam 14 april 2010, *JOR* 2010, 181, m.nt. Strik; zie over de periode voorafgaand aan de referteperiode bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 29 augustus 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BX7304.

161 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 22 mei 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX1934; Hof Arnhem-Leeuwarden 20 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7948; Rb. Amsterdam 26 maart 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2232; Rb. Midden-Nederland 28 mei 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1995; Rb. Oost-Brabant 27 november 2013, ECLI:NL:RBOBR2013:6700; Hof 's-Hertogenbosch 8 augustus 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3521 (in tegenstelling tot de rechtbank in eerste aanleg); Rb. Den Haag 26 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11904 (curator verwees slechts naar vaststelling in vrijwaringsprocedure die niet tussen partijen was gewezen); Hof 's-Hertogenbosch 13 januari 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BI2180; Rb. Utrecht 10 augustus 2011, ECLI:NLRBUTR:2011:BR4778; Hof Amsterdam 23 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2669.

162 Bijvoorbeeld Hof Den Haag 12 november 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5129, *JOR* 2013, 32, m.nt. Verboom, zoals ook blijkt uit de procedure in eerste aanleg Rb. 's-Gravenhage 1 februari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV3111; Rb. Noord-Nederland 5 juni 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:4821; Rb. Rotterdam 23 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BY9861; Hof Arnhem 28 augustus 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX6040; Hof Arnhem-Leeuwarden 14 augustus 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7338.

163 Illustratief is Hof Arnhem-Leeuwarden 3 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6118, waarin appellanten geen grief hadden gericht tegen het oordeel van de rechtbank waarin zij als feitelijk beleidsbepaler waren aangemerkt. Het hof gaat voorbij aan de opmerkingen die appellanten eerst tijdens de comparitie over die kwalificatie maken.

op grond van deze bepaling.[164] In zijn algemeenheid geldt inderdaad, zoals Schutte-Veenstra vaststelde, dat de kwalificatie als beleidsbepaler veelal volgt in casus waarbij evident sprake is van een onbehoorlijke taakvervulling of waarin daadwerkelijk van misbruik (van rechtspersoonlijkheid) kan worden gesproken.

Uit de WBF-rechtspraak blijkt dat voornamelijk de volgende omstandigheden, in onderling verband bezien, tot een kwalificatie als beleidsbepaler leiden:[165]

– het ontbreken van enige mate van ondergeschiktheid ten opzichte van de formele bestuurders;[166]
– het in vergaande of overwegende mate zelfstandig en/of onafhankelijk van de formele bestuurders optreden;
– het zich bemoeien met de onderneming in een mate die niet overeenstemt met de functie die de betrokkene binnen de onderneming heeft of de verhouding ten opzichte van de vennootschap;[167]
– bemoeienissen met de dagelijkse gang van zaken, zoals de administratie, het personeelsbeleid, de inkoop en verkoop, acquisitie en klantenacceptatie, alsmede met beslissingen die van invloed zijn op de bedrijfsvoering of de (zelfstandige) continuïteit van de onderneming;

164 Mogelijk kan deze betrokkene wel op grond van artikel 6:162 BW aansprakelijk worden gesteld wegens betrokkenheid bij de gewraakte handeling(en); zie voor een geval waarin de stellingen van de curator voldoende gemotiveerd werden betwist, zodat de aanmerking als (mede)beleidsbepaler in hoger beroep werd afgewezen en daarmee alsnog aan aansprakelijkheid op grond van art. 2:248 lid 1 BW kon worden ontkomen Hof Arnhem-Leeuwarden 27 november 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:10333.

165 Zie onder meer Hof Arnhem-Leeuwarden 31 december 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:9958; Hof 's-Hertogenbosch 18 november 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4748; Rb. Almelo 8 februari 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BV3132; Rb. Noord-Holland 25 maart 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:2480, *JOR* 2015, 136, bekrachtigd door Hof Amsterdam 27 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2551; Rb. Noord-Nederland 5 juni 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:4821; Rb. Rotterdam 22 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2987; Rb. Rotterdam 29 augustus 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BX7304; Hof Arnhem 10 november 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BL8324 (*Atlanco*); Rb. Arnhem 18 november 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BK5397; Rb. Rotterdam 1 september 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN9674; Rb. Rotterdam 14 april 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BM1594; Rb. 's-Gravenhage 11 mei 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ6042; Rb. Zutphen 30 september 2009, ECLI:NL:RBZUT:2009:BK4198; HR 17 november 2006, *RvdW* 2006, 1082 (*Bonbosch*); Hof Amsterdam 27 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2015 (geen sprake van beleidsbepaling); Hof Arnhem-Leeuwarden 1 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5274 (bewijsopdracht voor curator); Hof Amsterdam 1 maart 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BM6193.

166 Vgl. Rb. Amsterdam 14 juni 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:3975, waarin weliswaar sprake was van een zekere mate van onafhankelijkheid van de statutair bestuurder, maar onvoldoende was gebleken dat gedaagde op gelijke voet met de statutair bestuurder kon beslissen, zodat de rechtbank oordeelde dat gedaagde niet als (mede)beleidsbepaler kon worden aangemerkt.

167 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9490, waarin de zoon die als beleidsbepaler werd aangemerkt volgens verklaringen van werknemers net zoveel te zeggen als vader, de (indirect) formeel bestuurder.

- uit notulen van bestuurs- en/of managementvergaderingen blijkt een belangrijke mate van invloed van de betrokkene op het beleid, zoals een actieve inbreng, taaktoebedeling, het geven van aanwijzingen of doen van voordrachten en deelname aan de besluitvorming, althans het accorderen daarvan;
- het beschikken over een volmacht om namens de vennootschap rechtshandelingen te stellen;
- onderhouden van contacten met derden, zoals werknemers, de bank, de accountant, de advocaat, de curator, de belastingdienst, crediteuren, leveranciers, afnemers;
- de wijze waarop de betrokkene zich richting voornoemde derden presenteert, zoals het gebruikmaken van vermeldingen als 'bestuur', 'directie' en 'management';
- de perceptie van voornoemde derden over de hoedanigheid van betrokkene en diens positie binnen de onderneming;
- het aangaan van overeenkomsten namens of ten behoeve van de vennootschap, met name wanneer die overeenkomsten van belang zijn voor de financiën en bedrijfsvoering van de vennootschap;
- het aannemen en ontslaan van personeel;
- het (laten) doen van betalingen namens de vennootschap;
- het doen van belastingaangiften;
- de hoogte van de eigen beloning of bonussen van de betrokkene, met name wanneer deze niet in verhouding staat tot de functie, alsmede het (mee)beslissen over beloningen van anderen;
- het beschikken en/of controleren over de (financiële) administratie van de vennootschap, al dan niet door het laten verlopen van betalingen via eigen en/of andere vennootschappen;
- het (mede)ondertekenen van jaarstukken en/of deze accorderen.

Men dient zich echter ervan bewust te zijn dat de hiervoor beschreven omstandigheden de rechter moeten kunnen overtuigen van het bestaan van een zodanige mate van invloed, dat de betrokkene ofwel het bestuur volledig terzijde heeft gesteld en/of slechts als marionetten heeft gebruikt, ofwel samen met het bestuur in overwegende mate het beleid van de onderneming heeft vormgegeven.[168] Bovendien dient er in de regel sprake te zijn van betrokkenheid bij het onbehoorlijk bestuur, althans handelingen die tot het oordeel leiden dat er sprake is van onbehoorlijk bestuur, en die tevens een belangrijke oorzaak van het faillissement vormen. Die betrokkenheid hoeft overigens niet rechtstreeks te zijn. Een rechtstreekse betrokkenheid verhoudt zich mijns

168 In Hof Amsterdam 27 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2015 overtuigde zelfs de eigen verklaring van de aansprakelijk gestelde grootaandeelhouder dat hij als beleidsbepaler had gefungeerd, het hof er niet van dat er sprake was van beleidsbepaling.

inziens niet met het voornaamste beeld dat de wetgever van de (mede)beleidsbepaler heeft gehad, namelijk dat het een opdrachtgever achter de schermen betreft.

4.2.4 Aansprakelijkheid van de eigenlijke (mede)beleidsbepaler

Nu hiervoor is uiteengezet wanneer van een eigenlijke (mede)beleidsbepaler kan worden gesproken, kom ik toe aan een bespreking van de grondslagen waarop aansprakelijkheid kan worden gebaseerd. Achtereenvolgens komen artikel 36 IW en artikel 23 Wet Bpf 2000, artikel 2:248 (138), 2:207, 2:208 en 2:216 BW aan bod. Naast de vestiging van aansprakelijkheid besteed ik ook aandacht aan de mogelijkheden tot disculpatie en bespreek ik bijzonderheden die aan de positie van (mede) beleidsbepaler kleven. Ik besteed ook (zijdelings) aandacht aan de doorschakeling van aansprakelijkheid ingeval rechtspersoon-bestuurders.

4.2.4.1 Artikel 36 IW en artikel 23 Wet Bpf 2000

In de voorgaande bespreking van de parlementaire geschiedenis van de WBA kwam de strekking van artikel 36 IW[169] en artikel 23 Wet Bpf 2000[170] al even kort aan de orde. Beide bepalingen worden hierna gezamenlijk besproken, waarbij artikel 36 IW als leidraad zal dienen.[171] Voor zover artikel 23 Wet Bpf 2000 daarvan afwijkt, wordt dat opgemerkt.

De vordering op grond van artikel 36 IW wordt door de Ontvanger ingesteld; ten aanzien van artikel 23 Wet Bpf 2000 is het betreffende bedrijfstakpensioenfonds bevoegd. Beide bepalingen zijn niet slechts van toepassingen op rechtspersonen, maar gelden ten aanzien van 'lichamen'. Artikel 36 IW is van toepassing op lichamen in de zin van de Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR). Dat zijn verenigingen en andere rechtspersonen, maat- en vennootschappen, ondernemingen van publiekrechtelijke rechtspersonen en doelvermogens.[172] Voor de toepassing van de Wet Bpf 2000 gelden als lichaam naast rechtspersonen ook maat- en vennootschappen, samenwerkingsvormen zonder rechtspersoonlijkheid die met verenigingen maatschappelijk gelijk kunnen worden gesteld, ondernemingen van publiekrechtelijke rechtspersonen en doelvermogens.[173]

---

169 Invorderingswet.
170 Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000.
171 Zie specifiek ten aanzien van de aansprakelijkheidsregeling in de Wet Bpf 2000: Asser/Lutjens 7-XI 2019/512 e.v.; Vischer 2016.
172 Artikel 2 lid 1 aanhef en onder b AWR.
173 Artikel 1 onder h Wet Bpf 2000.

Het eerste lid bepaalt dat bestuurders overeenkomstig de hierna te bespreken leden hoofdelijk aansprakelijk zijn voor verschillende belasting- en pensioenschulden van de vennootschap.[174] Ingevolge het tweede lid dient de vennootschap onverwijld nadat is gebleken dat het niet tot betaling van desbetreffende schulden in staat is, daarvan schriftelijk mededeling te doen aan de Ontvanger. Bij het doen van de melding dient inzicht te worden verschaft in de omstandigheden die tot de betalingsonmacht hebben geleid.[175] Dit wordt ook wel de *eerste fase* van de *meldingsplicht* bij *betalingsonmacht* genoemd. Onverwijld wil zeggen uiterlijk twee weken na de dag waarop de verschuldigde belasting behoorde te zijn afgedragen of voldaan.[176] Of, indien sprake is van een naheffingsaanslag die niet het gevolg is van opzet of grove schuld en welke niet binnen de betalingstermijn kan worden voldaan, binnen twee weken na de vervaldag van die naheffingsaanslag.[177] Bij artikel 23 Wet Bpf 2000 geldt als onverwijld uiterlijk veertien kalenderdagen na de dag waarop op grond van de regeling omtrent de betaling van de premies, bedoeld in artikel 26 van de Pensioenwet, dan wel op grond van de statuten en reglementen van het bedrijfstakpensioenfonds de bijdrage behoorde te zijn voldaan.[178] De melding ter zake van een bijdrage, die is vastgesteld vanwege de omstandigheid dat ten onrechte geen bijdrage is vastgesteld dan wel dat na de vaststelling van de bijdrage blijkt, dat een lagere bijdrage is vastgesteld dan is verschuldigd, wordt schriftelijk gedaan uiterlijk veertien kalenderdagen nadat die bijdrage behoorde te zijn voldaan.[179]

De meldingsplicht bestaat in geval van betalings*onmacht*. Bestuurders en daarmee gelijkgestelden moeten zich daarom voortdurend de vraag stellen of sprake is van betalingsonmacht als bedoeld in artikel 36 IW. Van betalingsonmacht is sprake wanneer het lichaam ten aanzien van de hiervoor genoemde belastingen (i) ofwel onvoldoende liquide middelen heeft om deze te voldoen,[180] ofwel (ii) tijdelijk te weinig liquide middelen heeft om die te voldoen en de redelijke verwachting bestaat dat de

174 Het gaat om de loonbelasting, premies volksverzekeringen, de omzetbelasting, de accijns, de verbruiksbelastingen van alcoholvrije dranken en van pruimtabak en snuiftabak, belasting op grond- en leidingwater, afvalstoffen, brandstoffen, uraniem-235 en de energiebelasting, alsmede de belasting op kolen, verpakkingsbelastingen, kansspelbelasting, de inkomensafhankelijke bijdrage Zorgverzekering (art. 51 Zorgverzekeringswet) en de premies werknemersverzekeringen (art. 60 lid 3 Wfsv), zie nader Raaijmakers 2014, p. 340-341.

175 Art. 7 lid 3 Uitvoeringsbesluit IW 1990; art. 2 lid 3 Besluit meldingsregeling Wet Bpf 2000, *Stb.* 2000, 631; een fax aan het bedrijfstakpensioenfonds, waarin de betalingsonmacht wordt vermeld is onvoldoende, aldus Hof Amsterdam 4 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1760; onvoldoende is ook de mededeling dat de BV wegens economische terugval niet in staat is om het belastingbedrag te betalen, aldus Rb. Noord-Holland 26 januari 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:2164.

176 Art. 7 lid 1 Uitvoeringsbesluit IW 1990.

177 Art. 7 lid 2 Uitvoeringsbesluit IW 1990.

178 Artikel 2 lid 1 Besluit meldingsregeling Wet Bpf 2000.

179 Artikel 2 lid 2 Besluit meldingsregeling Wet Bpf 2000.

180 Zie met betrekking tot een vroegtijdige melding op grond van de Wet Bpf 2000 Hof Amsterdam 26 april 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1724.

verplichting alsnog zal worden nagekomen,[181] ofwel (iii) wel voldoende liquide middelen heeft om die te voldoen, maar deze daarvoor niet worden aangewend in verband met andere opeisbare verplichtingen. Onder liquide middelen wordt verstaan de kasmiddelen, waaronder de banktegoeden, en de direct opneembare kredietruimte van het lichaam.[182] Hiervan moet overigens worden onderscheiden de situatie waarin de belastingplichtige wel voldoende middelen heeft, maar niettemin verzaakt tijdig te betalen. Het is dus niet zo dat een lichaam slechts de keuze heeft tussen tijdige betaling of het melden van betalingsonmacht.[183]

Na het voldoen aan de meldingsplicht dient de vennootschap bovendien op verlangen van de Ontvanger nadere inlichtingen te verstrekken en stukken over te leggen. Deze verplichting wordt aangeduid als de *tweede fase*.[184]Alle bestuurders zijn individueel bevoegd om namens de vennootschap aan deze verplichtingen te voldoen. Wanneer de vennootschap op juiste wijze aan de hiervoor bedoelde meldingsplicht heeft voldaan, is een bestuurder op grond van het derde lid aansprakelijk indien aannemelijk is dat het niet betalen van de belastingschuld het gevolg is van aan hem te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur in de periode van drie jaren voorafgaande aan het tijdstip van de mededeling. Wanneer de vennootschap echter niet of niet op juiste wijze aan de meldingsplicht heeft voldaan, wordt ingevolge lid 4 vermoed dat de betalingsonmacht aan de bestuurder is te wijten en dat de periode van drie jaren wordt geacht in te gaan op het tijdstip waarop het lichaam in gebreke is. Bovendien wordt alleen de bestuurder die aannemelijk maakt dat het niet aan hem is te wijten dat de vennootschap niet aan de meldingsverplichtingen heeft voldaan, toegelaten tot het leveren van bewijs tegen het vermoeden dat de betalingsonmacht aan hem is te wijten.

Voor de toepassing van beide bepalingen[185] kan onder bestuurder mede worden verstaan (a) de gewezen bestuurder tijdens wiens bestuur de belastingschuld is ontstaan, (b) degene ten aanzien van wie aannemelijk is dat hij het beleid van het lichaam heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder, met uitzondering van de door de rechter benoemde bewindvoerder en (c) indien een bestuurder van een lichaam een lichaam is in de zin van de Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR): ieder van de bestuurders van het laatstbedoelde lichaam.[186] De bewijslast ter

181 Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 26 april 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW5435.
182 Artikel 36.5.1. Leidraad Invordering 2008.
183 HR 12 augustus 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR4865.
184 Zie voor deze terminologie Booij 2003, p. 135.
185 Zie artikel 36 lid 5 IW en artikel 23 lid 6 Wet Bpf 2000.
186 Deze laatste categorie is met artikel 2:11 BW te vergelijken. Met de bepaling wordt bereikt dat bestuurders niet aan aansprakelijkheid kunnen ontkomen door tussen hen en het lichaam andere lichamen als bedoeld in de AWR te schuiven; zie hierover Raaijmakers 2016, p. 55-56 en Tekstra 2017, p. 552-553.

zake van (mede)beleidsbepaling rust op de Ontvanger respectievelijk het bedrijfstakpensioenfonds. Naast de gelijkstellingen in het vijfde (zesde) lid moet men rekening houden met de rechtspraak van de Hoge Raad, waarin hij uitgangspunten heeft geformuleerd met betrekking tot het formeel bestuurderschap. In geval van een WBA- of WBF-vordering behoren noch de Ontvanger, noch het bedrijfstakpensioenfonds, noch de curator tot de door artikel 18 Hrw beschermde derden, omdat de vordering die zij kunnen instellen steeds haar grondslag vindt in de wet en dus niet voortvloeit uit een rechtsbetrekking waarop deze bepaling doelt.[187] De inschrijving van een bestuurder in het Handelsregister is daarom niet zonder meer bepalend voor de vraag of iemand ook daadwerkelijk formeel bestuurder was.[188] De feitelijke omstandigheden kunnen aanleiding zijn om een in het Handelsregister ingeschreven bestuurder niet als formeel bestuurder in de zin van artikel 36 lid 1 IW, artikel 23 lid 1 Wet Bpf 2000 of artikel 2:248 (138) lid 1 BW aan te merken.[189]

De meldingsregeling staat centraal in deze aansprakelijkheidsbepalingen. Het niet of niet tijdig, dan wel onjuist melden van de betalingsonmacht leidt in beginsel tot een hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders voor de desbetreffende belastingschuld. De bewijslast van de Ontvanger, wordt door artikel 36 IW nagenoeg ingevuld. Vermoed wordt immers dat de betalingsonmacht aan de bestuurder is te wijten, zodat hij dientengevolge aansprakelijk is. De bestuurder wordt ook niet zonder meer toegelaten tot het leveren van tegenbewijs om het vermoeden dat de betalingsonmacht aan hem is te wijten onderuit te halen. In het civiele recht staat tegenbewijs in beginsel altijd vrij, zelfs tegen dwingend bewijs.[190] Die vlieger gaat bij de toepassing van artikel 36 IW dus niet op. Het hiervoor bedoelde vermoeden kan pas door de bestuurder worden weerlegd, wanneer hij eerst aannemelijk heeft gemaakt dat het niet (tijdig of juist) voldoen aan de meldingsplicht niet aan hem is te wijten. Hierdoor heeft de disculpatiemogelijkheid geen betrekking op het onbetaald laten van de belastingschulden, maar op het niet tijdig melden van de betalingsonmacht. Artikel 36 lid 6 IW maakt voor de gewezen bestuurder een uitzondering op deze regel: hij hoeft niet eerst aannemelijk te maken dat het achterwege blijven van de melding aan

187 Zie daarover HR 28 juni 1996, *NJ* 1997, 58 (*Bodam Jachtservice*) en HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 95 (*Vlimeta*).

188 HR 27 juni 2008 ECLI:NL:HR:2008:BD5467; zie bijvoorbeeld Rb. Gelderland 15 oktober 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:3756, waarin degene in de oprichtingsakte tot bestuurder was benoemd en als zodanig in het handelsregister stond ingeschreven als formeel bestuurder aangemerkt, ook al had hij nooit bestuurshandelingen verrichten of namens de BV naar buiten vertegenwoordigd; zie verder ten aanzien van de benoeming Rb. Zeeland-West-Brabant 28 oktober 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:7895; Hof Arnhem 13 juli 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BN1687.

189 HR 1 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM5125; zie voor een dergelijk geval Rb. Noord-Holland 3 oktober 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:1153, waarin de rechtbank uit de feitelijke omstandigheden afleidt dat de vertrekkende bestuurder haar functies had neergelegd en niet als bestuurder in de zin van art. 36 lid 1 IW wordt aangemerkt.

190 Artikel 151 lid 2 Rv.

hem is te wijten. Ook wanneer wel op juiste wijze aan de meldingsplicht is voldaan, is de bestuurder nog niet veilig. Wanneer de Ontvanger aannemelijk maakt dat de betalingsonmacht het gevolg is van aan de bestuurder te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur in de periode van het jaar voorafgaand aan de melding, is de bestuurder – behoudens tegenbewijs – alsnog aansprakelijk.[191] Het strenge (bewijs)regime van artikel 36 IW maakt dat de bepaling feitelijk een risicoaansprakelijkheid vestigt in geval van het niet juist melden van de betalingsonmacht.[192]

Ondanks dat de regeling in de literatuur al langere tijd wordt bekritiseerd,[193] beschouwt de Hoge Raad de huidige regeling vooralsnog als een krachtige stimulans voor de bestuurder om ervoor te zorgen dat tijdig melding van betalingsonmacht wordt gedaan.[194] Enige nuancering is hier op zijn plaats. Tekstra[195] noemt in dit verband de omstandigheid dat het doen van een melding betalingsonmacht niet meer noodzakelijk is wanneer de fiscus op de hoogte is gekomen of kon zijn van de betalingsproblemen van de vennootschap.[196] Verder noemt hij de interpretatie van het begrip 'betalingsonmacht', waardoor het thans mogelijk is dat onder omstandigheden zowel niet gemeld als niet betaald hoeft te worden.[197] Bovendien ziet de verwijtbaarheid van het niet tijdig melden slechts op een persoonlijk verwijt richting de betreffende bestuurder.[198] Ten slotte dient de Ontvanger voorafgaand aan de aansprakelijkheidsstelling de bestuurder te horen en de aangedragen argumenten en verweren van de bestuurder mee te nemen in de beslissing over de aansprakelijkheidsstelling.[199]

Ten aanzien van de (mede)beleidsbepaler kunnen enkele specifieke haken en ogen worden aangewezen. Daarop zal ik mij concentreren. Eerst vergelijk ik de positie van de (mede)beleidsbepaler met de gewezen bestuurder. Vervolgens plaats ik enkele kanttekeningen bij de collectieve aansprakelijkheid en de toepassing van artikel 36 lid 5 sub c IW.

---

191 Zie over *onbehoorlijk bestuur* paragraaf 4.2.4.2.1.
192 Vgl. Tekstra 2017, p. 555.
193 Zie o.m. Tekstra 2017, p. 556-558; Raaijmakers 2014, p. 384-386; Raaijmakers 2016, p. 65-67; Hofman & Theuns 2017, p. 224-232.
194 HR 21 januari 2011, *JOR* 2011, 68, m.nt. Tekstra.
195 Tekstra 2017, p. 558-559.
196 Onder verwijzing naar HR 28 februari 2014, *JOR* 2014, 155, m.nt. Tekstra; zie echter ten aanzien van de Wet Bpf 2000 Hof Den Haag 3 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1860, *PJ* 2014, 178.
197 Onder verwijzing naar HR 4 februari 2011, *JOR* 2011, 170, m.nt. Tekstra.
198 Verwezen wordt naar HR 8 december 2014, *JOR* 2014, 320, m.nt. Tekstra.
199 Verwezen wordt naar HR 15 augustus 2015, *BNB* 2015, 207, m.nt. Vetter en HR 15 januari 2016, *V-N* 2016, 6.3.

4.2.4.1.1 Gewezen bestuurder versus (mede)beleidsbepaler

Personen of lichamen die ten tijde van het ontstaan van een belastingschuld bestuurder waren kunnen naast het zittende bestuur aansprakelijk zijn op grond van artikel 36 IW. Niet relevant is hoe lang diegene bestuurder is geweest en of hij formeel of materieel bestuurder was.[200] Aldus kan ook een gewezen (mede)beleidsbepaler aansprakelijk worden gesteld, indien hij ten tijde van het ontstaan van de belastingschuld als zodanig kwalificeerde. De gewezen bestuurder blijft aansprakelijk voor de belastingschuld die formeel tijdens zijn bestuurstermijn is ontstaan, maar ook voor belastingschulden die gedurende deze periode materieel verschuldigd waren.

Gelet op het zesde lid van artikel 36 IW heeft de gewezen bestuurder echter een bijzondere positie. De tweede volzin van het vierde lid is niet van toepassing op de gewezen bestuurder. Daardoor wordt hij niet geconfronteerd met de hiervoor beschreven lastige bewijsrechtelijke positie. De gedachte die aan deze versoepeling ten grondslag ligt, is dat de gewezen bestuurder op het moment van het ontstaan van de betalingsonmacht geen bestuurder meer is en daarom niet aan de meldingsplicht kan voldoen.[201] Bovendien is hij veelal niet op de hoogte van de betalingsonmacht.[202]

De logica achter deze gedachte ontgaat mij. Artikel 36 lid 2 IW bepaalt dat iedere bestuurder bevoegd is om namens het lichaam aan de meldingsplicht te voldoen. Onder bestuurder wordt ingevolge het vijfde lid mede verstaan de gewezen bestuurder, alsook de (mede)beleidsbepaler en de rechtspersoon-bestuurder. Betreft het hier een gelijkschakeling voor de gehele bepaling, zoals het geval is in artikel 2:248 (138) lid 7 BW, dan zie ik niet in waarom de gewezen bestuurder geen melding meer kan doen om de enkele reden dat hij geen formeel bestuurder meer is. Ik begrijp dat Raaijmakers de bepaling in deze zin leest als hij schrijft: '[i]edereen die als bestuurder in de zin van de bestuurdersaansprakelijkheid wordt beschouwd, kan de betalingsonmacht melden. Dus ook de feitelijke beleidsbepaler, de gewezen bestuurder en de bestuurder van het lichaam dat bestuurder is van het lichaam dat in betalingsonmacht verkeert, kunnen de betalingsonmacht melden.'[203] Die stelling is vervolgens niet te rijmen met zijn opmerking, slechts enkele regels verder, dat '[d]e gewezen bestuurder niet aan de meldingsplicht [kan] voldoen indien hij op het moment van het ontstaan van de betalingsonmacht geen bestuurder meer is'.[204]

200 Raaijmakers 2014, p. 351; Booij 2003, p. 186.
201 *Kamerstukken II* 1987/88, 20 588, nr. 3, p. 96-97 (MvT); Raaijmakers 2014, p. 383; Raaijmakers 2016, p. 63; De Groot 2011, p. 210; Tekstra 2017, p. 557.
202 Aldus Booij 2003, p. 176.
203 Raaijmakers 2016, p. 63.
204 Raaijmakers 2016, p. 63.

Wanneer ik deze tegenstrijdigheid projecteer op de positie van de (mede)beleidsbepaler, dan ontstaat mijns inziens het volgende beeld. Ofwel het vijfde lid bewerkstelligt een gelijkschakeling waardoor niet alleen de (mede)beleidsbepaler, maar ook de gewezen bestuurder, ingevolge het tweede lid bevoegd moet worden geacht om aan de meldingsplicht te voldoen, ofwel de (mede)beleidsbepaler is, evenals de gewezen bestuurder, daartoe in beginsel niet bevoegd. In dat laatste geval is de positie van de (mede)beleidsbepaler dus vergelijkbaar met die van een gewezen bestuurder: beiden zijn geen formeel bestuurder en zijn dáárom niet tot het doen van de melding bevoegd. Een (mede)beleidsbepaler is immers per definitie geen formeel bestuurder. In dat licht zie ik niet in waarom voor de gewezen bestuurder wel een uitzondering moet worden gemaakt ten aanzien van de bewijsrechtelijke positie, terwijl op de (mede)beleidsbepaler – eveneens niet bevoegd tot het doen van een melding – wel de zware last drukt die ook het formele bestuur ten deel valt wanneer niet of niet tijdig aan de meldingsplicht is voldaan. Het enkel kwalificeren als (mede)beleidsbepaler leidt er in die gevallen namelijk toe, dat de aansprakelijkheid in beginsel vaststaat, tenzij de (mede)beleidsbepaler aannemelijk maakt dat hem niet kan worden verweten dat het lichaam niet aan de meldingsplicht heeft voldaan en vervolgens aannemelijk maakt dat de niet tijdige betaling niet aan hem te wijten is. Dit laatste lijkt mij des te kwalijker, wanneer wordt bedacht dat een (mede)beleidsbepaler in beginsel ook niet bevoegd is om namens de vennootschap betalingen te verrichten. In wezen wordt hierbij ten onrechte verondersteld dat elke (mede)beleidsbepaler over één kam is te scheren, zich dezelfde bevoegdheden eigen heeft gemaakt en steeds in gelijke mate samen met de formele bestuurders optrekt, dan wel zodanige controle over hen heeft, dat telkens aan de verplichtingen die op de formele bestuurders rusten, kan worden voldaan. Mijns inziens dient de (mede)beleidsbepaler in dezelfde positie als de gewezen bestuurder te worden gebracht, wanneer uit de omstandigheden die aanleiding geven om de betrokkene als zodanig te kwalificeren, blijkt dat hij niet de mogelijkheid heeft gehad om aan de meldingsplicht te voldoen, doordat hij daartoe niet bevoegd was.

Er wringt hier nog een andere omstandigheid, die overigens geldt voor alle aansprakelijkheidsbepalingen waarin de (mede)beleidsbepaler met de formele bestuurder wordt gelijkgesteld. Voor zowel de formele als de gewezen bestuurder is de positie ten aanzien van artikel 36 IW aanstonds duidelijk. De benoeming tot statutair bestuurder en het eventuele ontslag markeren de periode waarin zij verantwoordelijk zijn voor het voldoen aan de in artikel 36 IW neergelegde verplichting. Tegelijkertijd is voor hen duidelijk dat zij daarom aansprakelijk (kunnen) worden gesteld, wanneer aan die verplichtingen niet wordt voldaan. Bovendien zijn zij bevoegd (geweest) om aan deze verplichtingen te voldoen. De hoedanigheid van bestuurder brengt ten slotte het vereiste inzicht in de administratie en financiële positie van het lichaam met zich. Deze uitgangspunten gelden niet noodzakelijkerwijs voor de (mede)beleidsbepaler. Ik durf zelfs het standpunt in te nemen dat er (mede)beleidsbepalers zijn die zich niet realiseren dat zij als zodanig kwalificeren, zodat evenmin voor hen duidelijk kan

zijn welke risico's zij lopen en aan welke verplichtingen zij dienen te voldoen. De concrete omstandigheden van het geval zijn leidend voor de vraag of van een (mede) beleidsbepaler kan worden gesproken. Die omstandigheden worden pas in rechte belicht, daaruit volgt een oordeel van de rechter en pas dan zal voor deze (mede) beleidsbepaler vaststaan dat hij hangt. De vaagheid van de norm die tot kwalificatie leidt, brengt met zich dat (mede)beleidsbepalers niet goed kunnen inschatten of en in hoeverre zij een aansprakelijkheidsrisico lopen.[205] Goed, de kwaadwillende (mede) beleidsbepaler – de ware misbruiker of opdrachtgever achter de schermen – zal zich daarvan terdege bewust zijn. De 'bonafide' (mede)beleidsbepaler toch zeker niet, althans in veel mindere mate, en dat is mijns inziens bezwaarlijk. In het kader van artikel 36 IW zal degene die vreest als (mede)beleidsbepaler te worden aangemerkt het bestuur (schriftelijk) moeten aansporen om aan de meldingsplicht te voldoen, dan wel zal diegene er anderszins in moeten voorzien dat aan de meldingsplicht wordt voldaan, wil hij kunnen ontkomen aan het strenge bewijsregime.

Een lichtpunt voor de (mede)beleidsbepaler en een nuancering van de hel en verdoemenis die uit zijn onbevoegdheid lijkt voort te spruiten, is de 'bekendheidsleer' die een vast gegeven is geworden in de rechtspraak van de Hoge Raad en waaraan hiervoor al werd gerefereerd. Deze leer houdt in dat een melding in het kader van artikel 36 IW niet is vereist, wanneer de Ontvanger al op de hoogte is of behoorde te zijn van de betalingsonmacht van de vennootschap.[206] Hierbij verdient de opmerking dat deze leer niet geldt in geval van een naheffingsaanslag die het gevolg is van opzet of grove schuld; de situatie zoals bedoeld in artikel 7 lid 2 Uitvoeringsbesluit IW 1990.[207] Is de Ontvanger op de hoogte van de betalingsonmacht of kon hij dat redelijkerwijs zijn, dan kan het lichaam en zijn bestuurders niet worden tegengeworpen dat er geen melding is gedaan. Daarnaast dient iedere brief die als melding is bedoeld als zodanig te worden aangemerkt en dient elke omstandigheid op grond waarvan de Ontvanger weet of redelijkerwijs kan weten dat er betalingsproblemen zijn te worden aangemerkt als een melding. Ook het indienen van een verzoek om uitstel van betaling waaruit is af te leiden dat het verzoek ook als melding is te beschouwen, moet als melding van betalingsonmacht worden aangemerkt.[208] Ten aanzien van het verzoek om uitstel van betaling speelt mijns inziens echter weer de bevoegdheidsproblematiek, terwijl dit tegelijkertijd als een daad van bestuur zou kunnen worden beschouwd die als omstandigheid kan worden meegewogen bij de kwalificatie als

205 Vgl. over de vaagheid van normen en het inschatten van aansprakelijkheidsrisico's Kroeze 2006, paragraaf 8.3.

206 HR 28 februari 2014, *JOR* 2014, 155, m.nt. Tekstra.

207 In zijn annotatie bij het arrest merkt Tekstra op dat Hoge Raad enige onduidelijkheid laat bestaan over de vraag of deze uitzondering alleen geldt in de situatie als bedoeld in artikel 7 lid 2 Uitvoeringsbesluit IW of ook de situatie als bedoeld in het eerste lid. Tekstra komt tot de conclusie dat alleen de situatie in het tweede lid is bedoeld.

208 Raaijmakers 2014, p. 362.

(mede)beleidsbepaler. Dat laat onverlet dat een (mede)beleidsbepaler – voor zover deze onbevoegd moet worden geacht om een melding te kunnen doen – indirect aan de meldingsverplichting kan voldoen door de Ontvanger op de hoogte te brengen van de betalingsonmacht op zodanige wijze dat de Ontvanger weet of behoort te weten dat het lichaam betalingsproblemen heeft. Het heeft mijns inziens echter de voorkeur dat de (mede)beleidsbepaler bevoegd moet worden geacht om een melding te doen, althans dat de bevoegdheid van degene die meldt in feite geen punt van discussie kan zijn, wanneer duidelijk is dat de Ontvanger op de hoogte was of behoorde te zijn van de betalingsproblemen.

4.2.4.1.2 Collectieve aansprakelijkheid

De ingevolge artikel 36 IW gevestigde aansprakelijkheid heeft een collectief karakter. Wanneer het lichaam niet aan de meldingsplicht heeft voldaan, zijn in beginsel alle bestuurders aansprakelijk. Gelet op de gelijkschakeling in het vijfde lid zijn bij verzaking van de meldingsplicht niet alleen de formele bestuurders aansprakelijk, maar ook de (mede)beleidsbepaler(s), gewezen bestuurder(s) en (bestuurders van) rechtspersoon-bestuurder(s). Al deze bestuurders zijn hoofdelijk aansprakelijk voor de betreffende belastingschuld. De disculpatiemogelijkheid heeft daarentegen een individueel karakter. Als één bestuurder zich weet te disculperen, blijven de andere bestuurders aansprakelijk.

Hoofdelijkheid brengt met zich dat de Ontvanger in beginsel vrij is in zijn keuze welke bestuurder(s) worden aangesproken. De Ontvanger is echter gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waartoe het gelijkheidsbeginsel behoort. De Hoge Raad maakt een onderscheid tussen de aansprakelijkheidsstelling en de daarop volgende stappen. In beginsel moeten alle bestuurders aansprakelijk worden gesteld.[209] Vervolgens kunnen bijvoorbeeld uiteenlopende verhaalsmogelijkheden reden zijn om een onderscheid te maken tussen de verschillende bestuurders.[210] De Ontvanger dient te motiveren waarom slechts ten aanzien van één of meer bestuurders vervolgstappen worden ondernomen.[211] Bestuurders zullen vervolgens zelf moeten zien hoe ze het door hen te veel betaalde terugkrijgen. Voor zover het lichaam zelf onvoldoende verhaal biedt, kan de bestuurder die de Ontvanger heeft

209 Zie echter Rb. Zeeland-West-Brabant 28 oktober 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:7895, waarin belanghebbende klaagde dat de Ontvanger ten onrechte niet de enig aandeelhouder als beleidsbepaler aansprakelijk had gesteld, maar de rechtbank oordeelde dat de Ontvanger binnen de grenzen van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur vrij is in de keuze wij hij aansprakelijk stelt en zich daarbij mag laten leiden door de verhaalsmogelijkheden. Het lijkt erop dat de rechtbank het arrest van de Hoge Raad hier onjuist heeft toegepast.

210 HR 2 november 2011, *NJ* 2002, 24, r.o. 3.5.

211 Raaijmakers 2016, p. 50; Tekstra 2017, p. 550.

betaald regres nemen op de andere bestuurders. Tussen de bestuurders onderling is sprake van een draagplicht voor gelijke delen.[212]

Het voorgaande kan ertoe leiden dat een formele bestuurder uiteindelijk niet door de Ontvanger in rechte wordt betrokken, maar de (mede)beleidsbepaler wel. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen wanneer de formele bestuurder slechts een onvermogende katvanger is, terwijl de (mede)beleidsbepaler wel voldoende verhaal biedt. Ook het omgekeerde geval kan zich voordoen. Deze situatie was aan de orde in een arrest van het Hof 's-Gravenhage.[213] In casu was de Ontvanger gebleken dat de beleidsbepaler geen verhaal bood en werd slechts de formele bestuurder in rechte betrokken. Voor zover de afweging van de Ontvanger is gelegen in de verhaalsmogelijkheden, is voor deze aanpak begrip op te brengen. Dat wordt mijns inziens echter anders, wanneer de afweging wordt gemaakt vanuit een opportuniteitsgedachte. In de casus van het zojuist aangehaalde arrest van de Hoge Raad waren weliswaar beide bestuurders aansprakelijk gesteld, maar de kennisgeving houdende aansprakelijkstelling kwam ten aanzien van een van deze bestuurders als onbestelbaar retour. De betreffende bestuurder bleek niet meer woonachtig op het laatste bij de Ontvanger bekende adres en was naar Spanje verhuisd. Rechtbank, hof en Hoge Raad achtten de beslissing om deze bestuurder niet te dagvaarden redelijk.[214] Ik heb daar moeite mee en vraag mij af of deze beslissing ook redelijk was geweest als de in Nederland woonachtige bestuurder geen verhaal bood. Uit de beslissingen blijkt namelijk niet dat de naar Spanje verhuisde bestuurder geen verhaal bood. Wellicht kost het de Ontvanger meer moeite om verhaal te zoeken op een bestuurder die is verhuisd, maar die enkele omstandigheid maakt voornoemde overweging nog niet redelijk. Overigens hoeven de verhaalsmogelijkheden zich niet tot Nederland te beperken. De zogenaamde Bijstandsrichtlijn Invordering biedt de Ontvanger de mogelijkheid om na aansprakelijkstelling een andere lidstaat te verzoeken bijstand te verlenen bij de invordering aldaar.[215] Deze uitspraak lijkt een deur te openen voor (kwaadwillende) bestuurders om zich aan aansprakelijkheid te onttrekken, door bijvoorbeeld te verhuizen. Die constatering is, bezien tegen het in de parlementaire geschiedenis geschetste beeld van een (mede)beleidsbepaler, opvallend. Bij het belastingplichtige lichaam wordt een onvermogende katvanger geplaatst, terwijl de (mede)beleidsbepaler vanuit een zonnig oord aan de touwtjes trekt. Er ontstaat betalingsonmacht en de meldingsplicht wordt verzaakt, zodat de Ontvanger zowel de katvanger als de (mede)beleidsbepaler aansprakelijk stelt. De katvanger biedt geen verhaal en de vermogende (mede)beleidsbepaler vertoeft in het buitenland. Laat de Ontvanger het er dan bij zitten? De redelijkheid is dan wat mij betreft ver te zoeken.

212 Artikel 55 IW.
213 Hof 's-Gravenhage 27 mei 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD5876.
214 HR 2 november 2011, *NJ* 2002, 24, r.o. 3.4.3.
215 Richtlijn 2010/24/EU van 16 maart 2010 betreffende de wederzijdse bijstand inzake de invordering van schuldvorderingen die voortvloeien uit belastingen, rechten en andere maatregelen.

Overigens is de kwestie die aan de orde was in het hiervoor genoemde arrest van Hof 's-Gravenhage om nog een andere reden interessant.[216] Uit de feiten blijkt niet met zoveel woorden dat de meldingsplicht was verzaakt.[217] Het geschil spitst zich naast het beroep op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur toe op de vraag of de ingeschreven, formele bestuurder terecht aansprakelijk is gesteld. De bestuurder betoogt dat niet hij maar de beleidsbepaler moet worden aangemerkt als bestuurder, omdat deze de feitelijke leiding had en de bestuurder zelf in feite niets te vertellen had. Een verweer dat op voorhand is gedoemd om te mislukken, want als algemene regel heeft te gelden dat de formele bestuurder ondanks de aanwezigheid van een (mede)beleidsbepaler zijn eigen verantwoordelijkheid behoudt.[218] Die regel geldt bij de toepassing van iedere aansprakelijkheidsbepaling waarin de taakvervulling van de bestuurder het uitgangspunt voor de beoordeling vormt. Ook het hof neemt dit terecht tot uitgangspunt. Het hof overweegt vervolgens dat de bestuurder, door het bestuur feitelijk aan een ander over te laten en te verzuimen zelf als bestuurder op te treden waar dat geboden was, heeft blijk gegeven van onbehoorlijk bestuur. Bij deze overweging moet mijns inziens worden benadrukt dat juist de combinatie van enerzijds het bestuur overlaten aan een ander en anderzijds verzuimen zelf als bestuurder op te treden (zeker) waar dat geboden is, als onbehoorlijk bestuur worden aangemerkt. De enkele omstandigheid dat het bestuur aan een ander, een (mede)beleidsbepaler, wordt overgelaten, kan naar ik meen niet het oordeel dragen dat er onbehoorlijk bestuurd. Het collectieve karakter van de regeling staat daaraan in de weg. Als deze omstandigheid namelijk op zichzelf tot onbehoorlijk bestuur zou leiden, dan is een (mede)beleidsbepaler steeds per definitie aansprakelijk: er is een (mede)beleidsbepaler, dus heeft de formele bestuurder zijn taak (mede) aan een ander overgelaten en deze dus onbehoorlijk vervuld, zodat hij aansprakelijk is en waardoor de (mede) beleidsbepaler vervolgens het lot van de formele bestuurder deelt. Ik betwijfel of dit de bedoeling van de wetgever is geweest. Ook de enkele omstandigheid dat sprake is geweest van (mede)beleidsbepaling op zich kan niet tot aansprakelijkheid leiden.[219]

---

216 Hof 's-Gravenhage 27 mei 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD5876.

217 Vgl. ook het vonnis van de rechtbank, Rb. 15 november 2006, *V-N* 2007, 40.32.

218 Vgl. HR 13 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7346, het zich afzijdig houden van de bestuurstaak, disculpeert de bestuurder (juist) niet van zijn verantwoordelijkheid; zie bijvoorbeeld Rb 's-Gravenhage 15 november 2006, *V-N* 2007, 40.32; Rb. Zutphen 30 september 2009, ECLI:NL:RBZUT:2009:BK4198; Hof 's-Gravenhage 27 mei 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD5876; Hof Amsterdam 28 juni 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX0224, stelt zelfs dat het op de weg van de formele bestuurder ligt om de beleidsbepaler dan maar beter aan te sturen. Het afzien van een dergelijk instrueren en aansturen, terwijl de formele bestuurder evenmin zelf feitelijk betrokken is bij de gang van zaken is voor het hof eerder een aanvullende grond die noopt tot de conclusie dat er sprake is van onbehoorlijk bestuur; zie ten onrechte anders Rb. Rotterdam 19 april 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AX1352, *JIN* 2006, 293, m.nt. Gepken-Jager; Hof Den Haag 10 december 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3238.

219 Vgl. HR 7 november 1997, *JOR* 1998, 5 (*Kandel/Koolhaas*).

4.2.4.1.3 Aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder

Artikel 36 lid 5 sub c IW bewerkstelligt dat ook bestuurders van een rechtspersoon-bestuurder van een belastingplichtig lichaam aansprakelijk kunnen zijn. De bepaling vertoont gelijkenissen met artikel 2:11 BW, dat bepaalt dat de aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon ook hoofdelijk rust op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon daarvan bestuurder is. Artikel 2:11 BW kent ten aanzien van (mede)beleidsbepalers evenwel een fundamentele tekortkoming. De bepaling kan worden toegepast ten aanzien van formele rechtspersoon-bestuurders en (mede) beleidsbepalende rechtspersonen. Het maakt daarbij niet uit of de eerstegraads bestuurder een formele bestuurder is of een (mede)beleidsbepaler. Echter, wordt de bepaling toegepast dan komt slechts een hoofdelijke aansprakelijkheid te rusten op de formele bestuurder van de rechtspersoon-bestuurder. De bepaling reikt niet zo ver dat óók de (mede)beleidsbepaler van een rechtspersoon-bestuurder c.q. (mede)beleidsbepalende rechtspersoon hoofdelijk aansprakelijk wordt: een tweedegraads (mede)beleidsbepaler bestaat in dit verband dus niet.[220]

Anders dan artikel 2:11 BW is artikel 36 lid 5 sub c IW ook van toepassing op een rechtspersoon die bestuurder is van een entiteit die geen rechtspersoon is, zoals een personenvennootschap. Is de bestuurder van een belastingplichtige BV bijvoorbeeld een vennootschap onder firma en zijn de vennoten daarvan een BV, dan kan de natuurlijk persoon die bestuurder is van deze laatste BV, aansprakelijk worden gesteld op grond van artikel 36 IW. Bij de toepassing van artikel 36 lid 5 sub c IW maakt het bovendien niet uit of de rechtspersoon-bestuurder een formele bestuurder is, dan wel een (mede)beleidsbepaler (een beleidsbepalende rechtspersoon).[221] In zoverre houdt de bepaling gelijke tred met artikel 2:11 BW. De doorbraak die artikel 2:11 BW bewerkstelligt, schiet echter tekort wanneer de rechtspersoon-bestuurder door een (mede)beleidsbepaler wordt bestierd. In zijn *Montedison*-arrest heeft de Hoge Raad artikel 2:11 BW zo uitgelegd dat slechts een hoofdelijke aansprakelijkheid komt te rusten op de formele bestuurder van de rechtspersoon-bestuurder.[222] Daartoe overwoog de Hoge Raad dat de gelijkschakeling van een (mede)beleidsbepaler met een bestuurder uitdrukkelijk is beperkt tot de bepaling waarop de aansprakelijkheid wordt gebaseerd, in casu artikel 2:248 BW. Daarentegen ontbeert artikel 2:11 BW deze gelijkschakeling, terwijl de Hoge Raad ook geen aanleiding zag om deze uitbreiding bij wege van analogie toe te passen.[223] Bij de

220 Zie nader Van Nuland 2017, p. 129.

221 Vgl. ten aanzien van artikel 2:11 BW HR 14 maart 2008, *NJ* 2008, 466 (*Lammers/Aerts q.q.*).

222 HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 411 (*Montedison*).

223 Op deze uitleg bestaat kritiek, zie o.m. Bulten & Leijten 2013, p. 163-173 die terecht concluderen dat de rechtspraak van de Hoge Raad strookt met de parlementaire geschiedenis van artikel 2:11 BW; Kroeze & Wezeman 2016, p. 219-231, die ervoor pleiten dat ook tweedegraads (mede)beleidsbepalers met

toepassing van artikel 2:11 BW wordt de invulling van het eerste bestuurdersbegrip, 'een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon', dus ingevuld door de bepaling waarop de aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder is gegrond. *Doorschakeling* van aansprakelijkheid geschiedt slechts naar de formele bestuurders van de rechtspersoon-bestuurder, omdat artikel 2:11 BW zelf geen gelijkschakeling kent. De tekortkoming van artikel 2:11 BW is dus het gevolg van de omstandigheid dat de bepaling niet zelf voorziet in een gelijkschakeling. Dit probleem doet zich bij artikel 36 IW niet voor. Het vijfde lid voorziet namelijk in zowel de gelijkschakeling als de doorbraak bij rechtspersoon-bestuurders. De in lid 5 bedoelde gevallen kunnen cumuleren.[224] De combinatie van artikel 36 lid 5 sub a jo. 36 lid 5 sub c IW maakt het daardoor mogelijk om (mede)beleidsbepalers van een rechtspersoon-bestuurder aansprakelijk te stellen voor de betreffende belastingschulden, wanneer sprake is van onbehoorlijk bestuur. Diezelfde (mede)beleidsbepalers kunnen echter in geval van faillissement van belastingplichtige rechtspersoon niet met toepassing van artikel 2:11 BW voor het tekort in faillissement worden aangesproken op grond van artikel 2:248 (138) BW.

4.2.4.2 Artikel 2:248 (138) BW

Ingevolge artikel 2:248 (138) BW is iedere bestuurder in geval van faillissement van de vennootschap jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort in faillissement, wanneer het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Degene die het beleid heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder wordt, voor de toepassing van deze bepaling gelijkgesteld met een bestuurder. De (mede)beleidsbepaler deelt dus het lot van het formele bestuur van de vennootschap. Op de curator rust de bewijslast dat een betrokkene als (mede) beleidsbepaler is aan te merken. Zowel voor wat betreft de grondslag als de maatstaven die bij de beoordeling van de aansprakelijkheid worden gehanteerd, moet de (mede)beleidsbepaler als formeel bestuurder worden benaderd. In beginsel zijn bestuurders slechts jegens de vennootschap gehouden tot een behoorlijke taakvervulling.[225] Wanneer de onbehoorlijke taakvervulling echter zover is gegaan, dat zij een belangrijke oorzaak van het faillissement vormt, ontstaat ook aansprakelijkheid jegens de schuldeisers van de vennootschap.[226]

---

toepassing van artikel 2:11 BW aansprakelijk zijn; evenzo Lennarts 2017, p. 175-176 en waarbij ik mij eerder heb aangesloten Van Nuland 2017, p. 129; anders (en uitgebreid) Hanegraaf 2017, p. 121-157 die zich verenigt met de rechtspraak van de Hoge Raad in verband met de rechtszekerheid, verwijzend naar A-G Langemeijer in zijn conclusie bij HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 411 (*Montedison*).

224 Raaijmakers 2003, p. 184 en 186.

225 Artikel 2:9 BW.

226 *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 20 (MvA).

Artikel 2:248 (138) BW gaat uit van een collectieve aansprakelijkheid van het bestuur.[227] Iedere bestuurder is hoofdelijk aansprakelijk jegens de boedel, wanneer komt vast te staan dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Niet is vereist dat ten aanzien van iedere bestuurder afzonderlijk komt vast te staan dat hij zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. Indien aannemelijk is dat ten minste één bestuurder aan onbehoorlijke taakvervulling schuldig is, zijn alle bestuurders aansprakelijk; ook de (mede)beleidsbepaler(s).[228] De omgekeerde situatie kan zich evenzeer voordoen: komt vast te staan dat de (mede)beleidsbepaler zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en is die onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement, dan zijn ook alle formele bestuurders aansprakelijk. De gelijkstelling van het zevende lid moet in beginsel in alle opzichten bij toepassing van artikel 2:248 (138) BW worden gehanteerd.

De aansprakelijkheid van het bestuur op grond van artikel 2:248 (138) BW kan worden beschouwd als een *lex specialis* van artikel 6:162 BW.[229] In beginsel kunnen crediteuren slechts verhaal zoeken op het vermogen van de vennootschap. De vennootschap is immers schuldenaar.[230] Het handelen van de vennootschap wordt evenwel (grotendeels) bepaald door het handelen van haar bestuur, dat het beleid bepaalt en de vennootschap vertegenwoordigt. De bestuurder die een leidinggevende functie aanvaardt, staat in voor het bezitten van bepaalde kwaliteiten en hoedanigheden die nodig zijn om die taak te kunnen vervullen. Ontbreken deze, dan kan dat risico niet worden afgewenteld; niet op de vennootschap en zeker niet op haar schuldeisers.[231] De normen van artikel 6:162 BW bieden crediteuren in dit verband onvoldoende bescherming. Wordt het faillissement van de vennootschap in belangrijke mate veroorzaakt doordat het bestuur zich onvoldoende van haar taken heeft gekweten, dan dient het recht de crediteuren van de vennootschap tegemoet te komen.[232] Hoewel artikel 2:248 (138) BW een zelfstandige grondslag voor aansprakelijkheid vormt, moet de werkelijke grondslag voor de aansprakelijkheid van het bestuur wegens onbehoorlijke taakvervulling worden gezocht in artikel 6:162 BW. Terwijl in beginsel slechts de vennootschap jegens haar crediteuren aansprakelijk is, wordt de kring van aansprakelijke personen als het ware, onder bijzondere omstandigheden, uitgebreid tot haar bestuurders, waarbij in wezen sprake is van (persoonlijk) onrechtmatig handelen jegens de crediteuren. Artikel 2:248 (138) BW geeft de te hanteren maatstaven voor bij het beoordelen van de vraag wanneer deze uitbreiding gerechtvaardigd is.[233]

227 *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 25 en 39 (MvA); vgl. Wezeman 1998, p. 295.
228 Wezeman 1998, p. 221; zie voor een geval waarin het faillissement (feitelijk) door één bestuurder is veroorzaakt, maar de overige bestuurders niettemin zijn lot delen Hof Arnhem-Leeuwarden 24 september 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7801.
229 Van Schilfgaarde 1986, p. 16; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/454; De Groot 2011, p. 105-106; anders: Kortmann en Faber in hun noot bij HR 18 september 2009, *JOR* 2010, 29.
230 Vgl. artikel 3:276 BW.
231 *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 37 (MvA).
232 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 058, nr. 6, p. 19 (NnavV).
233 Vgl. De Groot 2011, p. 107.

De hier bedoelde externe aansprakelijkheid jegens derden moet worden onderscheiden van de interne aansprakelijkheid. De grondslag voor deze laatste vorm van aansprakelijkheid is artikel 2:9 BW. Artikel 2:9 BW beschrijft hetgeen van de bestuurder wordt verwacht in positieve bewoordingen en bepaalt dat iedere bestuurder jegens de vennootschap verplicht is zijn taak behoorlijk te vervullen. Het gaat hier om een inspanningsverbintenis ten opzichte van de vennootschap.[234] Zowel artikel 36 IW als artikel 2:248 (138) BW gaan evenwel uit van een negatieve omschrijving en vereisen voor aansprakelijkheid onder meer dat sprake is van een *kennelijk onbehoorlijke taakvervulling* door het bestuur. Hoewel tussen de normen voor interne en externe aansprakelijkheid een zekere convergentie[235] waarneembaar is, vallen zij niet zonder meer samen en dienen deze normen ieder een ander doel.[236] Artikel 2:9 BW beoogt vooral de vennootschap te beschermen en vereist van bestuurders dat zij beschikken over het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.[237] Uit de parlementaire geschiedenis van artikel 36 IW en artikel 2:248 (138) BW blijkt duidelijk dat de bepalingen een antimisbruikkarakter hebben en bij uitstek zijn bedoeld ter bescherming van (bepaalde) crediteuren van de (failliete) vennootschap.[238] Van aansprakelijkheid op deze gronden kan slechts sprake zijn wanneer geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus zou hebben gehandeld.[239] Artikel 2:9 BW voorziet niet in een gelijkschakeling van de (mede)beleidsbepalers met formele bestuurders. Beleidsbepalers kunnen daarom niet op grond van deze bepaling intern aansprakelijk zijn jegens de vennootschap. Voor dit onderscheid zijn mijns inziens twee redenen aan te wijzen. Op de eerste plaats heeft de wetgever de beleidsbepaler vooral gezien als een opdrachtgever achter de schermen, iemand die op afstand aan de touwtjes trekt om zo aansprakelijkheid te ontlopen. Met dat inzicht is het niet vreemd dat de wetgever wellicht niet eraan heeft gedacht om ook in een interne aansprakelijkheid van beleidsbepalers te voorzien. Waarom zou een rechtspersoon gebaat zijn bij een dergelijke vordering, wanneer de rechtspersoon zelf het object is van het misbruik door een beleidsbepaler? Na een faillissement houdt zij op te bestaan en in faillissement zijn juist de (externe) schuldeisers de voornaamste belanghebbenden. De tweede reden ligt besloten in het antimisbruikkarakter van de bepaling. In uitzonderlijke omstandigheden heeft de wetgever het nodig geacht om de curator een sterker middel te verschaffen om onrechtmatig handelen jegens schuldeisers van de vennootschap aan te kunnen pakken. Die uitzonderlijke omstandigheden hebben vorm gekregen door voor aansprakelijkheid een kennelijke onbehoorlijke taakvervulling te vereisen die in causaal verband staat tot het faillissement.

234 Van Schilfgaarde 2017, p. 202.

235 Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/457.

236 Slagter/Assink 2013, p. 1071; zie ook Vastmans en Van Nuland in hun noot bij Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 15 mei 2018, *JIN* 2019, 123.

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

238 Slagter/Assink 2013, p. 1071.

239 HR 7 juni 1996, *NJ* 1996, 695, m.nt. Maeijer (*Drankenhandel Van Zoolingen*); HR 8 juni 2001, *NJ* 2001, 454 (*Panmo*); HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002, 94 (*Juno*).

Het kunnen aanpakken van het fenomeen 'verschuilen achter rechtspersoonlijkheid, waarvan crediteuren de dupe worden' is mijns inziens de essentie van de misbruikwetgeving en tekent niet alleen de maatstaf voor aansprakelijkheid, maar ook de figuur die deze wetgeving introduceerde: de (mede)beleidsbepaler.

4.2.4.2.1 Maatstaf voor aansprakelijkheid

Het bestuur moet zijn taken kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld. Indien die onbehoorlijke taakvervulling tevens een belangrijke oorzaak is van het faillissement, dan is het gerechtvaardigd dat de crediteuren zich ook tot het bestuur van de vennootschap kunnen wenden. Het bestuur is dan aansprakelijk jegens de boedel voor het bedrag van de schulden voor zover die niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan. Het uitgangspunt dat crediteuren van de vennootschap zich moeten verhalen op het vermogen van de vennootschap wordt dus in eerste instantie gehandhaafd. Blijven crediteuren van de vennootschap na vereffening van haar vermogen evenwel (deels) onvoldaan, dan wordt dit tekort bij aansprakelijkheid in feite door het bestuur aangezuiverd. In plaats van schadevergoeding is het bestuur verplicht tot vergoeding van het tekort, met de kanttekening dat het niet redelijk zou zijn om de bestuurder aansprakelijk te stellen voor een hoger bedrag dan de schade die door het onbehoorlijk bestuur is ontstaan. Het vijfde lid kent daarom een matigingsrecht toe aan de rechter.[240] De uiteindelijke vergoedingsplicht is dan ook afhankelijk van de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling: slechts de schade als gevolg van de onbehoorlijke taakvervulling dient te worden vergoed. Artikel 2:248 (138) BW vereist daarom een causaal verband tussen de onbehoorlijke taakvervulling enerzijds en het faillissement van de vennootschap anderzijds. De wetgever heeft echter niet beoogd om fouten en misrekeningen die de onderneming in financieel zwaar weer hebben gebracht met persoonlijke aansprakelijkheid te bestraffen, tenzij de genomen risico's gelet op het tijdstip van de beslissing en de solvabiliteitspositie van de vennootschap als onverantwoordelijk moeten worden beschouwd.[241] Bij misbruik in de zin van de WBF gaat het om verwijtbaarheid en de daaraan inherente onbetamelijkheid.[242] In zijn algemeenheid gaat het dus om gedragingen die erop gericht zijn of die er wel toe moeten leiden dat het ondernemingsrisico wordt

240 Vgl. *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 5 (MvT).

241 *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 14, 20-21 (MvA); zo oordeelde de Hoge Raad in het kader van aansprakelijkheid op grond van artikel 36 IW dat het staat een vennootschap en diens bestuurder(s) in beginsel vrijstaat, op grond van een eigen afweging, te bepalen welke schuldeisers van de vennootschap zullen worden voldaan. Indien deze afweging leidt tot het besluit om (preferente!) belastingschulden van een vennootschap niet, of niet bij voorrang te betalen, die afweging slechts kan worden aangemerkt als kennelijk onbehoorlijk bestuur als geen redelijk denkend bestuurder onder deze omstandigheden dezelfde afweging zou hebben gemaakt. De bestuurder heeft aldus de vrijheid een eigen afweging te maken, die onder omstandigheden beperkter kan zijn maar nooit geheel ontbreekt, zie HR 12 april 2019, *JOR* 2019, 123, m.nt. Tekstra.

242 *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 35 (MvA).

afgewenteld op de schuldeisers.[243] Het komt vooral aan op het (bewust) benadelen van de vennootschap en haar schuldeisers.[244] In 2018 heeft de Hoge Raad nog eens bevestigd dat voor aansprakelijkheid op grond van artikel 2:238 (138) BW is vereist dat het bestuur de benadeling van de schuldeisers door hun onbehoorlijke bestuur moeten hebben voorzien.[245] Wanneer bij artikel 2:248 (138) BW de onbehoorlijkheid moet worden beoordeeld, moet dan ook in het bijzonder worden gekeken naar de gevolgen voor de schuldeisers. Niet is vereist dat het bestuur grove schuld of grove nalatigheid kan worden verweten.[246] Als onbehoorlijk wordt aangemerkt onverantwoord handelen of anderszins het verwaarlozen van de bestuurstaak, met de (objectief te bepalen) kennis dat de schuldeisers daarvan uiteindelijk de lasten zouden moeten dragen.[247] Of het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld, zal steeds afhangen van de concrete omstandigheden van het geval.[248] Slechts na een afweging van alle concrete omstandigheden, in onderling verband en samenhang bezien, kan de rechter tot het oordeel komen dat het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld.[249] Daarbij dient de rechter de omstandigheden te beoordelen naar de maatstaven die golden ten tijde van het te beoordelen beleid.[250] Een beoordeling met de vergaarde wijsheid na de verweten bestuurshandelingen, *hindsight bias*, moet worden vermeden.[251]

Het bestuur heeft in ieder geval zijn taak kennelijk onbehoorlijk vervuld, indien het niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit hoofde van artikel 2:10 BW, de administratieplicht, of artikel 2:394 BW, de publicatieplicht.[252] Het ontbreken van een behoorlijke boekhouding en het niet tijdig publiceren van de jaarrekening duidt immers op een weinig betrouwbaar serieus ondernemerschap, waaruit kan worden afgeleid dat het bestuur zijn taak in het algemeen onbehoorlijk heeft vervuld en waaruit het vermoeden ontstaat dat daarin een belangrijke oorzaak van het faillissement is gelegen.[253] Deze verplichtingen behoren tot de elementaire verplichtingen voor het bestuur van de vennootschap. Zij vormen bovendien, aldus de wetgever, de

243 *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 14 en 20 (MvA).
244 *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 21 en 25 (MvA).
245 HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2370, *JOR* 2019, 74, m.nt. Verboom, *Ondernemingsrecht* 2019, 89, m.nt. Lennarts, *NJ* 2019, 31, *RvdW* 2019 76 (*Geocopter*); zie ook Van Olden 2019 en Van Bekkum 2019.
246 *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 4 (MvT).
247 *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 34 (MvA).
248 Zie De Groot 2011, p. 108-109 voor een uitgebreide opsomming van gevallen waarin de concrete omstandigheden tot het oordeel leidde dat het bestuur haar taken kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld; Zie ook Van Schilfgaarde 2017, p. 208; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/457; Wezeman 1998, 283-288 (WBF) en 215-219 (WBA).
249 HR 14 oktober 2005, *JOR* 2006, 61, m.nt. Borrius.
250 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/457.
251 *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 4 (MvA).
252 Zie hierover ook paragraaf 3.4.
253 *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 4 (MvT).

belangrijkste wettelijke waarborg dat er in de vennootschap een ordelijk, verantwoordelijk en nauwgezet bestuur wordt gevoerd, waardoor derden erop kunnen vertrouwen dat zij met die vennootschap zaken kunnen doen en niet worden verrast door een misplaatst beroep op beperking van aansprakelijkheid, wanneer de schulden de baten blijken te overtreffen.[254] Het tweede lid van artikel 2:248 (138) BW bepaalt daarom dat indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit de artikelen 10 of 394, het zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en vermoed wordt dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Een onbelangrijk verzuim wordt evenwel niet in aanmerking genomen. De administratie en publicatieplicht rusten volgens de Hoge Raad ook op de (mede)beleidsbepaler.[255]

In zijn noot bij het zojuist aangehaalde arrest geeft Blanco Fernández mijns inziens terechte kritiek op het oordeel van de Hoge Raad.[256] Met hem ben ik van mening dat een (mede)beleidsbepaler in beginsel niet bevoegd is om zich met de boekhouding en publicatie van jaarrekeningen in te laten. Daarmee raakt hij de kern van het probleem dat volgens mij aan deze wettelijke gelijkstelling kleeft: de (mede) beleidsbepaler beschikt niet per definitie over de bevoegdheden die een behoorlijke vervulling van zijn taak vergt. De gelijkstelling met formele bestuurders geldt alleen voor de toepassing van specifieke bepalingen, waaronder dus artikel 2:248 (138) BW. Aan wettelijke bepalingen die deze gelijkstelling ontberen, kan een (mede) beleidsbepaler in beginsel geen bevoegdheden ontlenen, omdat deze bepalingen zich tot de formele bestuurders richten.[257]

Het lijkt erop dat de wetgever dit bij het opstellen van de gelijkstellingen heeft miskend en steeds alleen de echte 'misbruik'-beleidsbepaler voor ogen heeft gehad, die daadwerkelijk alle touwtjes in handen geeft. Dat strookt evenwel niet met de variatie aan verschijningsvormen van deze figuur. Tegen deze achtergrond is de gedachtegang van Wezeman moeilijk te plaatsen. Hij noemt de beslissing van de Hoge Raad opmerkelijk, maar vindt de beslissing begrijpelijk voor zover deze alleen zal gelden voor de toepassing van artikel 248 lid 2 BW.[258] Dat volg ik niet, nu de (mede)beleidsbepaler of wél aan deze verplichtingen moet voldoen of juist niet, ongeacht of hij aansprakelijk wordt gesteld. Moet en kan hij aan deze verplichtingen voldoen, dan is

254 *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 27 (MvA).

255 Zo bleek reeds in HR 20 mei 1988, *NJ* 1989, 676 (*Koster/Van Nie q.q.*), r.o.3.4 en HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 411 (*Montedison*), r.o. 4.14; uitdrukkelijk in HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 95, m.nt. Maeijer, *JOR* 2002, 4, m.nt. Blanco Fernández (*Mefigro/Wind q.q.*), r.o. 3.6.

256 HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 95, m.nt. Maeijer, *JOR* 2002, 4, m.nt. Blanco Fernández (*Mefigro/Wind q.q.*); evenzo Handboek 2013, nr. 399.2.

257 De begrippen 'het bestuur' en 'de bestuurder' verwijzen in Boek 2 BW immers per definitie naar het vennootschappelijk orgaan respectievelijk degenen die daarvan formeel deel uitmaken. Zouden daar ook (mede)beleidsbepalers onder moeten worden verstaan, dan zijn de gelijkstellingen in de verschillende door mij besproken bepalingen immers overbodig.

258 HR 23 november 2001, *Ondernemingsrecht* 2002, 10, m.nt. Wezeman (*Mefigro/Wind q.q.*).

de toepassing van lid 2 mijns inziens redelijk. Is de (mede)beleidsbepaler echter (*de facto*) niet bevoegd om aan artikel 2:10 en 2:394 BW te voldoen, dan is de toepassing van 2:248 (138) lid 2 BW niet gerechtvaardigd. In de praktijk wordt het oordeel van de Hoge Raad overigens zonder blikken of blozen gevolgd.[259] Het ontbreken van een gelijkstelling beïnvloedt niet alleen de bevoegdheid, maar ook de aansprakelijkheid. Zo ontbreekt een gelijkstelling in artikel 2:249 (139) BW, waardoor de (mede) beleidsbepaler niet aansprakelijk is voor een misleidende jaarrekening, ondanks dat hij volgens de Hoge Raad dus wel medeverantwoordelijk is voor een behoorlijke administratie – op basis waarvan in de regel de jaarrekening wordt opgemaakt – en de publicatie van de jaarrekening. Het ontbreken van een gelijkstelling bij deze bepaling is mijns inziens een indicatie dat de wetgever de aansprakelijkheid van (mede)beleidsbepalers heeft willen reserveren voor uitzonderingsgevallen en dat de opvatting van de Hoge Raad omtrent de verantwoordelijkheid van beleidsbepalers voor de verplichtingen uit artikel 2:10 en 2:394 BW niet als juist kan worden beschouwd.

Een interessante kwestie in dit verband is te lezen in het arrest van Hof Amsterdam van 27 juni 2017.[260] Geconfronteerd met een beroep van een beleidsbepaler[261] op de disculpatiegrond van het derde lid, oordeelde het hof dat de stelling van de beleidsbepaler niet opging. De beleidsbepaler had zich op het standpunt gesteld dat het deponeren van de jaarstukken niet tot zijn taak behoorde maar alleen tot die van de formele bestuurder en dat hij geen toegang had tot de financiële stukken omdat de formele bestuurder de boekhouding deed, zodat het de formele bestuurder was die zijn taak niet naar behoren heeft vervuld. Uit de feitelijke gang van zaken bleek volgens het hof echter dat de beleidsbepaler zich op alle fronten met het beleid had bemoeid (in feite had bepaald) en zodoende de bestuursmacht aan zich had getrokken, zodat niet zonder meer viel in te zien waarom, wat dan bij uitzondering het deponeren van de jaarstukken betreft, alleen de formele bestuurder, kennelijk met

259 Zie o.m. Rb. Rotterdam 31 augustus 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR7071, waarin een aansprakelijkgestelde bestuurder een beleidsbepaler in vrijwaring had opgeroepen en de omstandigheid dat de bestuurder de publicatieplicht had geschonden geen invloed had op de bijdrageplicht van de beleidsbepaler; Hof Arnhem-Leeuwarden 25 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2423; Hof Arnhem-Leeuwarden 27 september 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7752; Hof 's-Hertogenbosch 18 november 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4748; Hof Arnhem-Leeuwarden 6 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:9858, waarin bestuurders en beleidsbepaler succesvol tegenbewijs leveren om de stelling van de curator, dat de administratie niet aan de in art. 2:10 BW bedoelde eisen voldoet, te ontzenuwen; Rb. Almelo 8 februari 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BV3132; Rb. Noord-Nederland 22 januari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:371; Hof Amsterdam 22 mei 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX1934, waarin de schending van de publicatieplicht werd aangemerkt als een onbelangrijk verzuim.

260 Hof Amsterdam 27 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2551 (*The 5*); Rb. Rotterdam 22 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2987.

261 Bij de failliete vennootschap werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst in de functie van medewerker P&O.

uitsluiting van de beleidsbepaler, daarvoor verantwoordelijk was, terwijl de beleidsbepaler daarvoor ook geen goede verklaring had gegeven. Het gegeven dat een andere werknemer de boekhouding deed, verklaarde volgens het hof evenmin waarom de beleidsbepaler geen inzage in de financiën kon krijgen (en niet kon zorg dragen voor het deponeren van de jaarstukken), nu uit niets bleek dat de formele bestuurder hem de toegang tot die informatie had geweigerd. Het oordeel van het hof is mijns inziens niet onbegrijpelijk, nu de beleidsbepaler onvoldoende heeft gesteld om aannemelijk te maken dat hij juist voor wat betreft de publicatieplicht geen zeggenschap had. Indien, zoals in casu, kan worden vastgesteld dat de betreffende beleidsbepaler de volledige bestuursmacht naar zich toe heeft getrokken, dan ligt het in de rede om aan te nemen dat de beleidsbepaler in ieder geval *de facto* kan voldoen aan de publicatieplicht. Het is dan aan de beleidsbepaler om gemotiveerd te betwisten dat hij ten aanzien van de publicatie- en/of administratieplicht geen mogelijkheden heeft gehad om daaraan te voldoen. Slaagt hij daarin, dan meen ik dat – zoals hiervoor uiteengezet – het bewijsvermoeden niet met succes tegen de beleidsbepaler in stelling kan worden gebracht. Daarmee wordt recht gedaan aan het euvel dat beleidsbepalers niet steeds formeel en/of feitelijk de mogelijkheid hebben om aan deze specifieke verplichtingen te voldoen. Overigens geldt daarbij wel dat, wanneer het tweede lid met succes wordt toegepast ten aanzien van de formele bestuurders, de beleidsbepaler het collectieve lot in beginsel deelt.

De rechtspraak laat enige ruimte voor bestuurders voor wat betreft de invulling van artikel 2:10 en 2:394 BW. Op grond van artikel 2:10 lid 1 BW is het bestuur verplicht van de vermogenstoestand van de rechtspersoon en van alles betreffende de werkzaamheden van de rechtspersoon, naar de eisen die voortvloeien uit deze werkzaamheden, op zodanige wijze een administratie te voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze te bewaren, dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend. In het algemeen zal daaraan zijn voldaan indien men snel inzicht kan krijgen in de debiteuren- en crediteurenpositie op enig moment en dat deze posities en stand van de liquiditeiten, gezien de aard en omvang van de onderneming, een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie.[262] Echter, voor het antwoord op de vraag of de boekhouding voldoet aan de daaraan aan te stellen eisen, kunnen ook andere elementen daarvan dan de debiteuren- en crediteurenpositie en de stand van de liquiditeiten van belang zijn.[263] Bovendien volgt uit artikel 2:10 lid 1 BW dat de administratie per vennootschap kan verschillen ('naar de eisen die voortvloeien uit deze werkzaamheden'), zodat steeds aan de hand van de concrete omstandigheden zal moeten worden

262 HR 11 juni 1993, *NJ* 1993, 713 m.nt. Maeijer (*Brens q.q./Sarper*).
263 HR 10 oktober 2014, *NJ* 2014, 456 (*Rosbeek q.q./Rademakers c.s.*).

beoordeeld of het bestuur aan de administratieplicht heeft voldaan.[264] In groepsverband geldt dat de administratie van het hoofd van de groep niet zonder meer inzicht hoeft te bieden in de vermogenspositie van een dochter. Wel mag van het bestuur van een groepshoofd worden verwacht dat het voldoende zicht heeft op de financiële gang van zaken bij de groepsmaatschappijen. Als dat zicht ontbreekt, kan sprake zijn van een onbehoorlijke taakvervulling.[265] Artikel 2:10 BW vormt dus geen basis voor een geconsolideerde administratieplicht.[266]

Ten aanzien van artikel 2:394 BW geldt dat een overschrijding van enkele dagen moet worden aangemerkt als een onbelangrijk verzuim. Het antwoord op de vraag of een overschrijding van de termijn als een onbelangrijk verzuim kan gelden, hangt af van de omstandigheden van het geval, in het bijzonder van de redenen die tot de termijnoverschrijding hebben geleid, waarbij hogere eisen moeten worden gesteld naarmate de termijnoverschrijding langer is en de stelplicht en bewijslast op de aangesproken bestuurder rusten.[267] Ook indien het belang bij openbaarmaking betrekkelijk is, wijst de niet-tijdige openbaarmaking van de jaarrekening op zichzelf op een onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur.[268]

---

264 Vgl. Rb. Rotterdam 15 februari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:1424, *RO* 2017, 50, waarin de rechtbank oordeelt dat een schending van de fiscale administratieplicht (artikel 52 AWR) niet zonder meer ook een schending van artikel 2:10 BW met zich brengt; Rb. Oost-Nederland 27 maart 2013, *JOR* 2013, 201, m.nt. Harmsen; Rb. Noord-Nederland 4 december 2013, *JOR* 2014, 64, m.nt. Van Thiel, waar weliswaar administratie was aangeleverd, maar de daarin opgenomen informatie grotendeels ontbrak en/of onbetrouwbaar was; Rb. Limburg 9 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:7803, waarin een schending van de administratieplicht o.a. werd aangenomen omdat er privébetalingen hebben plaatsgevonden van de zakelijke rekening en zakelijke betalingen van de privérekening. Volgens de rechtbank kunnen de rechten en verplichtingen van de vennootschap dan alleen maar gekend en inzichtelijk worden door raadpleging van de bestuurders en hun privé-administratie; zonder die medewerking zijn deze niet (en dus niet te allen tijde) kenbaar; Hof Arnhem-Leeuwarden 2 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:57, waarin het hof oordeelt dat de administratie op meerdere punten gebrekkig is en in onderling verband en samenhang bezien daardoor niet het vereiste inzicht verschaffen.

265 Hof Den Haag 22 augustus 2017, *JOR* 2017, 317 m.nt. Harmsen (*Soxx Holding*).

266 Vgl. Huizink 2017, p. 106.

267 HR 2 februari 1996, *NJ* 1996, 406 (*Pfennings/Niederer*); HR 20 oktober 2006, *NJ* 2007, 2, m.nt. Maeijer (*Van Schilt/Jansen q.q.*); zie bijvoorbeeld Rb. Noord-Nederland 3 februari 2016, *RO* 2016, 32 waarin de rechtbank oordeelde dat een overschrijding van 6 weken als een onbelangrijk verzuim kon worden aangemerkt; zie ook Hof 's-Hertogenbosch 28 april 2009, *RO* 2013, 54 waarin het hof tegen de achtergrond dat er afzonderlijk was gepubliceerd over een deel van de periode, terwijl over de rest van die periode was gepubliceerd als onderdeel van de geconsolideerde jaarstukken van de voormalige moedermaatschappij, oordeelde dat sprake was van een onbelangrijk verzuim; Hof 's-Hertogenbosch 29 augustus 2017, *JOR* 2017, 318, m.nt. Van Zoest, waarin een schending van de publicatieplicht werd vastgesteld in relatie tot de vrijstelling wanneer een 403-verklaring is afgegeven. Een derde deel van het boekjaar 2009 werd niet door een 403-verklaring gedekt, wat een schending van de publicatieplicht opleverde en niet als onbelangrijk verzuim kon worden aangemerkt.

268 HR 12 juli 2013, *RvdW* 2013, 938, *NJ* 2013, 401.

De enkele onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur is onvoldoende voor aansprakelijkheid uit hoofde van artikel 2:248 (138) BW. Tevens is vereist dat sprake is van een causaal verband tussen de onbehoorlijke taakvervulling enerzijds en het faillissement anderzijds. De curator zal daarom aannemelijk moeten maken dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Daarvoor is onvoldoende dat een handeling die kennelijk onbehoorlijk bestuur oplevert, als een voorwaarde voor het faillissement is te beschouwen.[269] Anders dan onder het oude artikel 2:248 (138) BW, op grond waarvan moest vaststaan dat de toestand der vennootschap geheel of gedeeltelijk te wijten was aan de grove schuld of grove nalatigheid van de bestuurder, wordt naar huidig recht een dergelijk strikt bewijs niet verlangd.[270] Wanneer de onbehoorlijke taakvervulling slechts in ondergeschikte mate tot het faillissement heeft geleid, ligt aansprakelijkheid van de bestuurder niet in de rede. De onbehoorlijke taakvervulling behoeft evenwel niet de enige oorzaak te zijn van het faillissement. Een faillissement is veelal het gevolg van uiteenlopende omstandigheden, waarbij naast de wijze waarop het bestuur haar taak heeft vervuld, kan worden gedacht aan ongunstige marktontwikkelingen, toegenomen concurrentie of het verliezen van een belangrijke afnemer.[271] Een redelijke uitleg van artikel 2:248 lid 2 BW brengt mee dat voor het ontzenuwen van het daarin neergelegde vermoeden volstaat dat de aangesproken bestuurder aannemelijk maakt dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest.[272] Stelt de bestuurder daartoe een van buiten komende oorzaak en wordt de bestuurder door de curator verweten dat hij heeft nagelaten het intreden van die oorzaak te voorkomen, dan zal de bestuurder (tevens) feiten en omstandigheden moeten stellen waaruit blijkt dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert. Als hij daarin slaagt, ligt het op de weg van de curator om vervolgens op grond van het eerste lid aannemelijk te maken dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.[273]

De vraag of de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest, komt in de praktijk met name aan de orde wanneer de bewijslast van de curator reeds is ingevuld door toepassing van artikel 2:248 (138) lid 2 BW. Indien is komen vast te staan dat het bestuur niet aan zijn verplichtingen uit hoofde van artikel 2:10 en/of 2:394 BW heeft voldaan, wordt de onbehoorlijke

269 HR 24 januari 2014, *NJ* 2014, 177, m.nt. Van Schilfgaarde.
270 Wezeman 1998, p. 293.
271 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 30 april 2014, *NJF* 2014, 321; Rb. Middelburg 19 maart 2008, *JOR* 2009, 47; Rb. Rotterdam 23 april 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD2787; Rb. Leeuwarden 19 september 2008, ECLI:NL:RBLEE:2008:BF2237; Rb. Amsterdam 28 december 2005, *JOR* 2005, 259; Hof Arnhem-Leeuwarden 7 mei 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:3947.
272 HR 20 oktober 2006, *NJ* 2007, 2, m.nt. Maeijer (*Van Schilt/Jansen q.q.*).
273 HR 30 november 2007, *NJ* 2008, 91, m.nt. Maeijer (*Blue Tomato*).

taakvervulling immers vermoed een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn. Deze constructie laat toe dat de bestuurder tegenbewijs levert, maar in het algemeen zal hij niet snel slagen in het weerleggen van dit vermoeden.[274] In ieder geval is onvoldoende dat de bestuurder bewijst dat de schending van de administratie- of publicatieplicht geen belangrijke oorzaak is van het faillissement.[275] De bestuurder kan niet volstaan met blote stellingen. Hij zal aannemelijk moeten maken dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. De stellingen zullen derhalve van een voldoende onderbouwing moeten zijn voorzien. De mogelijkheid dat ook andere oorzaken tot het faillissement hebben bijgedragen, betekent niet zonder meer dat de onbehoorlijke taakvervulling daarom geen belangrijke oorzaak is van het faillissement.[276] Wezeman stelt in dit verband dat de onbehoorlijke taakvervulling een opvallende plaats moet innemen in het geheel van factoren dat tot het faillissement heeft geleid.[277] Het vereiste causale verband strekt dan ook verder dan het voor de toepassing van artikel 6:162 BW vereiste *conditio sine qua non*-verband.[278] Schutte-Veenstra concludeert dat ten aanzien van de beleidsbepaler aansprakelijkheid vaak wordt aangenomen zonder toepassing van lid 2, in kwesties die overduidelijk betrekking hadden op onverantwoord handelen.[279] Werd lid 2 wel toegepast dan slaagden noch de formele bestuurders, noch de (mede)beleidsbepalers erin aan te tonen dat het faillissement aan een andere oorzaak was te wijten om zo het bewijsvermoeden te weerleggen.[280]

4.2.4.2.2 Disculpatie en matiging

Bestuurders kunnen alsnog aan aansprakelijkheid ontkomen, indien zij zich (individueel) kunnen disculperen.[281] Wanneer lid 2 buiten toepassing blijft, zal de curator aannemelijk moeten maken dat er sprake is van een onbehoorlijke taakvervulling die tevens een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Het bestuur kan dan het verweer voeren dat van een onbehoorlijke taakvervulling geen sprake is. Wordt lid 2 wel toegepast, dan staat de onbehoorlijke taakvervulling vast voor zover er geen sprake is van een onbelangrijk verzuim. De omstandigheid dat sprake is van een onbelangrijk verzuim, zoals bedoeld in het tweede lid, wordt niet meegenomen bij de beoordeling van de individuele disculpatie door een bestuurder.[282] Collectief kan het bestuur zich tegen de wettelijke fictie van lid 2 niet verweren. Individueel kan een bestuurder echter op de voet van lid 3 betogen dat de schending van de

274 Zie HR 20 mei 1988, *NJ* 1989, 676, m.nt. Alkema en Maeijer (*Koster/Van Nie q.q.*).
275 Wezeman 1998, p. 303-304.
276 Vgl. Rb. 's-Gravenhage 3 februari 1999, *JOR* 1999, 243.
277 Wezeman 1998, p. 293.
278 Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/458.
279 Schutte-Veenstra 2017, p. 144.
280 Schutte-Veenstra 2017, p. 145.
281 Zie ook *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 4-5 (MvT).
282 Zie HR 1 november 2013, *RvdW* 2013, 1309, *NJ* 2014, 7, m.nt. Van Schilfgaarde (*Verify*).

administratieplicht en/of publicatieplicht niet aan hem is te wijten.[283] Het derde lid biedt in algemene zin een disculpatiemogelijkheid wanneer een bestuurder bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. Bij toepassing van lid 2 kan ten slotte verweer worden gevoerd tegen het vermoeden van een causaal verband tussen onbehoorlijke taakvervulling en de oorzaak van het faillissement, zoals hiervoor besproken. Uit de formulering van de bepaling vloeit voort dat de bestuurder niet kan volstaan met het argument dat hij enkel formeel bestuurder was en zich verder niet in het bestuur heeft gemengd, althans dat hij zich heeft laten leiden door de andere (feitelijk) bestuurders.[284] Kan de bestuurder echter bewijzen dat hij zich tegen het beleid heeft verzet, maar dat hij door de overige bestuurders is overstemd, dan kan hij zich in beginsel wel disculperen.[285] De bestuurder zal daartoe moeten bewijzen dat hij geen schuld heeft aan de onbehoorlijke taakvervulling, maar óók dat hij niet verwijtbaar heeft stilgezeten.[286] Ontslag nemen kan in dit verband weliswaar bijdragen aan een succesvol beroep op lid 3, maar in dat geval moet nog steeds aannemelijk zijn dat hij niet mede verantwoordelijk is voor de onbehoorlijke taakvervulling.[287] Het verlaten van een zinkend schip, zoals De Groot het verwoordt, zal de bestuurder dus niet helpen.[288]

In hoeverre een beroep op het derde lid voor de beleidsbepaler een effectief verweer vormt, is mijns inziens onzeker. Het disculpatievraagstuk is eerst dan aan de orde, wanneer in rechte is vastgesteld dat er sprake is van een onbehoorlijke taakvervulling die een belangrijke oorzaak vormt van het faillissement. Veelal is de betrokkenheid van de beleidsbepaler bij deze omstandigheden ook van doorslaggevende betekenis voor de vraag of diegene als (mede)beleidsbepaler kan worden aangemerkt. Een beroep op disculpatie zal dan niet snel slagen, doordat het voor de hand ligt om te oordelen dat de beleidsbepaler juist ten aanzien van de omstandigheden die als onbehoorlijk kwalificeren het bestuur terzijde heeft gesteld of heeft nagelaten in te grijpen waar dat wel had gemoeten.[289] In het hiervoor aangehaalde arrest van 6 maart 2015 lijkt de Hoge Raad met dergelijke cirkelredeneringen te willen afrekenen. Uit het arrest blijkt uitdrukkelijk dat ook voor de beleidsbepaler die zich wenst te

283 HR 12 juli 2013, *NJ* 2013, 401 (*Apeldoornse Asbestsanering*) en HR 1 november 2013, *NJ* 2014, 7 m.nt. Van Schilfgaarde (*Verify*); vgl. Wezeman 2017, p. 467-468; Van Schilfgaarde 2017, p. 210-211.

284 Hof 's-Hertogenbosch 11 augustus 2009, *NJF* 2010, 74; Hof Leeuwarden 13 oktober 2004, *JOR* 2004, 296; Rb. Zutphen 30 september 2009, ECLI:NL:RBZUT:2009:BK4198, *RO* 2010, 6.

285 Vgl. *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 5 (MvT).

286 Zie bijvoorbeeld HR 6 maart 2015, *RvdW* 2015, 376.

287 Vgl. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 19 (MvA).

288 De Groot 2011, p. 117.

289 Rb. Arnhem 18 november 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BK5397; Rb. Utrecht 4 mei 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BQ2579; Rb. 's-Gravenhage 11 mei 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ6042, deels vernietigd door het Hof Den Haag 20 augustus 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5386 en gecasseerd in HR 6 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:522.

disculperen twee cumulatieve vereisten relevant zijn: de onbehoorlijke taakvervulling is niet aan hem te wijten en hij is niet nalatig geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. De bewijslast ter zake rust op de beleidsbepaler. Bij de beoordeling van het beroep op disculpatie kan een eventuele taakverdeling tussen bestuurders een rol spelen.[290] Diezelfde taakverdeling kan zich ook doen gevoelen bij een beroep op matiging en effect hebben de onderlinge draagplicht.[291] Wanneer blijkt dat een beleidsbepaler het bestuur juist ten aanzien van de omstandigheden die het onbehoorlijk bestuur construeren, heeft terzijde gesteld, zal een beroep op disculpatie niet slagen omdat de beleidsbepaler niet in staat is te bewijzen dat de onbehoorlijke taakvervulling niet aan hem is te wijten.

Uit voornoemd arrest volgt dat niet kan worden volstaan met de enkele vaststelling van betrokkenheid van de beleidsbepaler bij de omstandigheden die het onbehoorlijk bestuur vormen. Getoetst moet worden of de aan de door artikel 2:248 (138) lid 3 BW gestelde eisen voor disculpatie is voldaan.[292] Terecht merkt Schutte-Veenstra op dat de mogelijkheid voor disculpatie een andere invulling krijgt in geval van een beleidsbepaler.[293] Waar bestuurders zich kunnen disculperen door aannemelijk te maken dat zij zich telkens tegen het onbehoorlijk bestuur hebben verzet, desnoods door ontslag te nemen, en niet nalatig zijn geweest in het treffen van maatregelen, ontbreekt het de beleidsbepaler formeel aan bevoegdheden om zich te verzetten en maatregelen te treffen. Schutte-Veenstra noemt in dat verband het zich onthouden van stemming en aftreden. Men zij er echter op bedacht dat de beleidsbepaler formeel ook de bevoegdheid ontbeert om actief tegen malversaties op te treden. Bovendien is het maar de vraag of een beleidsbepaler zich op het moment van de schadeveroorzakende handelingen bewust is van het feit dat hij als beleidsbepaler kwalificeert. Indien dat niet het geval is, zal hij er ook niet bij stilstaan om vooruitlopend op een eventuele disculpatie de nodige maatregelen te treffen. Voor een formele bestuurder is aanstonds duidelijk hoe hij zou moeten handelen en wat van hem wordt verwacht. Hoewel voor een beleidsbepaler duidelijk kan zijn welke disculpatiemogelijkheden hem ten dienste staan, is het maar de vraag of hij überhaupt weet dat hij een aansprakelijkheidsrisico loopt. Dit euvel besprak ik hiervoor al.[294] Daarnaast heeft de beleidsbepaler als het ware de 'pech' dat handelingen die als disculperend kunnen worden beschouwd, tevens kunnen bijdragen aan het oordeel dat van beleidsbepaling sprake is geweest.

Ik meen dan ook dat de rechter bij de beoordeling van een beroep op disculpatie rekening moet houden met omstandigheden die nopen tot de conclusie dat een beleidsbepaler niet de mogelijkheden of middelen had om in te grijpen en

290 Slagter/Assink 2013, p. 1077-1078.
291 Schuijling & Kortmann 2017, p. 399.
292 Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 18 november 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4748.
293 Schutte-Veenstra 2017, p. 140.
294 Zie paragraaf 4.2.4.1.1.

schadebeperkend op te treden. Voor dit standpunt kan mijns inziens aansluiting worden gezocht bij de beoordeling van aansprakelijkheid van niet-uitvoerende bestuurders. De verschillende posities van bestuurders, niet-uitvoerende bestuurders en dus ook beleidsbepalers moeten bij de gevallen van aansprakelijkheid worden beschouwd. Met Kreileman ben ik van mening dat daarvoor plaats is bij de behandeling van het beroep op disculpatie.[295] Zo bepleit zij dat van een niet-uitvoerende bestuurder die geen wetenschap had of behoorde te hebben van de kennelijke onbehoorlijke taakvervulling, geen actief ingrijpen kan worden verlangd.[296] Een dergelijke gedachte kan ook op de beleidsbepaler worden geprojecteerd. Dit strookt met de opvatting dat voor een beroep op disculpatie onder meer relevant is over welke gegevens de desbetreffende bestuurder/beleidsbepaler beschikte of behoorde te beschikken.[297] Binnen dit kader kan bijvoorbeeld rekening worden gehouden met de omstandigheid dat een beleidsbepaler niet zonder meer in staat is om van de formele bestuurders te verlangen dat hij deugdelijk wordt geïnformeerd.[298] Wanneer de beleidsbepaler aannemelijk maakt dat hij ten aanzien van het onbehoorlijk handelen niet kon ingrijpen, ligt het mijns inziens in de rede dat minder streng wordt getoetst aan het vereiste dat de beleidsbepaler de nodige maatregelen had moeten treffen om de gevolgen van het onbehoorlijk bestuur af te wenden. In feite moeten dan aan een beroep op disculpatie die eisen worden gesteld die overeenstemmen met de mate van beleidsbepaling. Het is mijns inziens aan de beleidsbepaler zelf om, ter staving van zijn beroep op disculpatie, deze omstandigheden aan te dragen.[299]

Indien, ten slotte, de bestuurder er niet in slaagt zich voldoende te verweren is hij overigens niet zonder meer aansprakelijk voor het gehele tekort in faillissement, maar bestaat nog de mogelijkheid dat het bedrag waarvoor hij aansprakelijk is wordt beperkt. De rechter kan immers op grond van het vierde lid het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn, verminderen indien hem dit bovenmatig voorkomt, gelet op de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling, de andere oorzaken van het faillissement, alsmede de wijze waarop het faillissement is afgewikkeld. Deze matigingsbevoegdheid is toegespitst op artikel 2:248 (138) BW en geldt als een *lex specialis* van de matigingsbevoegdheid op grond van artikel 6:109 BW.[300] De bevoegdheid gaat echter verder dan artikel 6:109 BW, dat slechts kan worden toegepast indien sprake is van 'onaanvaardbare gevolgen'. Artikel 2:248 lid 4 BW kan reeds tot matiging leiden indien de rechter het bedrag waarvoor de bestuurder aansprakelijk is 'bovenmatig voorkomt', hetgeen een lagere drempel impliceert.[301]

295 Kreileman 2017, p. 207.
296 Kreileman 2017, p. 213.
297 Vgl. Schuijling & Kortmann 2017, p. 406.
298 Zie over deze onderlinge informatieplicht tussen bestuurders paragraaf 3.3.
299 Vgl. Hof Den Haag 20 augustus 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5386; Rb. Noord-Holland 25 maart 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:2480, *JOR* 2015, 136.
300 Zie Wezeman 1998, p. 346; Rb. Alkmaar 5 augustus 2009, *RO* 2009, 69.
301 Vgl. Bil & Fliek 2019, p. 153-154.

Het betreft in beginsel een collectieve matigingsbevoegdheid op limitatieve gronden.[302] Individuele matiging is daarentegen maar beperkt mogelijk, namelijk wanneer het bedrag waarvoor de betreffende bestuurder aansprakelijk is, de rechter bovenmatig voorkomt gelet op de tijd gedurende welke die bestuurder als zodanig in functie is geweest in de periode waarin de onbehoorlijke taakvervulling plaatsvond.[303] Het vaststellen van de periode waarin de beleidsbepaling heeft plaatsgevonden, kan daarom van bijzonder belang zijn.[304] Aan de matigingsbevoegdheid wordt pas toegekomen wanneer de aansprakelijkheid van de bestuurder is vastgesteld: de bevoegdheid heeft enkel betrekking op de hoogte van de schadevergoeding.[305] Het tekort in faillissement kan groter zijn dan de daadwerkelijk door de schuldeisers geleden schade.[306] Aansprakelijkheid voor méér dan deze schade werd echter niet als redelijk beschouwd, zodat de rechter een eventueel bovenmatig tekort kan matigen. Daarvoor is niet vereist dat de bestuurder een beroep doet op de matigingsbevoegdheid van lid 4.[307]

Rechtspraak over de vaststelling en omvang van een faillissementstekort is schaars. In 2016 beschreef de Rechtbank Midden-Nederland het tekort als zijnde 'het saldo van de faillissementsschulden, de betaalde en nog te betalen boedelschulden en de faillissementskosten, verminderd met de in het faillissement gerealiseerde baten'.[308] Ook de nadere faillissementskosten die betrekking hebben op de vereffening van het via aansprakelijkheidsstelling van de nalatige bestuurders verkregen nader actief worden tot de faillissementskosten gerekend.[309] Er lijkt daarentegen voor de curator geen ruimte te zijn om wettelijke rente of (afzonderlijke) proceskosten te vorderen.[310]

---

302 Zie echter Bil & Fliek 2019, p. 153 die pleiten voor een niet-limitatieve uitleg van de in lid 4 opgenomen collectieve matigingsbevoegdheid.

303 Vgl. Slagter/Assink 2013, p. 1079; Van Schilfgaarde 2017, p. 211.

304 Vgl. HR 6 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:522, in welk geschil de rechtbank de aansprakelijkheid van een beleidsbepaler matigde tot 14% van het tekort omdat zij slechts gedurende een klein gedeelte van de in het kader van de faillissementen relevante periode feitelijk beleidsbepaler is geweest.

305 HR 8 juli 2011, *NJ* 2011, 477 m.nt. Zwemmer (*Intertrust/Ontvanger*).

306 Zie bijvoorbeeld Rb. Alkmaar 5 augustus 2009, *RO* 2009, 69 waarin de rechtbank oordeelt dat gewijzigde marktomstandigheden de matiging kunnen rechtvaardigen; Hof Amsterdam 11 januari 2007, *RO* 2007, 70 waarin het hof oordeelt dat de enkele omstandigheid dat het salaris van de curator het tekort overstijgt, onvoldoende is voor matiging; Hof 's-Hertogenbosch 10 december 2013, *RO* 2014, 16 waarin het hof onder andere het bedrag waarvoor de bestuurder aansprakelijk is, matigt omdat het aandeel van de betreffende bestuurder in de onbehoorlijke taakvervulling eerder is voortgevloeid uit onkunde dan uit onwil; Rb. Amsterdam 13 oktober 2010, *RO* 2011, 41 waarin de matigingsbevoegdheid werd toegepast, omdat de bestuurder aanzienlijke kosten had moeten maken voor het voeren van procedures als gevolg van een verzuim door de curator.

307 *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 29 (MvA); Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/464.

308 Rb. Midden-Nederland 16 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5964.

309 HR 10 september 1993, *NJ* 1994, 272 (*De Zilver Ster*), waarover Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/463; zie ook Slagter/Assink 2013, p. 1090.

310 Rb. Rotterdam 9 november 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:8662.

4.2.4.2.3 Onderlinge bijdrageplicht

Is de aansprakelijkheid en het faillissementstekort eenmaal vastgesteld, dan speelt er tussen bestuurders en beleidsbepalers nog een vraag. Artikel 2:248 (138) BW vestigt een hoofdelijke aansprakelijkheid, maar zegt niets over de mate waarin bestuurders en beleidsbepalers ten opzichte van elkaar zijn gehouden tot vergoeding van dat tekort. In dit verband zij opgemerkt dat de curator niet verplicht is om alle bestuurders en/of beleidsbepalers in rechte te betrekken.[311] Het komt overigens niet vaak voor dat alleen de beleidsbepaler aansprakelijk wordt gesteld.[312] De onderlinge draagplicht wordt vastgesteld aan de hand van de bepalingen in Boek 6 BW dienaangaande.[313] In beginsel draagt iedere bestuurder en beleidsbepaler bij naar rato van de mate waarin de aan hem toe te rekenen omstandigheden hebben bijgedragen tot de schade.[314] Het uitgangspunt is dus dat alle bestuurders en beleidsbepaler in gelijke mate bijdragen aan het faillissementstekort tot betaling waarvan zij zijn veroordeeld, met dien verstande dat een onderling verschil kan ontstaan doordat bepaalde omstandigheden slechts aan een of meer bestuurders kan worden toegerekend. Op bestuurders of beleidsbepalers die als gevolg van een succesvol beroep op disculpatie niet aansprakelijk zijn geacht, kan dan ook geen regres worden genomen. De onderlinge verhouding tussen bestuurders en beleidsbepalers komt in een tweetal, hierna te bespreken vonnissen tot uitdrukking.

De uitspraak van de Rechtbank Arnhem van 27 april 2011 betreft een tussenvonnis in een vrijwaringsprocedure.[315] Ten aanzien van eiser in vrijwaring is in de hoofzaak vastgesteld dat hij als beleidsbepaler kwalificeert. De beleidsbepaler werd aansprakelijk geacht voor het tekort, vastgesteld op circa 1,5 miljoen euro, en heeft uiteindelijk een minnelijke regeling met de curator getroffen voor een bedrag van 150.000 euro. De beleidsbepaler heeft de (indirecte) formele bestuurders in vrijwaring opgeroepen. De rechtbank oordeelt in overeenstemming met de beoordeling in de hoofzaak dat het bestuur van de vennootschap wegens kennelijke onbehoorlijke taakvervulling aansprakelijk is voor het boedeltekort. In vrijwaring doen de formele bestuurders een beroep op de disculpatiemogelijkheid van het derde lid, stellende dat zij naïef en onervaren waren. De rechtbank oordeelt dienaangaande dat geen sprake is van een disculpatiegrond, omdat de formele bestuurders zonder kennis van zaken en kapitaal niet de bestuursverantwoordelijkheid voor een middelgrote bouwonderneming op zich hadden moeten nemen. Gelet op het collectieve karakter van artikel 2:248 BW en uit het eerste lid voortvloeiende hoofdelijke aansprakelijkheid, acht de rechtbank de formele bestuurders naast de beleidsbepaler hoofdelijk

311 Slagter/Assink 2013, p. 1088.
312 Schutte-Veenstra 2017, p. 144.
313 Zie hierover ook Schuijling & Kortmann 2017, p. 408 e.v.
314 Zie artikel 6:10 en 6:102 BW; vgl. De Groot 2011, p. 119.
315 Rb. Arnhem 27 april 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BQ4772.

aansprakelijk. Met toepassing van artikel 6:10 en 6:12 BW formuleert de rechtbank twee te beantwoorden vragen, namelijk (i) wat ieders aandeel in de schuld is op basis van de onderlinge verhoudingen en (ii) of de beleidsbepaler meer dan zijn aandeel in de schuld heeft betaald, zodat de formele bestuurders in dit meerdere moeten bijdragen. Bij de beantwoording van de eerste vraag stelt de rechtbank voorop dat een gezamenlijke schuld de hoofdelijke schuldenaren voor gelijke delen aangaat, tenzij aannemelijk wordt gemaakt dat in de omstandigheden van dit geval van een andere onderlinge schuldverhouding moet worden uitgegaan. In beginsel is dus ieder aandeel gelijk.[316] Het is, in dit geval, aan de formele bestuurders om omstandigheden te stellen die een andere verdeling rechtvaardigen.[317] De rechtbank gaat vervolgens na welke voor het faillissement in de hoofdzaak genoemde oorzaak (mede) aan de formele bestuurders kan worden toegerekend. Daarbij overweegt de rechtbank onder meer dat de beleidsbepaler weliswaar de formele bestuurders heeft geregisseerd en op essentiële punten terzijde heeft gesteld, maar de formele bestuurders hebben zich tegelijkertijd laten regisseren en hun verantwoordelijkheden als formele bestuurders niet genomen of kunnen nemen. De rechtbank rekent het de formele bestuurders aan dat zij zonder kennis van zaken en zonder voldoende kapitaal de taken van een bestuurder van een middelgrote bouwonderneming op zich hebben genomen, waar zij beter hadden moeten weten. Bij gebreke aan omstandigheden die een andere verhouding rechtvaardigen, is de rechtbank van oordeel dat de formele bestuurder en beleidsbepaler ieder voor een gelijk aandeel aansprakelijk zijn. Vervolgens komt de tweede vraag aan de orde en beoordeelt de rechtbank in hoeverre de beleidsbepaler meer dan zijn aandeel heeft voldaan. Daarbij wordt het boedeltekort tot betaling waarvan de beleidsbepaler is veroordeeld tot uitgangspunt genomen. Nu het tekort op circa 1,5 miljoen euro was vastgesteld, bedraagt ieders aandeel circa 500.000 euro. Voor zover de beleidsbepaler meer dan dit bedrag heeft betaald, kan hij dus regres nemen op de formele bestuurders. Echter, de beleidsbepaler heeft naar aanleiding van een minnelijke regeling slechts 150.000 euro aan de curator betaald en dus niet meer dan zijn eigen aandeel, zodat hij in beginsel geen regres kan nemen op de formele bestuurders. De rechtbank stelt de beleidsbepaler daarom in de gelegenheid om te onderbouwen dat hij meer dan een derde van de gezamenlijke schuld heeft voldaan.

Enkele maanden later oordeelde de Rechtbank Rotterdam over de onderlinge bijdrageplicht tussen een bestuurder en een beleidsbepaler (een commissaris van de vennootschap).[318] Ditmaal heeft de formele bestuurder de beleidsbepaler in vrijwaring opgeroepen. De rechtbank overweegt dat voor zover een door de curator aangesproken bestuurder of feitelijk beleidsbepaler wordt aangesproken voor meer dan het deel dat hem aangaat, hij regres kan nemen op de overige hoofdelijke schuldenaren.

316 Asser/Sieburgh 6-I 2016/122.
317 Vgl. Artikel 6:101 BW.
318 Rb. Rotterdam 28 augustus 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR7071, *JOR* 2012, 3, m.nt. Harmsen.

Daaronder moeten worden begrepen alle bestuurders en feitelijk beleidsbepalers uit de periode van het kennelijk onbehoorlijk bestuur, behoudens op degene(n) die zich kan (kunnen) disculperen. De grondslag voor deze regresvordering is artikel 6:10 BW. Ter bepaling van de omvang van de onderlinge draagplicht moet volgens de rechtbank aansluiting worden gezocht bij de mate waarin ieder van de betrokkenen schuld heeft aan de onbehoorlijke taakvervulling die een belangrijke oorzaak van het faillissement vormt. Daarbij moet rekening worden gehouden met de individuele matigingsbevoegdheid. Evenals de Arnhemse rechtbank ziet de Rotterdamse rechtbank nog een andere mogelijkheid om tot een afwijkende verdeling te komen, namelijk indien de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de verschillende fouten of andere omstandigheden van het geval eist.[319] In concreto moet daarom de vraag worden beantwoord in hoeverre ieder van de aansprakelijke personen heeft bijdragen aan het kennelijk onbehoorlijk bestuur, het faillissement en het tekort in het faillissement. De Rotterdamse rechtbank is vervolgens iets meer genuanceerd in het kiezen van een uitgangspunt voor de verdeling. In beginsel dienen bestuurders en feitelijk beleidsbepalers die een min of meer gelijkwaardige rol hadden bij het kennelijk onbehoorlijk bestuur dat een belangrijke oorzaak was van het faillissement en bij het tekort daarin, ieder voor een gelijk deel in het tekort bij te dragen. Mijns inziens is de rechtbank hier terecht voorzichtig met het aannemen dat alle betrokkenen in beginsel voor gelijke delen moeten bijdragen. Deze overweging past bij mijn voorgaande betoog dat bij een disculpatieverweer van de beleidsbepaler aandacht moet worden besteed aan de mate waarin hij het beleid heeft bepaald. Voor het beoordelen van de gelijkwaardigheid van betrokkenen bestaat ruimte bij een beroep op individuele disculpatie of matiging.

4.2.4.3 De beleidsbepalende commissaris

In de kwestie die ten grondslag ligt aan het hiervoor besproken vonnis van de Rechtbank Rotterdam, stond de aansprakelijkheid van een commissaris als beleidsbepaler centraal.

Ten aanzien van de aansprakelijkheid van commissarissen op grond van artikel 2:248 lid 7 BW dient een onderscheid te worden gemaakt tussen (mede)beleidsbepalers en feitelijk commissarissen. Beide varianten zijn mogelijk. De eerste vorm van aansprakelijkheid berust op een rechtstreekse toepassing van artikel 2:248 BW, terwijl de tweede vorm voortvloeit uit de toepassing van artikel 2:259 jo. 2:248 BW. Met dit laatste wordt bedoeld de natuurlijk persoon die zich heeft gedragen als ware hij commissaris, zodat op grond van artikel 2:259 jo. 2:248 lid 7 BW aansprakelijkheid

319 De rechtbank verwijst daarbij naar artikel 6:101 en 102 BW (de bepalingen omtrent eigen schuld respectievelijk medeschuld).

ontstaat wanneer sprake is van een verwaarlozing van de toezichthoudende taak.[320] Dat is iets wezenlijks anders dan de aansprakelijkheid van een commissaris die zich heeft gedragen als ware hij bestuurder en dientengevolge aansprakelijk kan zijn voor een onbehoorlijke (bestuurs)taakvervulling. In de parlementaire geschiedenis werd ten aanzien van de feitelijk commissaris overwogen dat sprake was van *'een tamelijk theoretische veronderstelling, omdat dergelijke figuren achter de schermen doorgaans meer belangstelling hebben voor de bestuurstaak'*.[321] Een commissaris zal volgens de wetgever echter steeds als (mede)beleidsbepaler in de zin van lid 7 zijn aan te merken, wanneer hij buiten zijn beperkte taak als toezichthouder treedt en zich daadwerkelijk als bestuurder gaat gedragen. In dat geval is géén sprake van een overeenkomstige toepassing zoals bedoeld in artikel 2:259 BW.[322]

De commissaris kan daarnaast op grond van artikel 2:259 jo. 2:248 lid 1 BW in faillissement aansprakelijk zijn, indien hij zijn toezichthoudende taak onbehoorlijk heeft vervuld en deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Daarbij geldt dat op de commissarissen zelf niet de verplichtingen als bedoeld in art. 2:10 en 2:394 BW rusten, ook niet als het bestuur in de nakoming daarvan tekortschiet, maar dat het wel hun taak is op de nakoming van die verplichtingen door het bestuur toezicht te houden. Daartoe zullen zij zich door het bestuur moeten laten inlichten en het bestuur met betrekking tot de nakoming van deze verplichtingen moeten adviseren, en zo nodig moeten ingrijpen, bijvoorbeeld door een bestuurder te schorsen of zijn ontslag te bevorderen.[323] Deze drie te onderscheiden grondslagen voor aansprakelijkheid zijn in onderstaand schema weergegeven. Hierna ga ik slechts in op de aansprakelijkheid van een feitelijk commissaris en een commissaris als feitelijk beleidsbepaler.[324]

Aansprakelijkheid	Grondslag	Hoedanigheid
Onbehoorlijke vervulling toezichthoudende taak	2:259 jo. 2:248 lid 1	commissaris
Onbehoorlijke vervulling toezichthoudende taak	2:259 jo. 2:248 lid 7	feitelijk commissaris
Onbehoorlijke vervulling bestuurstaak	2:248 lid 7	(mede)beleidsbepaler

320 Vgl. Van Schilfgaarde 2017, p. 298; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/514.
321 *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 44 (MvA).
322 *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 44 (MvA); *Kamerstukken I* 1985/85, 16 631, nr. 27b, p. 39 (MvA).
323 HR 28 juni 1996, *JOR* 1996, 85 (*Bodam Jachtservice*), r.o. 3.5; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/514.
324 Zie over de aansprakelijkheid van commissarissen o.m. Van Schilfgaarde 2017, p. 296 e.v.; Verboom 2017, p. 235 e.v.; Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/222; Slagter/Assink 2013, p. 1200 e.v.; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/512 e.v.

4.2.4.3.1 De feitelijk commissaris

Mij is slechts één uitspraak bekend waarin de theoretische veronderstelling zoals hiervoor geschetst aan de orde kwam. In *Berntsen q.q./Lampe* ging het om de situatie waarin (financieel adviseur) Lampe op grond van artikel 2:259 jo. 2:248 lid 7 BW als feitelijk commissaris werd aangemerkt. Het hof achtte bewezen dat Lampe een commissarisfunctie had vervuld. Dit oordeel baseerde het hof op meerdere omstandigheden, waaronder facturen van Lampe aan de vennootschap met de omschrijving 'commissarisvergoeding' voor 'verrichte werkzaamheden in het kader van mijn commissariaat' en zijn tegenstrijdige verklaringen gedurende de procedure.[325] De casus betrof vervolgens de vraag of hem, in zijn hoedanigheid van commissaris, kon worden verweten onvoldoende toezicht te hebben gehouden op de naleving van de verplichting van het bestuur tot deponering van de jaarstukken (artikel 2:394 BW).[326] Het hof oordeelde dat Lampe zijn toezichthoudende taak op de naleving door het bestuur van in elk geval de publicatieverplichting had verwaarloosd. Door de overeenkomstige toepassing van artikel 2:248 lid 2 BW – op grond van art. 2:259 BW – oordeelde het hof dat Lampe zijn taak (kennelijk) onbehoorlijk had vervuld en werd vermoed dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement was.

In dezelfde zaak had de curator betoogd dat Lampe als feitelijk bestuurder moest worden aangemerkt. Het hof achtte dat echter niet bewezen. Interessant is de opmerking van annotator Borrius in dit verband. Zij merkt op dat toezichthouden een beoordeling van het management op basis van het gevoerde beleid en dus van de besluiten afkomstig van dat management behelst. De formele bestuurder wist niks van financiën, maar er was wel sprake van enig financieel beleid. Borrius stelt zich de vraag of, indien de formele bestuurder in verband met dit beleid besluiten heeft genomen op 'advies' van Lampe, daarbij geen sprake is geweest van instrueren in plaats van adviseren en Lampe derhalve bestuursdaden heeft verricht. Het hof verschaft daarover helaas geen inzicht. In de parlementaire geschiedenis wordt over de wijze waarop het bestuur omgaat met adviezen verwezen naar de toevoeging *als ware hij bestuurder*. Deze zinsnede heeft als doel een zekere grens te trekken tussen personen binnen de vennootschap (de onderneming) die in feite de bestuurstaak uitoefenen ook al zijn zij geen formele bestuurders, en anderen die weliswaar op het te voeren beleid invloed kunnen hebben, maar die buiten de vennootschap (de onderneming) staan.[327] Wanneer het bestuur zich voorwaarden (bij bijvoorbeeld kredietverlening), adviezen of aanwijzingen gelegen laat liggen en daarnaar handelt, dan handelt in beginsel het bestuur en niet de interne of externe 'adviseur'. De zinsnede *als*

325 Zie Hof 26 april 2005, *JOR* 2005, 171, m.nt. Borrius (*Berntsen q.q./Lampe*), r.o. 2.
326 Hof 26 april 2005, *JOR* 2005, 171, m.nt. Borrius (*Berntsen q.q./Lampe*).
327 *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 23 (MvA).

ware hij bestuurder moet voorkomen dat een ruime uitleg aan lid 7 wordt gegeven.[328] Waar het om gaat is of de wettelijke bevoegdheden (intern) of de verstrekte opdracht (extern) worden overschreden en de bestuursmacht toegeëigend. Ter beantwoording van de vraag die Borrius stelt, is derhalve (onder andere) relevant of en in hoeverre Lampe in zijn hoedanigheid van (extern) adviseur[329] de grenzen van zijn opdracht of dienstverlening heeft overschreden en het heft in eigen handen heeft genomen. Niet alleen is dan van belang dat het *materiële* bestuursbeleid door Lampe is bepaald, maar daarnaast moet hij zich hebben gedragen alsof hij zelf bestuurder was.[330] Indien dat komt vast te staan, moet Lampe worden gekwalificeerd als feitelijk bestuurder. Borrius wijst in dit verband mijns inziens terecht op de overweging van het hof dat er een zekere taakverdeling bestond tussen Lampe en de bestuurder, waarbij Lampe zowel extern als intern over financiële zaken ging en de bestuurder 'de technische man' was.[331] Uit voorgaande overweging van het hof blijkt echter niet dat sprake was van een instrueren door Lampe. Het komt mij voor dat het hof daarom ervan uit is moeten gaan, dat Lampe binnen de grenzen van zijn opdracht is gebleven, maar niettemin een sterke of zelfs beslissende invloed had op het beleid van het bestuur, zonder dat hij daadwerkelijk de bestuurstaak heeft uitgeoefend.[332] Dat de formele bestuurder, wegens gebrek aan kennis, deze adviezen zonder meer opvolgt, behoort in beginsel voor zijn rekening te komen. Van een bestuurder mag immers worden verwacht dat hij zijn taak vervult met het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak is berekend en deze nauwgezet vervult.[333] Mede gelet op de overweging in de parlementaire geschiedenis dat aan lid 7 een niet (te) ruime uitleg moet worden gegeven, zou ik menen dat Lampe slechts als feitelijk bestuurder had kunnen worden aangemerkt indien was gebleken dat Lampe zich ook daadwerkelijk als bestuurder heeft gedragen.[334] Het enkele feit dat hij zowel extern als intern de financiële man was, betekent niet zonder meer dat hij zich heeft gedragen als ware hij bestuurder.[335] Voor zover Lampe zich daadwerkelijk als ware hij bestuurder heeft gedragen, had het op de weg van de curator gelegen om dat gedrag te stellen door bijvoorbeeld te specificeren welke handelingen van

328 *Kamerstukken I* 1985/85, 16 631, nr. 27b, p. 20 (MvA).

329 Mijns inziens moet niet, anders dan Borrius in nr. 7 van haar noot, worden aangevangen met het standpunt dat Lampe als (feitelijk) commissaris optrad. Als uitgangspunt moet worden genomen dat Lampe als (financieel) adviseur werkte voor de vennootschap. Het betreft twee afzonderlijke kwalificaties, namelijk feitelijk bestuurder of feitelijk commissaris. Het eerste is volgens het hof onvoldoende komen vast te staan, het tweede acht het hof wél bewezen.

330 Vgl. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 20 (MvA).

331 Zie Hof 26 april 2005, *JOR* 2005, 171, m.nt. Borrius (*Berntsen q.q./Lampe*), r.o. 6.

332 Vgl. De Groot 2011, p. 121.

333 Vgl. HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 (*Staleman/Van de Ven*) r.o. 3.3.1.

334 Zie echter Rb Noord-Holland 25 maart 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:2480, *JOR* 2015, 136, m.nt. Bartman, waarin de rechtbank tot het oordeel komt dat van beleidsbepaling ook sprake kan zijn, wanneer het beleid op een deelterrein wordt bepaald of samen met formeel bestuurder.

335 Vgl. Rb. Rotterdam 1 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4321 r.o. 4.6.

Lampe als zodanig moeten worden aangemerkt.[336] Daarbij kan onder andere worden gedacht aan het ondertekenen van de jaarstukken, het zelfstandig (of gezamenlijk met bestuurders) aangaan van overeenkomsten,[337] het melden van betalingsonmacht bij de Ontvanger,[338] de curator te woord staan en inlichtingen verstrekken omtrent de gefailleerde vennootschap en tevens ter comparitie verschijnen namens de gefailleerde vennootschap,[339] het maken van toekomstplannen voor de vennootschap en het pogen een herfinanciering voor de vennootschap tot stand te brengen.[340]

4.2.4.3.2 De commissaris als beleidsbepaler

Hierboven bleek al dat een commissaris volgens de wetgever steeds als beleidsbepaler in de zin van lid 7 zal zijn aan te merken, wanneer hij buiten zijn beperkte taak als toezichthouder treedt en zich daadwerkelijk als bestuurder gaat gedragen. De taak van een commissaris wordt in artikel 2:250 lid 2 omschreven als het toezichthouden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Daarbij dient de commissaris het bestuur met raad terzijde te staan. Binnen deze taakuitoefening kan de commissaris niet als feitelijk bestuurder aansprakelijk worden gesteld.

De wet biedt naast de taakomschrijving voor bestuurders nog andere aanknopingspunten om te bepalen wanneer een commissaris niet als feitelijk bestuurder kan worden aangemerkt. De commissaris is in zijn hoedanigheid van toezichthouder aansprakelijk indien door de openbaar gemaakte jaarrekening een misleidende voorstelling wordt gegeven van de toestand van de vennootschap, aldus artikel 2:260 BW. Voor zover de commissaris echter krachtens enige bepaling in de statuten of krachtens een besluit van de algemene vergadering incidenteel daden van bestuur verricht, is hij als bestuurder op grond van artikel 2:261 (152) BW aansprakelijk. Het tweede lid bepaalt dat het goedkeuren van bepaalde bestuurshandelingen of het daartoe machtigen niet geldt als het verrichten van daden van bestuur.[341] Wanneer voormeld artikel van toepassing is, kan geen sprake zijn van feitelijk bestuurderschap, daar de commissaris reeds met betrekking tot de betreffende handelingen met een bestuurder wordt gelijkgesteld. Van Schilfgaarde voegt ten slotte nog toe dat

336 Vgl. Rb. Groningen 31 januari 2007, ECLI:NL:RBGRO:2007:BB2792; Rb. Amsterdam 26 maart 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2232.
337 HR 17 november 2006, JOR 2007, 7 (*Bonbosch*), r.o. 3.2.2.
338 Rb. Noord-Nederland 30 oktober 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:5411.
339 Rb. Roermond 6 september 2001, ECLI:NL:RBROE:2001:AD3364.
340 Rb. Rotterdam 1 september 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN9674.
341 Deze bepaling komt te vervallen bij invoering van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen omdat zij volgens de minister overbodig is geworden in het licht van de ontstentenis- en beletregeling van artikel 2:142/252 lid 4 BW van het voorstel, zie *Kamerstukken II* 2018/19, 34 491, 10, p. 2.

ook het in een vroegtijdig stadium mede richting geven aan strategische en beleidsmogelijkheden onder het toezicht valt.[342]

Het voorgaande beantwoordt nog niet de vraag wanneer een commissaris op grond van artikel 2:248 lid 7 BW als feitelijk bestuurder kan worden aangemerkt. Het ligt voor de hand om hier te stellen dat dit het geval zal zijn, wanneer hij zich daadwerkelijk als bestuurder heeft gedragen. De commissaris zal bij de uitoefening van zijn taken vaak een belangrijke of zelfs beslissende invloed hebben op het beleid, bijvoorbeeld wanneer bestuursbesluiten door de RvC moeten worden goedgekeurd of hij krachtens artikel 2:239 lid 4 BW een aanwijzing kan geven aan het bestuur.[343] Hiervoor bleek al dat de commissaris wegens de onbehoorlijke vervulling van zijn toezichthoudende taak aansprakelijk kan zijn, waarbij het veelal zal gaan om een te passief optreden.[344] De aansprakelijkheid als feitelijk bestuurder ligt daarentegen op de loer wanneer de commissaris zich te actief gedraagt.[345] Hieronder worden drie uitspraken besproken waarin de aansprakelijkheid van een commissaris als (mede) beleidsbepaler aan de orde kwam.

De casus in de hiervoor besproken vrijwaringszaak had al tot een vonnis van de Rechtbank Rotterdam van 14 april 2010 geleid. Daarin ging het om de vraag of commissaris De Regt kon worden aangemerkt als feitelijk beleidsbepaler als bedoeld in artikel 2:248 lid 7 BW.[346] De Regt was in vrijwaring opgeroepen door de bestuurder van de failliete vennootschap, die stelde dat De Regt als zodanig kwalificeerde. Volgens de rechtbank had De Regt belangrijke invloed binnen de failliete vennootschap. Hij heeft het bedrijf doen opzetten en nadien grote invloed behouden. In dat verband overweegt de rechtbank dat De Regt veelvuldig aanwezig was op kantoor en zijn aanwezigheid aldaar deed gelden. De Regt nam deel aan interne vergaderingen en gaf daarbij aanwijzingen. Bovendien had hij vaak overleg met de bestuurder, welke overleggen uitmondden in besluitvorming. De invloed van De Regt leidde de rechtbank tevens af uit de omstandigheden dat De Regt betalingen liet verrichten door personeelsleden van de vennootschap, de vennootschap vertegenwoordigde bij de verhoging van het aandelenkapitaal van een dochtervennootschap, hij betrokken was bij de afwikkeling van gerechtelijke procedures, alsmede de oprichting van dochtervennootschappen en mogelijke overnames door de vennootschap.[347] De rechtbank oordeelde naar aanleiding van deze omstandigheden dat De Regt moest worden aangemerkt als beleidsbepaler. Hoewel van sommige taken nog kon worden

342 Van Schilfgaarde 2017, p. 283.
343 Vgl. De Savornin Lohman 2007, p. 143.
344 Zie bijv. Rb. Amsterdam 30 september 2015, *JOR* 2016, 182, m.nt. Van Bekkum, r.o. 6.4 e.v.
345 Vgl. De Savornin Lohman 2007, p. 147 en Strik in haar noot bij Rb. Rotterdam 14 april 2010, *JOR* 2010, 181, nr. 6.
346 Rb. Rotterdam 14 april 2010, *JOR* 2010, 181, m.nt. Strik.
347 Zie met name Rb. Rotterdam 14 april 2010, *JOR* 2010, 181, r.o. 2.8.

gezegd dat deze passen binnen de taken van een commissaris, was de rechtbank van opvatting dat het handelen van De Regt zich niet tot deze taken had beperkt.

De Rechtbank 's-Gravenhage hoefde in zijn vonnis van 1 februari 2012 niet te beslissen over de vraag of twee commissarissen die tijdelijk de bestuurstaak op zich hadden genomen na het overlijden van de (de facto) enig bestuurder, als feitelijk bestuurder konden worden aangemerkt.[348] Uit het vonnis is mij niet gebleken dat artikel 2:261 BW van toepassing was, terwijl aan het bepaalde in artikel 2:248 lid 7 BW evenmin een overweging is gewijd. Wel overweegt de rechtbank dat de commissarissen als feitelijk bestuurders kunnen worden aangemerkt, omdat zulks niet tussen partijen in geschil is.[349] In casu was sprake van een, in de woorden van de rechtbank, conglomeraat van vennootschappen, waarvan X (al dan niet *de facto*) het bestuur vormde. Gedaagden in de procedure vormden gezamenlijk de raad van commissarissen. X komt op enig moment plotseling te overlijden, waardoor de groep (be) stuurloos achterbleef. Na het overlijden van X hebben gedaagden als gedelegeerd bestuurder opgetreden en feitelijk de leiding van de vennootschappen in de groep op zich genomen.

Ten slotte het vonnis van de Rechtbank Noord-Nederland van 19 juli 2017, waarin de commissaris van Welsec Schilders- en Classificeerbedrijf BV door de curator als feitelijk beleidsbepaler werd aangesproken.[350] De curator verweet commissaris Van der Schoot overigens ook dat hij zijn taak als toezichthouder onbehoorlijk had vervuld. De rechtbank was met de curator van mening dat Van der Schoot als beleidsbepaler kon worden aangemerkt, omdat hij zichzelf als zodanig betitelde en, belangrijker, taken verrichtte die enkel bestuurders plegen te verrichten. Welke taken dat precies waren, blijkt echter niet met zoveel woorden uit het vonnis. Enkele stellingen van de curator werden door Van der Schoot onvoldoende gemotiveerd betwist, welke stellingen de rechtbank vooraf laat gaan aan zijn oordeel dat Van der Schoot als beleidsbepaler kwalificeert. Daarbij valt op dat het vooral gaat om omstandigheden die zich na het faillissement hebben voorgedaan. Relevant is verder dat Van der Schoot een van de twee statutair bestuurders was van moedermaatschappij HHI en deze moedermaatschappij alle beleidsbeslissingen nam, die vervolgens door de directeur van Welsec werden uitgevoerd. Tijdens de voortzetting in faillissement communiceerde de directeur steeds met Van der Schoot. De statutair bestuurder van Welsec bemoeide zich (vrijwel) niet met het beleid van de onderneming en was ook niet aanwezig bij het gesprek met de curator, waarbij Van der Schoot wel aanwezig was. In hoger beroep houdt het oordeel van de rechtbank stand. Naast de omstandigheid dat Van der Schoot zichzelf als zodanig heeft aangemerkt en daar niet op is teruggekomen, bleef hij de beleidsbeslissingen ter zake Welsec nemen, voerde hij de

348 Rb. 's-Gravenhage 1 februari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV3111, *RN* 2012, 48.
349 Rb. 's-Gravenhage 1 februari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV3111, *RN* 2012, 48, r.o. 4.2.
350 Rb. Noord-Nederland 19 juli 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2788, *JOR* 2017, 259, m.nt. Atema.

jaarlijkse besprekingen met de accountant in afwezigheid van de formeel bestuurder en na datum faillissement was hij de gesprekspartner van de curator. Naar het oordeel van het hof had de bestuursfunctie van de formele bestuurder weinig of geen inhoud, waardoor deze feitelijk is terzijde gesteld.[351]

4.2.4.3.3 Afsluitende opmerkingen

Rechtspraak waarin een commissaris als beleidsbepaler aansprakelijk wordt gehouden voor het boedeltekort is schaars.[352] Dat is echter niet verwonderlijk wanneer wordt bedacht dat de wetgever geen ruime toepassing van artikel 2:248 lid 7 BW heeft beoogd. Handelen binnen een wettelijke (of statutaire) bevoegdheid kan niet leiden tot een kwalificatie als beleidsbepaler. Dat geldt ten aanzien van een goedkeuringsbevoegdheid met betrekking tot bepaalde bestuursbesluiten, maar in het bijzonder ook voor de algemene beïnvloeding van en inmenging met het bestuursbeleid. Hierbij is relevant dat de opvattingen over hetgeen van een commissaris mag worden verwacht in de afgelopen jaren is veranderd. De voornaamste taken van een commissaris zijn toezicht houden op het bestuursbeleid en de algemene gang van zaken, alsmede het bestuur adviseren.[353] De commissaris dient echter een steeds meer indringende en actieve houding dan voorheen aan te nemen. Ook wordt in het algemeen meer deskundigheid verwacht dan eerder het geval was.[354] Onder omstandigheden is er zelfs sprake van een leidende rol op het gebied van strategie.[355] Bovendien mag inmiddels als uitgangspunt worden aangenomen dat een commissaris zich actiever moet opstellen naarmate de vennootschap in (financiële) problemen dreigt te raken of daarin verkeert. Ondanks een zeer sterke invloed of aanzienlijke mate van sturing en advies op het bestuursbeleid, handelt een commissaris daarom mijns inziens al snel binnen de grenzen van zijn wettelijke bevoegdheid.[356] Bij de uitoefening van zijn taken heeft de commissaris dan weliswaar (grote) invloed op het beleid, doch de bevoegdheid tot het uitoefenen van invloed kan niet leiden tot aansprakelijkheid.[357] Een te actieve rol van de commissaris zal in het licht van het voorgaande naar mijn mening dan ook maar zelden tot aansprakelijkheid wegens het (mede) bepalen van beleid kunnen leiden. De hiervoor besproken casus betreft uitzonderingsgevallen, waarin sprake was van een zeer evidente rol als bestuurder.

---

351 Hof Arnhem-Leeuwarden 24 maart 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:2491.
352 Vgl. De Savornin Lohman 2007, p. 147; buiten de hier behandelde uitspraken is mij geen andere rechtspraak bekend.
353 Art. 2:250 (140) lid 2 BW.
354 Verboom 2017, p. 230.
355 Vgl. Van Schilfgaarde 2017, p. 282; Van Ginneken 2017, p. 201-202.
356 Vgl. reeds Löwensteyn 1988, p. 127.
357 *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr.6, p. 2 (MvA).

4.2.4.4 Artikel 2:207, 208 en 216 BW

Zoals hiervoor aan de orde kwam, is het bestuur het aangewezen orgaan om te beslissen over de inkoop van eigen aandelen. Een beperkte rol is voor het bestuur weggelegd bij besluiten van de algemene vergadering tot kapitaalvermindering en uitkeringen: deze besluiten blijven zonder gevolg, indien de goedkeuring van het bestuur ontbreekt. De gemeenschappelijke deler van deze drie bepalingen is de door het bestuur uit te voeren uitkeringstest. Met name ter bescherming van schuldeisers[358] bepaalt de wet dat inkoop van eigen aandelen anders dan om niet, terugbetaling op aandelen bij kapitaalvermindering en (winst)uitkeringen niet zijn geoorloofd wanneer het bestuur weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap nadien niet zal kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Hiermee heeft de wetgever beoogd een uniforme regeling te scheppen voor alle gevallen waarin vermogen van de vennootschap wordt uitgekeerd.[359] Ook voor de toepassing van deze aansprakelijkheidsregelingen geldt dat met een bestuurder wordt gelijkgesteld degene die het beleid heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder. De figuur wordt rechtstreeks ontleend uit de WBA en WBF.[360] Hierna zal ik ingaan op enkele bijzonderheden van deze bepalingen ten aanzien van (mede)beleidsbepalers. De werking van deze artikelen beschreef ik in paragraaf 3.4.

4.2.4.4.1 Intern versus extern

Waar aansprakelijkheid uit de WBA en WBF betrekking heeft op externe verhoudingen – belasting- en pensioenschulden of het tekort in faillissement – betreffen de onderhavige bepalingen juist de interne verhoudingen. De bepalingen zien op vermogensonttrekkingen die aan de aandeelhouders ten goede komen, maar voor zowel de vennootschap als haar schuldeisers nadelig kunnen zijn: aandelen die worden ingekocht anders dan om niet, vermindering van kapitaal met terugbetaling en winstuitkering. De aansprakelijkheid dient, aldus uitdrukkelijk de wetgever, te worden beoordeeld aan de hand van de maatstaven voor interne aansprakelijkheid.[361] Artikel 2:216 en, daarmee ook 2:207 en 2:208 BW voor zover er sprake is van een uitkering, moeten dus als een *lex specialis* van artikel 2:9 BW worden aangemerkt. De wetgever spreekt van een 'bijzondere verantwoordelijkheid' van bestuurders in het kader van uitkeringen aan aandeelhouders. Hoewel de beleidsbepaler een onbekende figuur is bij de toepassing van artikel 2:9 BW, kan er in het kader van uitkeringen aan aandeelhouders wel sprake zijn van een interne aansprakelijkheid van (mede) beleidsbepalers. Met de invoering van deze bepalingen is de (mede)beleidsbepaler dus ook in het interne aansprakelijkheidsrecht van de BV geïntroduceerd en dient het

358 Vgl. *Kamerstukken* II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 31-33 (MvT); Slagter/Assink 2013, p. 1046.
359 *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 8 (MvT).
360 Vgl. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 74 (MvT).
361 *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 31-32 (MvT).

handelen te worden beoordeeld volgens de maatstaven van artikel 2:9 BW. Een lichte zweem van een antimisbruikkarakter komt in de parlementaire geschiedenis tot uitdrukking wanneer de wetgever de verwachting uitspreekt dat er ondernemers zullen zijn die zich niet bekommeren om de belangen van crediteuren en de aansprakelijkheidsregels zullen trachten te omzeilen, onder meer door het gebruiken van stromannen.[362] De bepalingen hebben dan ook een zeker ambivalent karakter. Enerzijds hebben ze in de kern betrekking op voorkoming van schuldeisersbenadeling, terwijl anderzijds de bestuurdersaansprakelijkheid in de context van interne verhoudingen – bescherming van de vennootschap – is geplaatst.

Voornoemde ambivalentie is opmerkelijk om twee redenen. Ten eerste omdat de normen voor interne en externe aansprakelijkheid niet zonder meer samenvallen.[363] Weliswaar kan inmiddels van een zekere mate van convergentie[364] worden gesproken, maar de aard van de betreffende aansprakelijkheden noopt tot een verschil in beoordeling van hetgeen als behoorlijk bestuur kan worden beschouwd. Handelen dat ten opzichte van de vennootschap als onbehoorlijk geldt, is niet steeds onbehoorlijk ten opzichte van de schuldeisers en vica versa.[365] Bovendien kan een verleende décharge de interne aansprakelijkheid aanzienlijk beperken,[366] terwijl diezelfde décharge niet aan aansprakelijkheid uit hoofde van artikel 2:248 (138) BW in de weg staat. Ten tweede omdat de introductie van de (mede)beleidsbepaler zonder meer gepast wordt geacht, zonder dat de wetgever zich enige rekenschap geeft van de omstandigheid dat interne en externe verhoudingen in de onderhavige bepalingen als het ware zijn verenigd. Het onderwerp van de bepalingen is telkens een interne besluitvorming, waarbij vermogen van de vennootschap al dan niet naar haar aandeelhouders vloeit. Bij toepassing van artikel 2:207 BW geschiedt die besluitvorming slechts door het bestuur; bij de artikelen 2:208 en 2:216 BW is sprake van een wisselwerking tussen bestuur en aandeelhouders. Het is lastig om in dit kader een geval te bedenken waarbij een derde zich zodanig met de interne besluitvorming bemoeit, dat hij als (mede)beleidsbepaler kan worden aangemerkt. Niet in de laatste plaats omdat derden in de regel de bevoegdheid missen om binnen de organisatorische kaders van het rechtspersonenrecht daadwerkelijk (mee) te beslissen. Het antimisbruikkarakter van artikel 2:248 (138) BW en artikel 36 IW is juist gelegen in de bestrijding van het gebruik van rechtspersonen om aansprakelijkheid jegens schuldeisers te ontlopen. Introductie van de (mede)beleidsbepaler was daarbij een logische stap, omdat aansprakelijkheid anders kon worden ontlopen door het plaatsen van stromannen

362 *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 74 (MvT).
363 Vgl. Slagter/Assink 2013, p. 1071-1073.
364 Zie o.m. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/208; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/441 en 457.
365 De Groot 2011, p. 135; zie ook paragraaf 4.2.4.2.
366 Volgens Bier 2019, par. 24.4 kan een verleende decharge evenwel niet aan een vordering op grond van 2:216 lid 3 BW in de weg staan.

of het anderszins fungeren als opdrachtgever zonder de aan het bestuurderschap gekoppelde verantwoordelijkheid te dragen. Bescherming van de vennootschap is daarentegen met de misbruikwetten niet beoogd. Tenzij een derde het op een akkoordje heeft gegooid met de aandeelhouder die een uitkering zal ontvangen, is mij onduidelijk waarom in dit verband de gelijkstelling van (mede)beleidsbepalers met het formele bestuur geschikt is om te worden toegepast bij uitkeringen aan aandeelhouders.

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever vooral heeft gedacht aan commissarissen of aandeelhouders.[367] Het ligt inderdaad voor de hand om te denken aan (leden van) organen van de vennootschap nu het een interne aangelegenheid betreft. Niettemin blijft onduidelijk waarom een gelijkstelling in dit kader geschikt wordt geacht. Van beleidsbepaling kan ten aanzien van vennootschapsorganen pas sprake zijn wanneer de wettelijke bevoegdheden worden overschreden en de bestuursmacht wordt aangemeten. En daar wringt de schoen, want in de artikelen 2:208 en 2:216 BW is bij de besluitvorming een centrale rol weggelegd voor de algemene vergadering. De rol van het bestuur is beperkt tot het verlenen van goedkeuring, waarbij het bestuur geen discretionaire bevoegdheid toekomt. Bij artikel 2:207 BW vervult het bestuur weliswaar een centrale rol, maar is het inkopen van aandelen überhaupt niet aan de orde zonder betrokkenheid van een aandeelhouder. Een bevoegdheidsoverschrijding is eerst dan aan de orde, wanneer de algemene vergadering zich mengt in de bestuursbeslissing tot inkoop of in de bestuursbeslissing tot het verlenen van goedkeuring. Een instructie ter zake, zoals Barneveld[368] ten onrechte meent, kan evenmin leiden tot aansprakelijkheid, nu ook de instructiebevoegdheid een wettelijke bevoegdheid vormt die in de regel – zoals ik eerder[369] betoogde – niet kan worden overschreden. Naar aanleiding van een instructie zal het bestuur een zelfstandige afweging moeten maken, waarbij ingevolge 2:239 lid 4 BW het belang van de vennootschap als leidraad dient. De bepalingen kennen een geüniformeerde maatstaf voor aansprakelijkheid: de voorzienbaarheid van schuldeisersbenadeling. Juist die maatstaf moet als een zekere ondergrens worden beschouwd bij de invulling van het vennootschappelijk belang.[370] Een aanwijzing tot goedkeuring van een uitkering in strijd met de norm van 2:216 lid 2 BW houdt dan ook per definitie geen stand, zodat de aandeelhouder langs die weg geen invloed kán uitoefenen. Overigens zal de betreffende aandeelhouder in een dergelijk geval zelf aansprakelijk zijn voor het tekort, namelijk tot de waarde van de ontvangen uitkering.[371]

367 Zie bijv. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 058, nr. 3, p. 74; vgl. Canisius & Canisius 2015, p. 171 en Barneveld 2014, p. 426-428.
368 Barneveld 2014, p. 427.
369 Zie paragraaf 3.6.
370 Vgl. Huizink 2015, p. 42.
371 Artikel 2:216 lid 3 BW.

4.2.4.4.2 Rol van de (mede)beleidsbepaler bij goedkeuring

Het voorgaande brengt mij tot de vraag van de SP-fractie bij de parlementaire behandeling van 2:216 BW. Deze vraag vloeit voort uit de formulering van de gelijkstelling in de onderhavige bepalingen. Waar artikel 36 IW en artikel 2:248 (138) BW voorzien in een gelijkstelling van de (mede)beleidsbepaler met de formele bestuurder voor de toepassing van het *gehele* artikel, voorzien artikel 2:207, 208 en 216 BW slechts in een gelijkstelling voor het betreffende *artikellid* (lid 3). De disculpatiemogelijkheid is eveneens in lid 3 opgenomen, zodat ook de (mede)beleidsbepaler, die bewijst dat de verkrijging of uitkering niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden, zich kan disculperen. De beslissingsbevoegdheid omtrent de verkrijging van eigen aandelen is echter geregeld in lid 1 van 2:207 BW; het verlenen van goedkeuring aan het uitkeringsbesluit in lid 2 van 2:216 BW. De SP-fractie heeft daarom naar voren gebracht dat de (mede)beleidsbepaler wel hoofdelijk verbonden kan zijn, maar niet mede heeft moeten instemmen met het besluit tot verkrijging of goedkeuring.[372] In reactie daarop heeft de wetgever onderkend dat de (mede)beleidsbepaler niet formeel deelneemt aan de besluitvorming; hij bepaalt daarentegen op informele wijze geheel of gedeeltelijk de uitkomst van die besluitvorming. En inderdaad, het kenmerk van de (mede)beleidsbepaler is het ontbreken van de formele bestuursbevoegdheid. Er moet daarom sprake zijn van een duidelijke bemoeienis met betrekking tot de besluitvorming. Tot de uiteindelijke goedkeuring als gevolg waarvan aansprakelijkheid kan ontstaan, kan alleen het bestuur besluiten. Invloed van een (mede)beleidsbepaler kan bijvoorbeeld gelegen zijn in een impliciet besluit, bijvoorbeeld betaalbaarstelling[373] zonder afzonderlijk besluit, maar kan zich ook uiten in een doorslaggevende rol bij de besluitvorming door het bestuur. Ik denk dan aan de situatie dat het bestuur op aanwijzen of onder druk van een (mede)beleidsbepaler zijn goedkeuring verleent. Linksom of rechtsom zal het formele bestuur een rol moeten vervullen bij de onderhavige besluitvorming, omdat bij gebreke daarvan geen sprake is van een rechtsgeldig goedkeuringsbesluit en alsdan een geldige titel voor de uitkering ontbreekt. Immers, zonder goedkeuring blijft het uitkeringsbesluit van de AV zonder gevolgen.[374] Ook ten aanzien van de (mede)beleidsbepaler geldt ten slotte dat aansprakelijkheid pas volgt indien de (mede)beleidsbepaler wist of behoorde te weten dat de vennootschap door de uitkering niet zou kunnen voortgaan met het betalen van de opeisbare schulden.

Aansprakelijkheid van een (mede)beleidsbepaler op grond van deze bepalingen kan mijns inziens slechts intreden indien er sprake is van actieve betrokkenheid bij de betreffende besluitvorming. Er moet sprake zijn van (mede)beleidsbepaling ten

372 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 058, nr. 5, p. 15-16.
373 *Kamerstukken II* 2011/12, 31 058, E, p. 11.
374 Asser/Van Olffen & Rensen 2-IIa 2019/208.

aanzien van het besluit dat voorzienbaar schuldeisers heeft benadeeld. Ontbreekt enige betrokkenheid bij de besluitvorming, dan is aansprakelijkheid niet gerechtvaardigd, te meer omdat het de (mede)beleidsbepaler ontbreekt aan formele bevoegdheden om in te grijpen. Zo werkt het aansprakelijkheidsregime echter niet: er is sprake van een hoofdelijke aansprakelijkheid voor zover de benadeling van schuldeisers (objectief) voorzienbaar was. Degene die als (mede)beleidsbepaler kan worden aangemerkt, maar geen enkele betrokkenheid heeft gehad bij de goedkeuring van een uitkeringsbesluit riskeert dus eveneens aansprakelijkheid, zij het dat een beroep op disculpatie dan wellicht meer kans van slagen heeft. De wetgever gaat er in ieder geval van uit dat degene die als (mede)beleidsbepaler kan worden aangemerkt voldoende feitelijke invloed kan uitoefenen om het onterecht verlenen van goedkeuring te voorkomen en om de nadelige gevolgen daarvan af te wenden.

Men zou verder verwachten dat degene die als (mede)beleidsbepaler kwalificeert voor de toepassing van artikel 2:207, 208 of 216 BW ook als zodanig kan worden aangemerkt bij de toepassing van artikel 2:248 BW en vice versa. Toch noopt de parlementaire geschiedenis niet tot die conclusie. Weliswaar kiest de wetgever voor een zinsnede die 'overeenkomt' met de tekst van artikel 2:248 lid 7 BW, maar ik meen dat beleidsbepaling is vereist ten aanzien van een zeer specifiek, intern besluitvormingsproces en een afzonderlijke bevoegdheid van het bestuur. De WBF heeft echter betrekking op de onbehoorlijke taakvervulling in het geheel en de bestuurstaak als zodanig. In de regel gaat het dan om een geheel van omstandigheden en oorzaken van het faillissement. Bij het aanmerken van een betrokkene als (mede)beleidsbepaler voor de toepassing van 2:207, 208 en 216 BW dient hiermee rekening te worden gehouden. De gelijkstelling heeft zoals gezegd een zeker antimisbruikkarakter, maar ook dat karakter is toegespitst op het toepassingsbereik van deze bepalingen. Het ligt overigens voor de hand dat de bepalingen met name in faillissement zullen worden toegepast en de curator ook bij het aantreffen van een (mede)beleidsbepaler de voorkeur zal geven aan een aansprakelijkheidsstelling op grond van artikel 2:248 BW. De aansprakelijkheid uit hoofde van artikel 2:207, 208 en 216 BW is immers beperkt tot het tekort dat door de uitkering is ontstaan, terwijl een geslaagd beroep op artikel 2:248 BW in beginsel een aansprakelijkheid voor het volledige faillissementstekort tot gevolg heeft. Daarbij verdient opmerking dat de enkele vaststelling van aansprakelijkheid op grond van 2:216 BW niet ook betekent dat er sprake is van onbehoorlijk bestuur als bedoeld in 2:248 BW.[375] Bovendien vereist deze laatste bepaling dat het onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Volgens Moulen Janssen zal sneller aan de strengere eisen van artikel 2:248 BW zijn voldaan wanneer de vennootschap haar opeisbare schulden niet meer kan voldoen en een faillissement volgt.[376]

375 *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 33 (MvT).
376 Moulen Janssen 2017, p. 388.

Ik verwacht ten slotte dat bij de toepassing van deze aansprakelijkheidsgronden veelal een (groot)aandeelhouder als (mede)beleidsbepaler wordt aangewezen. Die verwachting baseer ik op de omstandigheid dat de bepalingen een regeling geven voor een besluitvormingsproces dat uitsluiteind in de interne verhoudingen plaatsvindt. Slechts de gevolgen van dit interne proces hebben mogelijk een externe werking. Bovendien komen de uitkeringen steeds toe aan een aandeelhouder. De (mede) beleidsbepaler die geen aandeelhouder is, profiteert in beginsel niet van de uitkering. Artikel 2:216 lid 3 BW voorziet reeds in een aansprakelijkheid voor degene die een uitkering ontving, zonder mogelijkheid tot disculpatie. Deze restitutieverplichting rust echter alleen op de aandeelhouder die te kwader trouw een uitkering ontving; enkel voor zover de aandeelhouder kon voorzien of redelijkerwijs behoorde te voorzien dat de vennootschap na de uitkering in betalingsonmacht zou komen te verkeren, is deze tot restitutie verplicht. Een dergelijke wetenschap vereist inzicht in de financiële gesteldheid van de vennootschap. Dat inzicht zal in de regel door het bestuur moeten worden verschaft.[377] In concernverhoudingen zal deze wetenschap ten aanzien van de moedervennootschap eerder aanwezig worden geacht, althans gemakkelijker kunnen worden bewezen.[378] Daarnaast reikt deze verplichting niet verder dan het tekort dat door uitkering is ontstaan en voor ten hoogste het bedrag of de waarde van de ontvangen uitkering. Zijn er meerdere aandeelhouders, dan zal iedere aandeelhouder afzonderlijk moeten worden aangesproken om de volledige uitkering te doen terugvloeien in het vermogen van de vennootschap. Een vordering op grond van onrechtmatige daad heeft eenzelfde reikwijdte.[379] In dit licht biedt het aanspreken van de aandeelhouder, of breder, de ontvanger van de uitkering, als (mede)beleidsbepaler enkele voordelen. De (mede)beleidsbepaler deelt immers het lot van de bestuurders. Inzicht in de financiële gesteldheid van de vennootschap wordt bij het bestuur en daarmee ook de (mede)beleidsbepaler verondersteld. Blijkt dat het bestuur ten onrechte goedkeuring heeft verleend, dan zal veelal ook de (mede)beleidsbepaler aansprakelijk zijn. Die aansprakelijkheid reikt verder dan maximaal het ontvangen bedrag, nu het bestuur aansprakelijk is voor het volledige tekort dat door de uitkering is ontstaan. De vennootschap of curator behoeft dus niet iedere aandeelhouder afzonderlijk aan te spreken, maar kan volstaan met een vordering jegens de bestuursleden en (mede)beleidsbepalers.[380] De bestuurders en

377 Bij het bestuur wordt dit financiële inzicht aanwezig geacht. Het vereiste dat de terugbetalingsplicht alleen geldt voor de ontvanger die wist of redelijkerwijs behoorde te voorzien dat de uitkering tot betalingsonmacht zou leiden, is bedoeld als extra prikkel voor het bestuur om de aandeelhouders en andere uitkeringsgerechtigden in zodanige mate te informeren dat ook zij op de hoogte zijn van de afwegingen bij de uitkeringstest (*Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 31 (MvT). Het vereiste stimuleert daarmee ook dat het bestuur een gedegen afweging maakt, teneinde betrokkenen te kunnen informeren, en schriftelijke vastlegging van de besluitvorming.

378 Vgl. Barneveld 2014, p. 422.

379 Moulen Janssen 2017, p. 392.

380 Nu er sprake is van een collectieve aansprakelijkheid hoeft niet van iedere bestuurder en (mede) beleidsbepaler afzonderlijk te worden aangetoond dat betalingsonmacht (objectief) voorzienbaar

(mede)beleidsbepalers zullen vervolgens de uitgekeerde bedragen bij elkaar moeten sprokkelen door deze van de afzonderlijke aandeelhouders te vorderen.[381] Een voordeel van 2:207, 208 en 216 BW is ten slotte de toepasselijkheid ervan buiten faillissement.

4.2.4.4.3 Disculpatie en décharge

De bestuurder die bewijst dat het niet aan hem te wijten is dat de vennootschap de aandelen heeft verkregen of de uitkering heeft gedaan en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden, kan zich disculperen.[382] Aan aansprakelijkheid kan overigens ook worden ontkomen door het aanvoeren van externe omstandigheden die aan de betalingsonmacht ten grondslag liggen en die ten tijde van de uitkering niet voorzienbaar waren.[383] De mogelijkheid tot disculpatie sluit aan bij de disculpatiegrond in artikel 2:9 BW.[384] Ook de (mede)beleidsbepaler kan pogen zich te disculperen.

Bij het verwijtbaarheidsvereiste moet vooral worden gedacht aan het voorkomen dat goedkeuring wordt verleend. In een meerhoofdig bestuur betekent dat tegenstemmen en trachten de medebestuurders te beïnvloeden.[385] Ook nadat de goedkeuring is verleend, kan de bestuurder nog maatregelen treffen om uitkering te voorkomen. Daartoe zal hij in de regel echter tegen zijn medebestuurders in moeten gaan. De (mede)beleidsbepaler neemt formeel geen deel aan de besluitvorming omtrent de goedkeuring. In ieder geval is hij formeel niet bevoegd om tegen de goedkeuring te stemmen. Wel kan de (mede)beleidsbepaler *de facto* het bestuur beïnvloeden. Dat is denk ik ook de gedachte van de wetgever geweest: een (mede)beleidsbepaler heeft gezien de aard van deze figuur een dermate invloed op het bestuur, dat hij feitelijk in staat moet worden geacht om een onterechte goedkeuring en/of ongeoorloofde uitkering te voorkomen. Aldus moet de (mede)beleidsbepaler in staat worden geacht om de eerste voorwaarde voor disculpatie in vervulling te doen gaan. Mijns inziens

was. Door wel al deze personen in rechte te betrekken, kan een executoriale titel worden verkregen die ten opzichte van hen allemaal geldt en zijn de verhaalsmogelijkheden ruimer.

381 De terugbetalingsplicht geldt jegens de vennootschap. Het derde lid voorziet echter in een regresrecht voor de bestuurders, wanneer zij het tekort aan de vennootschap hebben voldaan.

382 Deze voorwaarden zijn cumulatief.

383 Zie *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 32 (MvT), welk verweer door de wetgever in de sleutel van disculpatie wordt geplaatst. Ook Koster 2013, p. 104 plaatst dit verweer onder de noemer van disculpatie. Ten onrechte, want dit verweer heeft invloed op de voorzienbaarheid en daarmee de vraag of een uitkering is geoorloofd en het bestuur überhaupt goedkeuring had mogen verlenen. De disculpatiemogelijkheid gaat er daarentegen van uit dat het bestuur reeds ten onrechte goedkeuring heeft verleend.

384 *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 32 (MvT).

385 Vgl. Asser/Van Olffen & Rensen 2-IIa 2019/213; Handboek 2013, nr. 332.1; Boschma & Schutte-Veenstra 2012, par. 3.3.2.

ligt daaraan de premisse ten grondslag dat de kwalificatie als (mede)beleidsbepaler het nodige inzicht in de financiële gesteldheid van de vennootschap met zich brengt – gelet op de vereiste voorzienbaarheid van betalingsonmacht – en voldoende feitelijke macht om daadwerkelijk invloed te kunnen uitoefenen op het doen en het laten van het bestuur, dan wel de feitelijke mogelijkheid om zelf beslissingen te nemen en namens de vennootschap te handelen. Anders gezegd, ontbreken deze eigenschappen dan zal een kwalificatie als (mede)beleidsbepaler niet aan de orde zijn, hoeft de betrokkene deze aansprakelijkheid niet te vrezen en komt het disculpatievraagstuk niet aan de orde.

Het tweede vereiste verlangt dat de bestuurder maatregelen heeft getroffen om te voorkomen dat de vennootschap haar opeisbare schulden niet meer kan voldoen. Barneveld vermoedt mijns inziens terecht dat het hierbij gaat om het afwenden van de *indirecte* gevolgen van de uitkering.[386] Van Solinge en Nieuwe Weme noemen als mogelijke maatregelen het aantrekken van een kredietfaciliteit, het tegenhouden van bepaalde uitgaven of investeringen teneinde de situatie van betalingsonmacht af te wenden, het onderhandelen met bepaalde schuldeisers om betalingstermijnen te verlengen en het extra inspannen om nieuwe klanten te werven of te voorkomen dat bestaande klanten wegvallen.[387] Ook hierbij stel ik voorop dat de (mede)beleidsbepaler formeel in beginsel geen enkele bevoegdheid toekomt om dergelijke maatregelen te treffen. Daar waar de (mede)beleidsbepaler *de facto* kan optreden, zoals het onderhandelen met schuldeisers of het aantrekken van nieuwe klanten, levert dat geen problemen op. Het aantrekken van een nieuwe financiering lijkt mij daarentegen veel lastiger. Niet alleen zal een kredietverstrekker in de regel vraagtekens moeten plaatsen bij de hoedanigheid van de (mede)beleidsbepaler, een inschrijving als bestuurder in het handelsregister zal veelal ontbreken, maar ook bij diens vertegenwoordigingsbevoegdheid.[388] De feitelijke mogelijkheid voor de (mede)beleidsbepaler om de nadelige gevolgen af te wenden, moeten daarom mijns inziens bij de disculpatie te worden betrokken. Het ligt dan op de weg van de (mede) beleidsbepaler die een beroep op disculpatie doet, om aannemelijk te maken dat hij niet of onvoldoende in staat is geweest om überhaupt maatregelen te treffen. Ik verwacht echter dat een succesvolle kwalificatie als (mede)beleidsbepaler met zich zal brengen dat de betrokkene over zodanige invloed kon beschikken, dat van hem mocht worden verwacht dat hij maatregelen zou treffen.

386 Barneveld 2011, p. 562.

387 Asser/Van Olffen & Rensen 2-IIa 2019/213.

388 Dergelijke vragen zal de kredietverstrekker in ieder geval aan de orde moeten stellen gelet op de onderzoeksverplichtingen uit hoofde van de Wet ter voorkoming van witwassen en financiering van terrorisme (Wwft).

Naast disculpatie kan ook décharge[389] aan aansprakelijkheid op grond van artikel 2:207, 2018 en 216 BW in de weg staan. Hoewel de bepalingen zijn ingevoerd met het oog op crediteurenbescherming, leidt de aanknoping bij de interne aansprakelijkheid van artikel 2:9 BW tot het opmerkelijke effect dat de aandeelhouders ten faveure van zichzelf[390] de bestuurdersaansprakelijkheid grotendeels kunnen indammen. Een déchargebesluit staat er in beginsel aan in de weg dat het bestuur nog kan worden aangesproken tot vergoeding van het tekort dat door de uitkering is ontstaan. De décharge heeft slechts betrekking op gegevens die uit de jaarrekening blijken of anderszins aan de algemene vergadering bekend zijn. Indien haar dus bekend is dat de uitkering tot betalingsonmacht van de vennootschap kan leiden, kan de décharge aan de aansprakelijkheid van de bestuurders in de weg staan. Daarin is mijns inziens voor het bestuur wel een prikkel gelegen om de algemene vergadering te informeren over de financiële gesteldheid van de vennootschap en de mogelijke gevolgen van de uitkering.

Met de décharge wordt de vennootschap en de curator een vorderingsrecht op grond van deze bepalingen ontnomen, tenzij het déchargebesluit kan worden vernietigd. Volgens sommige auteurs ligt die vernietiging in de rede, wanneer ook voor de aandeelhouders (objectief) voorzienbaar was dat de vennootschap als gevolg van de uitkering in betalingsproblemen zou raken, dan wel de continuïteit in gevaar zou brengen.[391] Zo bezien vormt een décharge maar een beperkte mitigerende factor ten aanzien van de bestuurdersaansprakelijkheid. De geïnformeerde AV die ondanks de door het bestuur gesignaleerde risico's décharge verleent, kan immers met een beroep op de vernietigbaarheid van het déchargebesluit worden gepasseerd. Andere auteurs leiden daarentegen uit het *Ellem*-arrest van de Hoge Raad af dat opzettelijk en onzorgvuldig handelen waarmee de aandeelhouders bekend zijn, onvoldoende grond oplevert voor vernietiging.[392] Ervan uitgaande dat het bestuur de algemene vergadering deugdelijk heeft geïnformeerd over de mogelijke gevolgen van de goedkeuring van een uitkeringsbesluit, noopt deze opvatting tot de conclusie dat het bestuur zich met succes op een verleende décharge kan beroepen als deze is verleend in het kader van de uitkering. In beginsel kan de décharge dan evenmin worden aangetast met een beroep op de vernietigbaarheid ervan.[393]

389 Zie over décharge Slagter/Assink 2013, p. 1149 e.v.; Bulten & Kreileman 2017, p. 417, 443.

390 Ik beschouw de mogelijkheid om décharge te verlenen, waarmee een vordering van de vennootschap teniet gaat, als een middel voor de aandeelhouders om de bestuurders te prikkelen toch goedkeuring te verlenen, waar zij dat wellicht zonder décharge niet zouden doen.

391 Asser/Van Olffen & Rensen 2-IIa 2019/211; Barneveld 2011, p. 560-561; Boschma & Schutte-Veenstra 2012, par. 3.3.2; Handboek 2013, nr. 332.1.

392 HR 20 oktober 1989, *NJ* 1990, 308 (*Ellem*); zie Bier in haar annotatie bij Rb. Gelderland 16 maart 2016, *JOR* 2016, 187, nrs. 9 en 10; Bulten & Kreileman 2017, p. 438-439.

393 Vgl. Bier in haar annotatie bij Rb. Gelderland 16 maart 2016, *JOR* 2016, 187, nrs. 9 en 10.

Voor de (mede)beleidsbepaler biedt een déchargebesluit in ieder geval geen soelaas. Het besluit strekt namelijk slechts tot kwijting van de formele bestuurders. De (mede)beleidsbepaler heeft zo bezien eerder aansprakelijkheid te duchten dan de formele bestuurders. Anders is het wanneer in het kader van de uitkering een vrijwaring van de aandeelhouders wordt bedongen. De verstrekking van een vrijwaring speelt zich, anders dan décharge, af in de contractuele sfeer en kan dus ook tussen de aandeelhouders of zelfs de vennootschap en een (mede)beleidsbepaler worden overeengekomen. Het gevaar bestaat echter dat de handelingen die een disculpatieverweer kunnen doen slagen, alsmede het bedingen van een vrijwaring ter zake van de uitkering, de kwalificatie als (mede)beleidsbepaler in de hand werken.

4.3 Deel II: De oneigenlijke beleidsbepaler[394]

Bestuurders van vennootschappen kunnen zowel in als buiten faillissement aansprakelijk zijn jegens derden op grond van onrechtmatige daad. Tot die derden kan ook de Ontvanger worden gerekend, zodat de bestuurder persoonlijk aansprakelijk kan zijn voor onbetaalde belastingschulden op grond van artikel 6:162 BW. Ook de curator die optreedt namens de gezamenlijke schuldeisers kan als een dergelijke derde worden aangemerkt.[395] Voor het beoordelen van de aansprakelijkheid van een bestuurder op grond van deze bepaling wordt een zogenaamde 'verhoogde drempel' gehanteerd. Zoals ik hierna nog zal toelichten is ondertussen vaste rechtspraak dat een bestuurder slechts aansprakelijk is voor verbintenissen van de rechtspersoon, indien de bestuurder persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt.[396] In toenemende mate zijn gevallen in de rechtspraak te ontdekken waarin ook een beleidsbepaler wordt aangesproken op grond van onrechtmatige daad, al dan niet met verwijzing naar de bepalingen die ik in het eerste deel van dit hoofdstuk besprak. In de inleiding van dit hoofdstuk heb ik het kenmerk weergegeven dat de (mede)beleidsbepaler, die wordt aangesproken op grond van onrechtmatige daad, onderscheidt. Anders dan de figuur die ik aanduid als eigenlijke beleidsbepaler, is bij aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad geen sprake van een wettelijke bepaling die een beleidsbepaler gelijkstelt met een formele bestuurder. Ik noem deze figuur daarom de 'oneigenlijke' (mede)beleidsbepaler. In veel van deze gevallen wordt ten aanzien van de oneigenlijke beleidsbepaler de hiervoor

394 Dit deel behandelt en borduurt verder op hetgeen ik in Van Nuland 2017 heb uiteengezet.

395 Voor de Ontvanger, zie artikel 32 lid 1 IW, waaruit volgt dat hij ook gebruik kan maken van de mogelijkheden die enige andere wettelijke bepaling schuldeisers biedt. Zie De Groot 2011, p. 188-189; voor de curator volgt dit uit HR 14 januari 1983, *NJ* 1983, 597, m.nt. Wachter (*Peeters q.q./Gatzen*).

396 HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659, *JOR* 2007, 38 (*Ontvanger/Roelofsen*).

bedoelde verhoogde drempel voor aansprakelijkheid opgeworpen door toepassing van de 'ernstig verwijt'-maatstaf.[397]

De gesignaleerde trend in de rechtspraak doet meerdere vragen rijzen. Ten eerste de vraag of een (mede)beleidsbepaler van een rechtspersoon op grond van artikel 6:162 BW kan worden aangesproken voor verbintenissen van de vennootschap, ondanks het ontbreken van een gelijkstelling. Ten tweede de vraag of de kwalificatie van deze (mede)beleidsbepaler plaatsvindt en dient plaats te vinden langs dezelfde lijnen als de kwalificatie van een eigenlijke (mede)beleidsbepaler. Een derde vraag is of voornoemde 'ernstig verwijt'-maatstaf en dus de hoge drempel voor aansprakelijkheid ook geldt ten aanzien van de (mede)beleidsbepaler die op grond van artikel 6:162 BW door individuele schuldeisers van de vennootschap wordt aangesproken. Deze drie vragen worden hierna behandeld. Ik zal eerst stilstaan bij de toepasselijkheid van artikel 6:162 BW op (mede)beleidsbepalers en de kwalificatie van deze figuur in dat verband. Vervolgens schets ik op hoofdlijnen de regels die gelden voor bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad. Ten slotte bespreek ik de te hanteren maatstaf ten aanzien van een (mede)beleidsbepaler.

4.3.1 De reikwijdte van artikel 6:162 BW

De vraag of artikel 6:162 BW zich ook uitstrekt tot een (mede)beleidsbepaler dient bevestigend te worden beantwoord. De bepaling is immers niet beperkt tot een bepaalde kring van personen of rechtssubjecten.[398] Het eerste lid spreekt simpelweg van 'hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt (…)'. Bij een beroep op artikel 6:162 BW hoeft dan ook niet de vraag te worden gesteld of de aansprakelijk gestelde onder het toepassingsbereik van deze bepaling valt, maar dient te zijn voldaan aan de vereisten die de bepaling stelt voor het ontstaan van een verbintenis tot schadevergoeding. Dat betekent dat een beleidsbepaler op grond van artikel 6:162 BW ook aansprakelijk kan zijn jegens de vennootschap, waarbij de aansprakelijkheid mogelijk zal worden beoordeeld aan de hand van artikel 2:9 BW.[399] Hier tekent

397 Enkele (meer) recente gevallen: Rb. Midden-Nederland 15 april 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:1538; Rb. Limburg 23 oktober 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:9345; Rb. Rotterdam 11 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:538; Hof Amsterdam 9 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:424; Hof Amsterdam 25 mei 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2013; Hof Arnhem-Leeuwarden 25 oktober 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:8596; zie ook Van Nuland 2017, p. 129-130.

398 Vgl. De Groot 2011, p. 50-51; Slagter/Assink 2013, p. 1103, die mijns inziens terecht stelt dat het oordeel van Hof 's-Hertogenbosch 27 november 2012, ECLI:NL:GHSGH:2012:BY4739 onjuist is. Het hof overwoog: 'Aansprakelijkheidsstelling door derden (…) van een persoon als feitelijk leidinggevende op andere grond dan uitdrukkelijk [onderstreping JvN] in de wet voorzien berust niet op de wet en moet reeds daarom worden afgewezen'.

399 Vgl. Slagter/Assink 2013, p. 1126; zie Rb. Limburg 30 mei 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:4923, waarin de rechtbank aansluiting lijkt te hebben gezocht bij HR 2 maart 2007, *NJ* 2007, 240, m.nt. Maeijer, *JOR* 2007, 137, m.nt. Olden (*Holding Nutsbedrijf Westland/Schieke*); zie voor een toewijzend geval bij een stichting Hof 's-Hertogenbosch 11 december 2018, *JOR* 2019, 75, m.nt. Wintgens-Van Luijn.

zich het verschil af met bepalingen die een normadressaat kennen, bijvoorbeeld 'elke bestuurder' in artikel 2:9 BW, 'iedere bestuurder' in artikel 2:248 (138) lid 1 BW, 'de raad van commissarissen' in artikel 2:259 (149) BW of 'de werkgever' in artikel 7:658 lid 2 BW. Indien een bepaling zich specifiek richt tot een bepaalde kring van personen, een persoon in een bepaalde functie, hoedanigheid of verhouding ten opzichte van de gelaedeerde, is de vraag of de laedens onder de reikwijdte van die bepaling valt rechtens relevant. Dit verklaart waarom de wetgever in bijvoorbeeld artikel 2:248 (138) BW heeft voorzien in een gelijkstelling met formele bestuurders. Bij gebreke van die gelijkstelling zou de bepaling zich immers slechts richten tot de formele bestuurders van de vennootschap. De gelijkstelling voorziet in een aanvulling van de normadressaat van de desbetreffende bepaling.

Er is reden om uitgebreider bij deze eerste vraag stil te staan. De aansprakelijkheid van bestuurders, en (mede)beleidsbepalers, op grond van artikel 6:162 BW heeft namelijk een bijzonder kenmerk. De gelaedeerde heeft met de vennootschap gehandeld; er is primair sprake van een verbintenis tussen de gelaedeerde en de vennootschap.[400] Deze laatste komt de verbintenis niet na en/of biedt geen verhaal, waardoor de gelaedeerde ook of in plaats van de vennootschap diens fysieke substraat aanspreekt: de natuurlijk personen die namens en/of door de vennootschap handelen.[401] Bij gebrek aan een contractuele relatie met dit fysieke substraat, kan de gelaedeerde zijn vordering enkel baseren op een buitencontractuele aansprakelijkheid. In de literatuur spreekt men in dit verband van *secundair daderschap*.[402] Die terminologie wekt mijns inziens nodeloos verwarring, aangezien de natuurlijke persoon die zich bedient van de rechtspersoon per definitie – en dus niet in tweede instantie, zoals de term secundair suggereert – als dader moet worden aangemerkt, aangezien de rechtspersoon simpelweg niet zelf kán handelen. De term *secundaire aansprakelijkheid* lijkt mij dan eerder geschikt, aangezien vanuit voornoemd perspectief de bestuurder of (mede)beleidsbepaler (indirect) náást[403] de rechtspersoon aansprakelijk wordt gehouden. Het als *secundair* karakteriseren van de aansprakelijkheid is echter evenzeer onjuist. Zoals hierna aan de orde komt is voor aansprakelijkheid van een bestuurder vereist, dat hem *persoonlijk* een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Daaruit volgt reeds dat er sprake is van een zelfstandige onrechtmatige daad van de betreffende bestuurder. Een rechtstreekse aansprakelijkheid dus op grond van onrechtmatige daad, wegens een *eigen*

400 Vgl. HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 22, m.nt. Van Schilfgaarde (*RCI Financial Services/Kastrop*).

401 Overigens kan dat ook een rechtspersoon-bestuurder zijn; het gaat in dit kader echter om de idee dat de mens die uiteindelijk verantwoordelijk is voor het handelen van de juridische fictie die de rechtspersoon is, wordt aangesproken. Artikel 2:11 BW voorziet daarin in geval van rechtspersoon-bestuurders.

402 Zie o.m. A-G Timmerman in zijn conclusie bij HR 23 november 2012, *NJ* 2013, 302, m.nt. Van Schilfgaarde, onder verwijzing naar De Valk 2009, p. 88 e.v.

403 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/334.

onrechtmatig handelen.[404] Deze aansprakelijkheid van bestuurders die in voornoemde terminologie als *primair* zou moeten worden aangemerkt accepteerde de Hoge Raad in zijn arrest *Kretzschmar/Mendes de Leon*.[405] Eenendertig jaar later oordeelde de Hoge Raad dat wanneer een rechtspersoon door middel van zijn orgaan wanprestatie pleegt, deze handeling tevens een onrechtmatige daad kan zijn van de natuurlijke persoon die als orgaan optreedt.[406]

Nu is de (mede)beleidsbepaler niet zonder meer tevens een orgaan van de vennootschap. Hij kan bijvoorbeeld ook een werknemer of opdrachtnemer zijn. Mijns inziens ligt de nadruk in voormelde overweging echter niet op het optreden van de natuurlijke persoon *als orgaan*, maar juist op het *optreden* als zodanig. Het gaat dan om een optreden, waarbij dit kan worden gezien als een optreden namens of door middel van de rechtspersoon.[407] Aan deze natuurlijk persoon wordt vervolgens het verwijt gemaakt dat niet het optreden als zodanig, maar hetgeen namens de rechtspersoon wordt gedaan of nagelaten, kwalificeert als een persoonlijke onrechtmatige daad jegens de wederpartij van de rechtspersoon. Daarvoor is niet vereist dat die natuurlijk persoon een bestuurder van de rechtspersoon is, of een orgaan, maar slechts dat het optreden gelet op de feitelijke omstandigheden naar verkeersopvatting mede aan de rechtspersoon moet worden toegerekend. Het vertrouwen waarop het verkeer tussen personen is gebaseerd, eist dat wie een bijzondere hoedanigheid tegenover een wederpartij laat gelden, deze hoedanigheid heeft waar te maken, aldus Kortmann.[408] Tot die bijzondere hoedanigheid reken ik ook die van bestuurder, welke door een (mede)beleidsbepaler wordt aangemeten. Er is een duidelijke parallel te trekken tussen deze figuur en de pseudogevolmachtigde, namelijk dat wordt opgetreden in een hoedanigheid die de schijn van bevoegdheid wekt. Het instaan voor deze bevoegdheid, die voor de (pseudo)gevolmachtigde volgt uit artikel 3:70 BW, kan meebrengen dat diegene aansprakelijk is jegens de wederpartij voor het ontbreken van deze bevoegdheid. Het onbevoegdelijk handelen is op zichzelf echter niet onrechtmatig.[409]

Deze materie kan ook vanuit een ander perspectief worden benaderd, die evenzeer aansluit bij de aansprakelijkheid van een (mede)beleidsbepaler. Deze figuur werd geïntroduceerd in het kader van de aanpak van misbruik van rechtspersonen.[410] Meer in het bijzonder gaat het dan om het misbruik van rechtspersoonlijkheid. Het gebruik van stromannen, teneinde de eigen (bestuurders)aansprakelijkheid te ontlopen, is de

404 Evenzo Huizink 2013, p. 29-32.
405 HR 25 november 1927, *NJ* 1928, p. 364.
406 HR 31 januari 1958, *NJ* 1958, 251 (*Van Dullemen/Sala c.s.*).
407 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/334
408 Asser/Kortmann 3-III 2017/92.
409 Asser/Kortmann 3-III 2017/93.
410 Zie paragraaf 4.2.1.

voornaamste reden geweest voor de uitbreiding van bestuurdersaansprakelijkheid naar (mede)beleidsbepalers. De aansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 (138) BW wordt beschouwd als een wettelijke basis voor een (directe) doorbraak van aansprakelijkheid.[411] Denkt men aan misbruik van rechtspersonen, dan is ook de link naar het leerstuk van *vereenzelviging* al snel gelegd.[412] Dit leerstuk beperkt zich tot evidente gevallen van misbruik, die Bartman eens fraai beschreef als 'geknutsel met rechtspersonen om bepaalde ongewenste rechtsgevolgen te vermijden'.[413] Beleidsbepaling als bedoeld in de antimisbruikartikelen zou vervolgens kunnen worden beschouwd als een uitzonderingsgeval dat de doorbraak van aansprakelijkheid richting een (mede)beleidsbepaler rechtvaardigt. Een evidente vorm van misbruik van rechtspersoonlijkheid, om de eigen aansprakelijkheid te ontlopen, en die de (mede) beleidsbepaler het voorrecht van de beperkte aansprakelijkheid die rechtspersoonlijkheid biedt, doet verliezen.[414] Vervolgens geldt dan dat niet het optreden als (mede) beleidsbepaler als zodanig aansprakelijkheid tot gevolg heeft, maar wel dat deze (rechts)persoon jegens de wederpartij van de rechtspersoon waar de beleidsbepaler is opgetreden, aansprakelijk kan zijn indien hij jegens de wederpartij onrechtmatig heeft gehandeld.[415]

Met het voorgaande strookt het door mij verdedigde standpunt dat ook de (mede) beleidsbepaler wegens het persoonlijk plegen van een onrechtmatige daad jegens de wederpartij van de rechtspersoon aansprakelijk kan zijn jegens die wederpartij. Artikel 6:162 BW verwoordt een rechtsplicht die geldt voor eenieder, om zich steeds te onthouden van gedragingen die in strijd zijn met (onder meer) hetgeen in het maatschappelijk verkeer betamelijk is.

4.3.2 Kwalificatie van de oneigenlijke (mede)beleidsbepaler

Dat brengt mij tot de vraag of de oneigenlijke (mede)beleidsbepaler dezelfde figuur is als de eigenlijke (mede)beleidsbepaler. Met Assink deel ik de opvatting dat voor het begrip (mede)beleidsbepaler bij aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad aansluiting kan worden gezocht bij de invulling die daaraan wordt gegeven in het kader van de misbruikwetgeving, maar dat deze invulling op zichzelf niet

411 Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/836.
412 Zie over vereenzelviging paragraaf 5.2.
413 Bartman 2000, p. 796.
414 Het is niet voor niets minister Korthals bij de parlementaire behandeling van de WBF de aansprakelijkheid van natuurlijke personen wegens (opzettelijke) benadeling van schuldeisers van de rechtspersoon en een directe betrokkenheid bij dit misbruik nagenoeg dezelfde bewoording bezigt als de Hoge Raad later zou doen in zijn *Rainbow*-arrest betreffende vereenzelviging c.q. directe doorbraak van aansprakelijkheid. Vgl. *Kamerstukken I* 1985/86, 16 631, nr. 27b, p. 1 (MvA) en HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000, 698, m.nt. Maeijer, *JOR* 2000, 238, m.nt. De Witt Wijnen (*Rainbow*).
415 HR 7 november 1997, *NJ* 1998, 269 (*Kandel/Koolhaas*).

maatgevend is.[416] Schutte-Veenstra neemt hieromtrent geen standpunt in, maar signaleert dat in het merendeel van de door haar onderzochte uitspraken niet expliciet wordt gerefereerd aan het begrip (mede)beleidsbepaler in artikel 2:248 (138) lid 7 BW.[417] Daaruit kan wellicht (voorzichtig) worden afgeleid dat in de praktijk (nuance)verschillen bestaan tussen de eigenlijke (mede)beleidsbepaler enerzijds en de oneigenlijke (mede)beleidsbepaler anderzijds.

De figuur is in ieder geval een verschijnsel uit het aansprakelijkheidsrecht in vennootschappelijk verband. Daarmee bedoel ik dat de (mede)beleidsbepaler buiten aansprakelijkheidskwestie waarbij bovendien een of meer vennootschappen betrokken zijn, geen kenbare figuur is. De termen 'beleidsbepaler', 'medebeleidsbepaler' en 'feitelijk bestuurder' zijn begrippen die verwijzen naar een (rechts)persoon die weliswaar geen statutair bestuurder van een rechtspersoon is in de zin van de wet, maar niettemin het handelen of nalaten in overwegende mate heeft beïnvloed of aangestuurd. Met deze termen duidt men overigens regelmatig ook een *indirect* bestuurder van een rechtspersoon aan. Naar mijn mening dient de indirect bestuurder van de (mede)beleidsbepaler te worden onderscheiden. Weliswaar kan, zeker van een enig indirect bestuurder, al snel worden vastgesteld dat deze als (mede)beleidsbepaler heeft gefungeerd, maar dat kan niet worden gezegd van het omgekeerde geval. Mede als gevolg van deze spraakverwarring wordt mijns inziens ten onrechte bepleit dat de normen die gelden voor bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad ook gelden voor feitelijk beleidsbepalers, terwijl men doelt op indirect bestuurders.[418] Indirect bestuurders kunnen met of zonder toepassing van

416 Slagter/Assink 2013, p. 1103; Assink 2017, p. 182; zie ook A-G Rank-Berenschot in haar conclusie (ECLI:NL:PHR:2017:1219, onder 2.41) bij HR 26 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:107 (*X/Libosan q.q.*); vgl. verder Hof Arnhem-Leeuwarden 14 juni 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4726; Hof Arnhem-Leeuwarden 25 oktober 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:8596; Hof 's-Hertogenbosch 3 april 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW1092.

417 Schutte-Veenstra 2017, p. 149-152; zij onderzocht in dit kader twintig uitspraken, waarvan twaalf door rechtbanken gewezen en acht door hoven.

418 Zie bijvoorbeeld Bartman in zijn annotatie bij HR 17 juni 2005, *JOR* 2005, 234 (*De Berghorst c.s./Maas*), die ten onrechte onder verwijzing naar *Sobi/Hurks II* oordeelt dat de *Beklamel*-norm ook voor feitelijk beleidsbepalers geldt; ook in de rechtspraak wordt regelmatig gesteld dat de normen uit *Ontvanger/Roelofsen* van overeenkomstige toepassing zijn op feitelijk beleidsbepalers, onder verwijzing naar arresten van de Hoge Raad, waarin het ging om aansprakelijkheid van (indirect) bestuurders en (dus) zonder dat de Hoge Raad zich (in algemene zin) heeft uitgelaten over de aansprakelijkheid van feitelijk beleidsbepalers, zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 27 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:531; de Hoge Raad is daarentegen zuiver in zijn arrest van 23 mei 2014, *JOR* 2014, 229, m.nt. Van Bekkum (*Kok/Maas q.q.*), door uitdrukkelijk de hoedanigheid van Kok als indirect bestuurder te benoemen (r.o. 3.1.) en vervolgens te overwegen dat (r.o. 3.3.3) 'dit geval [zoveel gelijkenis] vertoont 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

artikel 2:11 BW worden aangepakt, ook in geval van bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad.[419]

De oneigenlijke beleidsbepaler is in zoverre te vergelijken met de eigenlijke beleidsbepaler, dat men met voornoemde termen probeert te omschrijven een (rechts) persoon die bestuurshandelingen heeft verricht of bestuurstaken heeft uitgevoerd. Evenals bij de toepassing van de WBA en WBF zal de kwalificatie van deze figuur plaatsvinden aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval.[420] Ik schreef eerder dat daarbij onder andere relevant zijn de aard en omvang van de aan deze betrokkene toevertrouwde taken en werkzaamheden, de informatie waarover hij in dat kader kan of had moeten kunnen beschikken, alsmede de mate waarin hij feitelijk betrokken is geweest bij en invloed heeft kunnen uitoefenen op de besluitvorming en de beleidsbepaling binnen de vennootschap en de door haar gedreven onderneming.[421] De omstandigheden die Schutte-Veenstra opsomt en die voldoende zijn voor de kwalificatie als oneigenlijke beleidsbepaler, komen vrijwel overeen met de omstandigheden die ik hierboven heb beschreven.[422]

Wat de oneigenlijke beleidsbepaler bij de kwalificatievraag van de eigenlijke beleidsbepaler onderscheidt, is mijns inziens het typerende vereiste *als ware hij bestuurder*. Mijn indruk is dat dit vereiste bij de toepassing van artikel 6:162 BW enkel een factor van betekenis vormt, maar geen voorwaarde.[423] Juist het (mede) beleidsbepalen an sich, oftewel de betrokkenheid bij het schadeveroorzakend handelen, staat centraal.[424] Zoals ik hiervoor al even aanstipte, vereist aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad 'slechts' dat de aangesproken partij zich *persoonlijk*

(Ontvanger/Roelofsen)'; de toepassing van artikel 2:11 BW bij artikel 2:11 BW is blijkens dit arrest überhaupt niet nodig voor de aansprakelijkheid van een indirect bestuurder.

419 HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275, *JIN* 2017/51, m.nt. R.A. Wolf, *Ondernemingsrecht* 2017/79, m.nt. Mussche en Borrius, *NJ* 2017, 215, m.nt. Van Schilfgaarde (*Kampschöer/Le Roux*).

420 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 25 november 2014, *JOR* 2015, 3, m.nt. Van Bekkum (*De Vries c.s./Wimmenhove-Kossten q.q.*) met betrekking tot de aansprakelijkheid van Joop Beheer in r.o. 6.14.

421 Zie Van Nuland 2017, p. 130.

422 Schutte-Veenstra 2017, p. 150-151; zie paragraaf 4.2.3.2 en paragraaf 4.2.3.3.

423 Rb. Amsterdam 25 augustus 2010, ECLI:NL:RBAMS:2012:BP1022, waar de rechtbank overweegt (r.o. 4.4.) 'dat in het midden [kan] blijven of de heer [A] is opgetreden als feitelijk bestuurder van Amstel, waarbij partijen kennelijk de in art. 2:248 lid 7 BW bedoelde figuur op het oog hebben. Nu vaststaat dat hij de dagelijkse leiding had over de werkzaamheden van Amstel en hij, meer in het bijzonder, niet alleen alle bestellingen bij derden plaatste, maar hij binnen Amstel ook degene was die besliste of en bij wie verf en overige materialen werden besteld, is de zojuist genoemde norm naar analogie ook op hem van toepassing.'; zie ook Rb. Haarlem 13 december 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BY6525; Rb. Limburg 4 februari 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:952; Rb. Rotterdam 11 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:538; Rb. Den Haag 22 januari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:758.

424 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 9 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:424; Rb. Noord-Holland 2 september 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:7539; Hof Amsterdam 19 augustus 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3428; Rb. Limburg 23 oktober 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:9345.

onrechtmatig jegens de gelaedeerde heeft gedragen. Strikt genomen is het dan ook niet noodzakelijk dat de wederpartij van de rechtspersoon eerst laat zien dat de laedens (mede) de lakens uitdeelde in de rechtspersoon, voordat kan worden geconcludeerd dat de laedens onrechtmatig jegens deze wederpartij heeft gehandeld. Artikel 6:162 BW stelt dat vereiste simpelweg niet. Dat verklaart wellicht waarom in sommige casus de nadruk wordt gelegd op het schadeveroorzakend handelen in plaats van de mate waarin de laedens op gelijke voet met de formele bestuurders is te stellen. Beleidsbepaling veronderstelt verder een mate van zeggenschap. Voor zowel de eigenlijke als de oneigenlijke (mede)beleidsbepaler gaat het dan om een mate van zeggenschap die zodanig is dat het handelen of nalaten van de rechtspersoon in de ruimste zin daardoor direct of indirect wezenlijk wordt beïnvloed of aangestuurd. Denk hierbij aan extern handelen zoals het aangaan van overeenkomsten of het (laten) doen van betalingen, maar ook intern handelen zoals het beheersen van de inkoop of het aansturen van personeel. Beleidsbepaling veronderstelt tegelijkertijd een mate van zelfstandigheid en onafhankelijkheid of een gebrek aan ondergeschiktheid. De beleidsbepaler hoeft geen of weinig verantwoording af te leggen, laat zich niet of maar beperkt instrueren en is alleen gebonden aan besluitvorming voor zover hij daar zelf toe heeft besloten of medebesloten. Deze verstrekkende mate van eigenzinnigheid typeert mijns inziens de (mede)beleidsbepaler in het algemeen.

Ten aanzien van de eigenlijke (mede)beleidsbepaler heb ik betoogd dat de wetgever geen ruime *aansprakelijkheid* heeft beoogd; de gelijkstellingen voorzien in een aansprakelijkheid van deze figuur in bijzondere gevallen, zonder bovendien een veelomvattende kring van personen onder deze noemer te willen brengen. Een dergelijke achtergrond kent de oneigenlijke (mede)beleidsbepaler niet; zijn aansprakelijkheid is gebaseerd op een algemene zorgvuldigheidsnorm, die wordt ingevuld door de concrete omstandigheden van het geval. Zoals gezegd is mijns inziens daarom überhaupt niet vereist dat de kwalificatievraag vooraf gaat aan de vestiging van aansprakelijkheid. Maar wat is dan in rechte de toegevoegde waarde van deze vraag? De (mede)beleidsbepaler ontleent er in ieder geval twee voordelen aan. Ten eerste dat hij bij een succesvolle kwalificatie een beroep kan doen op de verhoogde drempel van aansprakelijkheid. Het tweede voordeel vloeit hieruit rechtstreeks voort, namelijk dat voor de (mede)beleidsbepaler – gezien de stand van de rechtspraak – redelijk duidelijk is welke maatstaf zal worden gehanteerd bij het beoordelen van zijn aansprakelijkheid. Lukt het de eiser daarentegen niet om de kwalificatie van gedaagde als (mede)beleidsbepaler rond te krijgen, dan zal zijn vordering veelal worden afgewezen.

Ik zou de toegevoegde waarde die eiser aan de kwalificatie van gedaagde als (mede) beleidsbepaler toedicht als volgt willen omschrijven. Mijns inziens is de gedachte dat de (mede)beleidsbepaler op een gelijkwaardig niveau als het bestuur – of zelfs daarboven – opereert of heeft geopereerd. Vanuit deze positie moet de (mede) beleidsbepaler in staat worden geacht om het doen en laten van de rechtspersoon te

controleren.[425] Tegelijkertijd veronderstelt deze positie een meer dan gebruikelijke mate van kennis en inzicht in de gang van zaken binnen de rechtspersoon en vooral de financiële gesteldheid daarvan. Rechtspraak laat, bijvoorbeeld in concernverhoudingen, zien dat een bepaalde mate van zeggenschap en beleidsbemoeienis een zeker inzicht over de rechtspersoon veronderstelt, welk samenstel van factoren uitmondt in een zorgplicht voor degene in die positie. Een duidelijk voorbeeld hiervan is het arrest *Sobi/Hurks II*, waarin volgens de Hoge Raad een moedervennootschap onrechtmatig heeft gehandeld jegens de schuldeisers van de dochtervennootschap, omdat zij zich – kort gezegd – intensief bemoeide met het beleid, vanaf een bepaalde datum ('peildatum') voorzienbaar was of behoorde te zijn dat schuldeisers niet meer zouden worden voldaan, vanaf welk moment bij haar het inzicht had bestaan dat haar handelwijze niet (langer) geoorloofd was, en dat zij (daarom) had moeten ingrijpen, maar dat heeft nagelaten.[426] Deze ontwikkeling stemt overeen met de conclusies die Hornmann in strafrechtelijk verband heeft getrokken: een combinatie van zeggenschap en inzicht doet een zorgplicht ontstaan.[427]

Binnen dit kader kan mijns inziens worden gesteld dat de mate van zeggenschap of invloed op het beleid rechtstreeks verband houdt met de mate van (te nemen) verantwoordelijkheid. Nu zijn verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid twee te onderscheiden begrippen, maar een zekere mate van gebrek aan verantwoordelijkheid kan leiden tot aansprakelijkheid.[428] Zo sprak de wetgever in het kader van de WBA van *onverantwoordelijk handelen* en verstond men onder misbruik ook een onverantwoordelijk gebruik van rechtspersoonlijkheid, doordat men te lichtvaardig omspringt met de belangen van schuldeisers en het risico van het ondernemerschap afwentelt op de schuldeisers. Dit verband komt duidelijk naar voren in een vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 25 april 2012, waarin de rechtbank lijkt te wijzen op een soort van 'glijdende schaal' voor het aannemen van aansprakelijkheid.[429] Overigens legt de rechtbank naar mijn mening onterecht de zwaarste plicht bij de formele bestuurders én de (mede)beleidsbepalers, maar in ieder geval terecht in mindere mate bij bijvoorbeeld aandeelhouders en werknemers. Mijns inziens rust de meeste verantwoordelijkheid, conform het wettelijk uitgangspunt, bij de formele bestuurders van de rechtspersoon, terwijl voor de (mede)beleidsbepaler van belang is of en hoeverre hij invloed heeft gehad en/of kunnen hebben op het beleid van de rechtspersoon en/of de onrechtmatige gedragingen(en). Met Westenbroek ben ik naar aanleiding van het voorgaande van mening dat de term (mede)beleidsbepaler

425 Zowel in de betekenis van 'beheersen' als 'toezicht houden op'.

426 HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 96, m.nt. Kortmann (*Sobi/Hurks II*); zie nader paragraaf 5.3; voor een geval waarin het eiseres niet lukt om überhaupt de vereiste zeggenschap aannemelijk te maken, zie Rb. Roermond 23 januari 2008, ECLI:NL:RBROE:2008:BC4323.

427 Zie hiervoor paragraaf 4.2.2.

428 Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/439.

429 Rb. Amsterdam 25 april 2012, *JOR* 2012, 177, m.nt. Olden, r.o. 4.2.3.

bij de toepassing van artikel 6:162 BW een *functionele* betekenis heeft gekregen, omdat daarmee kan worden toegelicht waarom op de desbetreffende persoon een zorgvuldigheidsplicht rustte, die is geschonden.[430]

Ik ben een tegenstander van het toekennen van deze functionele betekenis aan het begrip (mede)beleidsbepaler voor het algemene aansprakelijkheidsrecht. De toekenning leidt mijns inziens tot een nodeloze uitbreiding van de kring van personen die *als bestuurder* op grond van onrechtmatige daad kunnen worden aangesproken, met het gevolg dat personen die als (mede)beleidsbepaler worden aangemerkt op gelijke wijze als formele bestuurders worden aangesproken in verband met verbintenissen die met een rechtspersoon zijn aangegaan. Daarmee wordt ten onrechte afbreuk gedaan aan het uitzonderlijke karakter van de aansprakelijkheid van deze figuur, zoals de wetgever dat heeft beoogd. Het leidt bovendien tot een extra bescherming van aangesproken (mede)beleidsbepalers, doordat de aansprakelijkheid niet volgens de 'gewone regels' van artikel 6:162 BW wordt vastgesteld, maar veelal met toepassing van de 'ernstig verwijt'-maatstaf, zonder dat daarvoor – zoals ik hierna zal betogen – een rechtvaardiging bestaat. Ten slotte wekt het onnodige verwarring over de aansprakelijkheidspositie van (rechts)personen die geen formeel bestuurder zijn, terwijl het algemene aansprakelijkheidsrecht voldoende aanknopingspunten biedt om (rechts)personen die men als (mede)beleidsbepaler zou willen aanduiden, te kunnen aanspreken wegens onrechtmatige gedragingen. Een voorbeeld van dit laatste zal ik hierna bespreken.[431] Mijns inziens blijkt daaruit dat naast de beoordeling van een geschil naar de merites van de zaak en de betrokkenheid van de laedens bij het schadeveroorzakend handelen, geen behoefte bestaat aan de toekenning van een functionele betekenis aan het begrip (mede)beleidsbepaler voor het algemene aansprakelijkheidsrecht. Het eerst kwalificeren van een laedens als (mede)beleidsbepaler is bij de toepassing van artikel 6:162 BW onnodig, werpt ten onrechte drempels voor benadeelden op en leidt af van de kernvraag of de laedens voorzienbaar schuldeisers heeft benadeeld.

4.3.3 Aansprakelijkheid insolventieadviseur

De casus die ten grondslag ligt aan het arrest van de Hoge Raad van 26 januari 2018 gaat over de aansprakelijkheid van een insolventieadviseur die door curator Libosan op grond van onrechtmatige daad namens de gezamenlijke schuldeisers

430 Zie Westenbroek 2017, p. 359.

431 Hof Amsterdam 17 mei 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1901, *JOR* 2016, 313, m.nt. Schreurs; vgl. ook Rb. Den Haag 27 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15398, *JIN* 2018, 31, m.nt. Van de Kuilen, waarin gedaagde weliswaar door een derde wordt aangesproken, maar die derde borg stond voor de (feitelijk) opdrachtgever en uit dien hoofde een regresvordering te gelde maakt jegens gedaagde.

werd aangesproken.[432] In eerste aanleg werden de vorderingen van de curator afgewezen.[433] In hoger beroep werd de curator echter deels – voor wat betreft de vordering op grond van onrechtmatige daad – in het gelijk gesteld.[434] Het oordeel van het hof daaromtrent werd in cassatie impliciet, gelet op de overwegingen van de A-G Rank-Berenschot, bekrachtigd.[435] De cassatiemiddelen met betrekking tot de aansprakelijkheid werden afgedaan met toepassing van artikel 81 lid 1 RO.

4.3.3.1 Feiten

In de procedure ging het, samengevat, om het volgende. De VDP-groep hield zich bezig met de verkoop, het onderhoud en het repareren van auto's van (voornamelijk) het merk BMW. Twee broers stonden samen aan het hoofd van de vennootschappen en hielden samen 95% van de aandelen. De groep had drie belangrijke financiers, te weten de ING, BMW en de vader van beide broers. De groep leed al twee jaar verlies, toen de fiscus in mei 2005 een boekenonderzoek startte met betrekking tot de periode 2000-2004. Vlak voordat de fiscus in februari en maart 2006 rapporteerde over zijn bevindingen, vond op 4 januari 2006 een bespreking plaats tussen de broers en de drie financiers. Daarbij werd besloten de vennootschappen te saneren; twee dagen later heeft ING het krediet opgezegd. De rapportages van de fiscus hebben geleid tot naheffingsaanslagen.

Op voordracht van ING werd X, een gespecialiseerd insolventieadviseur, aangesteld om het saneringstraject te begeleiden. Het eerste gesprek tussen X en een van de broers vond plaats enkele dagen nadat tot de sanering was besloten. Daarbij werden afspraken gemaakt met X, althans zijn persoonlijke vennootschap over de honorering. Op 11 januari, 9 februari en 17 maart 2006 zijn achtereenvolgens de activa van verschillende vennootschappen uit de groep verkocht aan een derde respectievelijk aan BMW. Uit de opbrengst van deze transacties werden BMW en ING volledig voldaan, ontving ook vader (indirect) substantiële bedragen en werd het honorarium van X betaald. De curator heeft het over 372.725 euro aan X en 249.900 euro aan vader. Vervolgens werden op voorstel van X in april 2006 de namen van een aantal vennootschappen in de groep gewijzigd en werden de statutaire zetels van de vennootschappen verplaatst naar een slooppand. Eén van de broers werd als statutair bestuurder vervangen door een derde, die geen vaste woon- of verblijfplaats in Nederland had. Op 10 mei 2006 werd een van de vennootschappen op eigen aangifte failliet verklaard, met benoeming van mr. Libosan tot curator. De curator trof geen activa aan, maar wel substantiële vorderingen van de fiscus. Het bestaan van een fiscale eenheid, en de daarmee gepaard gaande hoofdelijke aansprakelijkheid,

432 HR 26 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:107 (*X/Libosan q.q.*).
433 Rb. Amsterdam 26 maart 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2232.
434 Hof Amsterdam 17 mei 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1901, *JOR* 2016, 313, m.nt. Schreurs.
435 A-G Rank-Berenschot 3 november 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1219, met name nrs. 2.30 en 2.31.

stelde de curator in staat om ook het faillissement van de andere vennootschappen aan te vragen.

De curator heeft aangifte gedaan tegen X wegens faillissementsfraude. X is daarnaast door de Ontvanger aansprakelijk gesteld op grond van artikel 36 lid 3 jo. lid 5 aanhef en onder b IW, als (mede)beleidsbepaler. Rechtbank Gelderland heeft de bezwaren van X ongegrond verklaard.[436] Drie dagen nadat het Hof Amsterdam in de procedure tussen de curator en X arrest had gewezen, wees het Hof Arnhem-Leeuwarden op 18 mei 2016 arrest in de belastingprocedure, oordeelde dat X niet als (mede)beleidsbepaler kon worden aangemerkt in de zin van de WBA, en wees de vordering van de Ontvanger af.[437] X is ten slotte ook strafrechtelijk vervolgd, maar bij arrest van Hof Amsterdam van 17 december 2014 vrijgesproken van bedrieglijke bankbreuk.[438]

4.3.3.2 Aansprakelijkheid

De curator heeft de aansprakelijkheid van X in eerste aanleg gebaseerd op (a) artikel 2:248 lid 1 jo. lid 7 BW, (b) artikel 6:162 BW, in verband met de ongelijke behandeling van schuldeisers en (c) paulianeus handelen. De rechtbank heeft de vorderingen van de curator afgewezen, (onder meer) omdat de curator onvoldoende feitelijk had onderbouwd dat X als beleidsbepaler was opgetreden en dat hij onrechtmatig of paulianeus had gehandeld. Daarbij valt op dat de rechtbank de vordering op grond van artikel 2:248 lid 1 jo. lid 7 BW onder andere als onvoldoende onderbouwd aanmerkt, omdat de curator niet heeft gesteld dat X met terzijdestelling van het formele bestuur heeft gehandeld. Zoals hiervoor besproken is voor de kwalificatie echter niet vereist dat dat de (mede)beleidsbepaler het bestuur feitelijk terzijde heeft gesteld. De omstandigheid dat de curator onvoldoende heeft gesteld om tot aansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 lid 1 jo. lid 7 BW te komen, brengt de rechtbank tot de conclusie dat ook, in één adem, de vorderingen op grond van onrechtmatige daad en pauliana moeten worden afgewezen. In hoger beroep laat de curator zijn vordering op grond van artikel 2:248 BW vallen en gaat het nog slechts om de vraag of X onrechtmatig jegens de gezamenlijke schuldeisers heeft gehandeld. Het hof beantwoordt deze vraag, mijns inziens terecht, bevestigend.

Op dit punt is het belangrijk te benadrukken dat X in verhouding tot de (vennootschappen in de) VDP-groep als een buitenstaander moet worden beschouwd. X was als adviseur aangesteld; de rechtsverhouding tussen X en de vennootschap(pen) is die van een opdrachtnemer en opdrachtgever en dus van contractuele aard. Als (mede)beleidsbepaler in de zin van de WBA en WBF had hij dan ook alleen kunnen worden aangemerkt, indien kon worden vastgesteld dat hij zijn contractuele

436 Rb. Gelderland 24 augustus 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:8218 (niet gepubliceerd).
437 Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 18 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4081.
438 Hof Amsterdam 17 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5365.

bevoegdheden heeft overschreden en daarbij de bestuursmacht naar zich toe heeft getrokken, zodat hij, al dan niet samen met het bestuur, heeft gehandeld *als ware hij bestuurder*. In de belastingprocedure plaatst het Hof Arnhem-Leeuwarden het handelen van X terecht binnen de context van zijn opdrachtrelatie. Zijn gedragingen waren, aldus het hof, in lijn met zijn opdracht. Een buiten zijn functie van extern bedrijfskundig adviseur treden of het feitelijk verrichten van bestuurshandelingen kon het hof daaruit niet afleiden.[439] Het hof concludeert vervolgens dat X niet als (mede)beleidsbepaler in de zin van de WBA kan worden aangemerkt.

Terug naar het Hof Amsterdam. Bij de beoordeling van de vordering van de curator op grond van onrechtmatige daad, stelt ook het Hof Amsterdam de opdrachtrelatie tussen X en de vennootschappen centraal en neemt tot uitgangspunt voor de verdere beoordeling dat:

‘de in geding zijnde opdracht met het oog op de persoon van [X] – namelijk vanwege zijn bijzondere kwaliteit van gespecialiseerd insolventieadviseur – is verstrekt. Daarmee is ook op [X] zelf de zorgplicht van een goed opdrachtnemer komen te rusten (art. 7:404 BW). In de aard van de opdracht (sanering van een onderneming met liquiditeitsproblemen) ligt besloten dat [X] zich bij de uitvoering daarvan ook de belangen van de schuldeisers had behoren aan te trekken en daartoe de schuldenpositie van de vennootschappen in kaart had moeten brengen en in zijn advisering ieders verhaalsrechten had moeten respecteren. Schending van die verplichting levert jegens de schuldeisers die in hun verhaalsrechten zijn benadeeld een onrechtmatige daad op indien [X] zich van die benadeling bewust was of had behoren te zijn’.[440]

Deze overweging van het hof sluit aan bij mijn standpunt. Het hof beoordeelt de aansprakelijkheid vanuit de rechtsverhouding tussen X en de vennootschap(pen), alsmede de daaruit voortvloeiende rechtsplichten voor X, zonder dat daarvoor is vereist dat X als (mede)beleidsbepaler kan worden aangemerkt. Gelet op de (aard van de) opdrachtrelatie had X zich bij zijn handelen als opdrachtnemer ook de belangen van de schuldeisers moeten aantrekken. De zorgplicht van een opdrachtnemer als bedoeld in artikel 7:404 BW is een *lex specialis* van het algemene beginsel in het contractenrecht dat de schuldenaar de zorg van een goed schuldenaar in acht moet nemen.[441] Het gaat dus in feite om een verplichting ten opzichte van de contractuele wederpartij. De zorgplicht wordt ingevuld door de concrete omstandigheden van het geval, waarbij onder meer een rol spelen de aard van de opdracht, de positie van de opdrachtnemer en de aard en ernst van de betrokken belangen.[442] In dit verband is van belang dat de aansprakelijkheid van X niet op deze norm is gegrond. De norm

439 Hof Arnhem-Leeuwarden 18 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4081, r.o. 4.4 en 4.5.
440 Hof Amsterdam 17 mei 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1901, *JOR* 2016, 313, m.nt. Schreurs, r.o. 3.6.
441 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/93.
442 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/97.

geeft daarentegen wel invulling aan de wijze waarop X zijn opdracht diende uit te voeren en hetgeen van hem in dat verband mocht worden verwacht. Het hof legt dan ook terecht een verband tussen enerzijds de aard van de opdracht (sanering) en anderzijds de persoon van de opdrachtnemer (gespecialiseerd insolventieadviseur). Tegen deze achtergrond mocht worden verwacht dat X zich de belangen van de gezamenlijke schuldeisers zou aantrekken en, gelet op het onafwendbare faillissement, in ieder geval de verhaalsrechten van deze schuldeisers zou respecteren. Op zichzelf vormt het handelen in strijd met deze verwachting geen onrechtmatige daad jegens de schuldeisers. Dat wordt echter anders wanneer X zich bewust was of bewust had moeten zijn van het feit dat zijn handelen in strijd met de op hem rustende zorgplicht ook tot benadeling van de schuldeisers zou leiden. Dit vereiste van wetenschap legt het hof vervolgens ten grondslag aan de beoordeling van de vraag of er sprake is van een onrechtmatige daad.

Dat doet het hof door vervolgens de criteria te formuleren die relevant zijn om te beoordelen of het handelen van X als onrechtmatig kan worden aangeduid: *'Daarvan is sprake indien (i) de gezamenlijke schuldeisers door de transacties zijn benadeeld en (ii) [X] de benadeling heeft bewerkstelligd, geïnstigeerd dan wel heeft bevorderd, of daarvan heeft geprofiteerd.'*[443]

Mijns inziens een treffend verwoorde en vooral ook juiste maatstaf. Het eerste criterium legt de nadruk op het schadeveroorzakend handelen, in dit geval benadeling die er kort gezegd uit bestaat dat in strijd is gehandeld met de *paritas creditorum* (artikel 3:277 lid 1 BW), terwijl duidelijk moet zijn geweest dat een faillissement van de vennootschappen onafwendbaar was. Het hof gaat dus in op de door mij hiervoor genoemde kernvraag of sprake is van voorzienbare benadeling van schuldeisers. De transacties zijn ten goede gekomen aan een beperkt aantal schuldeisers, waardoor het voor de gezamenlijke schuldeisers in de faillissementen beschikbare boedelactief is verminderd.[444] Het tweede criterium vormt vervolgens de crux van mijn betoog, namelijk dat een beoordeling van de betrokkenheid, van in dit geval X, bij het schadeveroorzakend handelen voldoende is om de aansprakelijkheid te beoordelen. Een kwalificatie als (mede)beleidsbepaler komt daaraan niet te pas, echter wél zijn invloed op het beleid. De transacties – het schadeveroorzakend handelen – kunnen als uitvoering van het beleid, dat X gezien zijn invloed in belangrijke mate (mede) heeft bepaald, (mede) aan X worden toegerekend. Anders gezegd, X heeft de transacties (mede) bewerkstelligd, geïnstigeerd of bevorderd. In casu heeft X er bovendien van geprofiteerd, nu hij uit de opbrengst van de transacties betaling op zijn (honorarium)facturen heeft ontvangen.

443 Hof Amsterdam 17 mei 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1901, *JOR* 2016, 313, m.nt. Schreurs, r.o. 3.16.

444 Hof Amsterdam 17 mei 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1901, *JOR* 2016, 313, m.nt. Schreurs, r.o. 3.17.

4.3.4 Maatstaf voor aansprakelijkheid

Ten slotte de maatstaf voor aansprakelijkheid bij het aanspreken van oneigenlijke (mede)beleidsbepalers. In de hiervoor besproken casus werd de insolventieadviseur niet als (mede)beleidsbepaler aangemerkt, maar was hij toch aansprakelijk jegens de gezamenlijke schuldeisers van de vennootschappen ten aanzien waarvan hij 'slechts' opdrachtnemer was. Zijn invloed op het beleid van de vennootschappen was weliswaar een belangrijk element om tot aansprakelijkheid te concluderen, maar een gelijkstelling met de formele bestuurders was niet vereist. Evenmin werd zijn aansprakelijkheid beoordeeld aan de hand van de maatstaven die gelden bij bestuurdersaansprakelijkheid. Inzet van de procedure en grondslag voor de veroordeling tot schadevergoeding was een 'gewone' onrechtmatige daad. Of sprake was van een onrechtmatige daad werd beantwoord aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval, waarbij dit begrip een nadere invulling kreeg door de aard van de opdracht en de persoon van de opdrachtnemer. Dat past in mijn betoog dat een kwalificatie als (mede)beleidsbepaler voor aansprakelijkheid op zichzelf niet is vereist.

De vraag is nu welke maatstaf dient te worden gehanteerd, wanneer men op grond van onrechtmatige daad een (rechts)persoon aanspreekt die men als (mede)beleidsbepaler pleegt aan te duiden. Hierboven stipte ik al aan dat in toenemende mate de 'ernstig verwijt'-maatstaf wordt gehanteerd. De gedachte is daarbij kennelijk dat de (mede)beleidsbepaler is gelijk te stellen aan de formele bestuurder en dus vanwege zijn handelwijze bij zijn taakvervulling in die hoedanigheid wordt aangesproken. Daarom dient de maatstaf bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van een (mede)beleidsbepaler, dezelfde te zijn als de maatstaf die geldt voor bestuurders.[445] Eerder heb ik betoogd dat voor de toepassing van deze maatstaf ten aanzien van een (mede)beleidsbepaler een rechtvaardiging ontbreekt, terwijl het evenmin strookt met de uitgangspunten van ons aansprakelijkheidsrecht.[446] Hierna zal ik eerst kort stilstaan bij de uitgangspunten voor de aansprakelijkheid van *bestuurders* op grond van artikel 6:162 BW. Vervolgens zal ik mijn eerdere betoog nader belichten.

4.3.4.1 Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW

Bestuurdersaansprakelijkheid in onderhavige zin heeft betrekking op aansprakelijkheid van bestuurders voor verbintenissen van de rechtspersoon. Daarbij geldt als uitgangspunt het bepaalde in artikel 2:5 BW, dat erop neerkomt dat de rechtspersoon zelfstandig drager is van rechten en verplichtingen. Voor handelen of nalaten is de rechtspersoon dus zelf aansprakelijk; een bestuurder van een rechtspersoon

445 Vgl. Assink 2017, p. 183.

446 Van Nuland 2017, p. 131-132; vgl. ook Westenbroek 2017, p. 360-362, die in zijn proefschrift overigens pleit om deze maatstaf in het algemeen los te laten, dus óók bij de beoordeling van aansprakelijkheid van bestuurders.

is in beginsel niet persoonlijk aansprakelijk voor het handelen of nalaten van en/of namens de rechtspersoon. Dat is echter anders wanneer de bestuurder persoonlijk onrechtmatig handelt tegenover een derde en hem daarvan een ernstig verwijt treft.[447] Het antwoord op de vraag of de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt, is afhankelijk van de aard en ernst van de normschending en alle overige omstandigheden van het geval.[448] Daarbij kunnen in aanmerking worden genomen 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 mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.[449] Het persoonlijke karakter van het ernstige verwijt dat de bestuurder moet kunnen worden gemaakt, brengt met zich dat ten aanzien van iedere bestuurder afzonderlijk moet worden vastgesteld of hij in zijn hoedanigheid onrechtmatig heeft gehandeld en dat dit handelen (of nalaten) aan hem kan worden toegerekend.[450] Van een collectieve aansprakelijkheid, zoals bij artikel 2:9 BW, alsmede de WBA- en WBF- aansprakelijkheid, is bij de toepassing van artikel 6:162 BW geen sprake.

In zijn arrest *Ontvanger/Roelofsen* heeft de Hoge Raad uiteengezet wanneer een bestuurder aansprakelijk kan zijn jegens een derde voor verbintenissen van de rechtspersoon.[451] Onder verwijzing naar zijn eerdere rechtspraak heeft de Hoge Raad daarbij twee gevaltypen onderscheiden en nader geconcretiseerd, te weten (i) de bestuurder heeft namens de vennootschap gehandeld en (ii) de bestuurder heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de rechtspersoon zijn wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. Ook buiten deze twee gevaltypen kan de bestuurder jegens derden aansprakelijk zijn. Daarbij geldt steeds dat in het algemeen alleen dan kan worden aangenomen dat de bestuurder jegens de schuldeiser van de vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld waar hem persoonlijk, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in artikel 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Door te verwijzen naar artikel 2:9 BW, dat ziet op de aansprakelijkheid van bestuurders jegens de rechtspersoon, heeft de

447 Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/469.
448 HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 22, m.nt. Van Schilfgaarde (*RCI Financial Services/Kastrop*).
449 HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 (*Staleman/Van de Ven*).
450 HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470, *AA* AA20180502, m.nt. Assink, *Ondernemingsrecht* 2018, 81, m.nt. Lennarts (*Van Niewburg c.s./TMF*); daarvoor reeds HR 8 januari 1999, *NJ* 1999, 318, m.nt. Maeijer (*Pelco/Sturkenboom*); dat is slechts anders wanneer artikel 2:11 BW wordt toegepast, vgl. HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275, *JIN* 2017/51, m.nt. R.A. Wolf, *Ondernemingsrecht* 2017/79, m.nt. Mussche en Borrius, *NJ* 2017, 215, m.nt. Van Schilfgaarde (*Kampschöer/Le Roux*).
451 HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659 (*Ontvanger/Roelofsen*).

Hoge Raad een uniforme aansprakelijkheidsmaatstaf geïntroduceerd voor de beoordeling van zowel interne als externe aansprakelijkheid van bestuurders.[452] In het eerste gevaltype is van een ernstig verwijt sprake wanneer de bestuurder bij het namens de vennootschap aangaan van verbintenissen wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de door de derde geleden schade als gevolg van deze niet-nakoming. In de kern gaat het hier om de eis dat de bestuurder bij het aangaan van de verbintenis wist of behoorde te begrijpen dat de schuldeiser van de vennootschap als gevolg van zijn handelen schade zou lijden.[453] Bij het tweede geval is in ieder geval sprake van een ernstig verwijt indien komt vast te staan dat de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te weten dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade.

Steeds gaat het bij bestuurdersaansprakelijkheidskwesties om het handelen van de betrokkene *bij zijn taakvervulling als bestuurder* van een vennootschap.[454] De omstandigheid dat in hoedanigheid is gehandeld, is het kenmerkende element van bestuurdersaansprakelijkheid.[455] Is in de hoedanigheid van bestuurder gehandeld, dan geldt een verzwaarde maatstaf; ontbreekt deze hoedanigheid bij het gewraakte handelen, dan gelden 'de gewone regels' van artikel 6:162 BW. Een belangrijk element van de verzwaarde maatstaf is het 'wetenschap van benadeling'-criterium. De voorzienbaarheid van benadeling vormt als zodanig de hoge drempel die in bestuurderaansprakelijkheidskwesties moet worden gehaald.[456] Deze hoge drempel wordt door de Hoge Raad met twee gronden gerechtvaardigd, namelijk (i) de omstandigheid dat ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de vennootschap en (ii) het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen.[457]

452 Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/441; Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/208.

453 HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 22, m.nt. Van Schilfgaarde (*RCI Financial Services/Kastrop*).

454 Zie HR 23 november 2012, *NJ* 2013, 302, m.nt. Van Schilfgaarde (*Spaanse Villa*) en HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 21, m.nt. Van Schilfgaarde, *JOR* 2014, 296, m.nt. Kroeze (*Hezemans Air*); vgl. over de toenemen importantie van de vraag naar de hoedanigheid van een actor Assink 2016, p. 93-94.

455 Vgl. HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470, *AA* AA20180502, m.nt. Assink (*Van Niewburg c.s./TMF*), waarin de Hoge Raad overweegt dat 'voor iedere bestuurder afzonderlijk moet worden vastgesteld dat hij *in zijn hoedanigheid* [curs. JN] onrechtmatig heeft gehandeld'.

456 Vgl. Timmerman 2017, p. 32.

457 HR 20 juni 2008, *NJ* 2009, 21, m.nt. Maeijer en Snijders (*Willemsen/NOM*); HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 22, m.nt. Van Schilfgaarde (*RCI Financial Services/Kastrop*); HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 21, m.nt. Van Schilfgaarde, *JOR* 2014, 296, m.nt. Kroeze (*Hezemans Air*); HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470, *AA* AA20180502, m.nt. Assink (*Van Niewburg c.s./TMF*).

4.3.4.2 Beleidsbepalersaansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW

Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW is, ondanks de zeer algemene grondslag voor aansprakelijkheid, een 'geval apart'. De gewone regels van artikel 6:162 BW worden in feite ingeruild voor een haast magische toetsingsnorm, als gevolg waarvan de lat om bestuurders aan te spreken voor gedragingen verricht in rechtspersoonlijke sferen aanzienlijk hoger ligt. Men pleegt de (mede)beleidsbepaler te beschouwen als een bestuurder en spreekt deze figuur dan ook dienovereenkomstig aan: voor de aansprakelijkheid van een (mede)beleidsbepaler op grond van artikel 6:162 BW is naar de huidige stand van de rechtspraak vereist dat hem persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Dit is mijns inziens het gekunstelde, maar onvermijdelijke gevolg van de functionele betekenis die aan het begrip (mede)beleidsbepaler wordt toegekend. De figuur wordt beschouwd als bestuurder en dus wordt zijn handelen ook als zodanig beoordeeld. Er kleven echter duidelijke bezwaren aan deze benadering, die mij tot de conclusie brengen dat de toepassing van deze maatstaf ten aanzien van (mede)beleidsbepaler fundamenteel onjuist is.[458]

Het is aan eiser om te stellen dat de gedaagde zich als (mede)beleidsbepaler heeft gedragen in een zodanige mate dat gedaagde als ware hij bestuurder kan worden aangesproken. Slaagt eiser er niet in om deze eerste drempel te halen, dan strandt zijn vordering en wordt aan de beoordeling van aansprakelijkheid (vaak) niet toegekomen.[459] Slaagt eiser er echter wel in om deze eerste drempel te halen, dan wacht hem nog een tweede drempel, namelijk de hoge drempel die wordt toegepast bij bestuurdersaansprakelijkheid. Alsdan zal eiser moeten stellen dat gedaagde persoonlijk een ernstig verwijt treft. Een (mede)beleidsbepaler wordt er in de regel niet met de haren bijgesleept enkel om verhaalsmogelijkheden uit te breiden. De aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW is specifiek: ten aanzien van iedere aangesproken bestuurder zal eiser aannemelijk moeten maken dat hem persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Waarom dan toch die (mede)beleidsbepaler aanspreken? Ik kan daarvoor maar één aanleiding bedenken: de persoonlijke betrokkenheid van de (mede)beleidsbepaler bij het gewraakte handelen of nalaten. Indien echter inderdaad sprake is van een persoonlijke betrokkenheid bij enige onrechtmatige gedraging, zie ik niet in welke toegevoegde waarde de kwalificatie als (mede) beleidsbepaler heeft. Van een bijzondere hoedanigheid is bij deze figuur in feite geen

458 Zie anders o.m. Asser/Kortmann 3-III 2017/157.

459 Vgl. Rb. Utrecht 15 februari 2012, *JOR* 2012, 243, m.nt. Willems (*Kortekaas c.s./Lippens e.a.*); Rb. Amsterdam 30 september 2015, *JOR* 2016, 182, m.nt. Van Bekkum (*Fairstar*). Opvallend is het geval in Rb. Noord-Holland 3 januari 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:9, waarin de kwalificatie als medebeleidsbepaler niet slaagt, maar de rechtbank overweegt dat ook moet worden beoordeeld of gedaagde op grond van een gewone onrechtmatige daad aansprakelijk is. Me dunkt dat eiseres hier de tweede drempel, de 'ernstig verwijt'-maatstaf weet te ontwijken.

sprake, laat staan van een hoedanigheid die verlangt dat de desbetreffende persoon niet al te snel door derden kan worden aangesproken.[460] Dat brengt mij op de gronden die de Hoge Raad heeft aangegrepen om een hoge drempel van aansprakelijkheid in het leven te roepen in gevallen van bestuurdersaansprakelijkheid. Ik zou menen dat de hoge drempel voor aansprakelijkheid slechts kan worden toegepast ten aanzien van een (mede)beleidsbepaler, indien deze gronden ook de hoge drempel voor aansprakelijkheid bij (mede)beleidsbepalers rechtvaardigen. Ik schreef al eerder dat die rechtvaardiging ten aanzien van (mede)beleidsbepalers ontbreekt.[461]

Bestuurders zouden zich niet te zeer moeten laten leiden door defensieve overwegingen, zodat daarin een rechtvaardiging is gelegen voor een hogere lat voor aansprakelijkheid, is de redenering van de Hoge Raad. Met defensieve overwegingen wordt dan vooral gedoeld op de angst voor aansprakelijkheid.[462] De hogere lat voor aansprakelijkheid dient in dit perspectief ter bescherming van bestuurders. Bestuurders zouden niet te snel aansprakelijk moeten zijn, omdat anders het handelen in onwenselijke mate wordt beïnvloed door de angst voor aansprakelijkheid. Kroeze heeft deze angst voor aansprakelijkheid omschreven als een bijwerking van het vennootschapsrecht met risicomijdend ondernemersgedrag en indekgedrag tot gevolg. Een dergelijke bijwerking heeft een averechts effect op de concurrentiekracht van het Nederlandse bedrijfsleven.[463] Een hogere drempel voor aansprakelijkheid bevordert daarentegen ondernemerschap.[464] Bestuurders moet de nodige, verantwoorde beleidsvrijheid worden gelaten, zonder dat zij aansprakelijkheid hebben te duchten.[465] In feite wordt het bestuurders ten behoeve van onze gezamenlijke welvaart tot op zekere hoogte toegestaan om risico's te nemen.[466] Dit geheel aan omstandigheden gaat mijns inziens echter niet op ten aanzien van een (mede)beleidsbepaler. Deze persoon zou zich juist moeten laten leiden door defensieve overwegingen, omdat hij niet de hoedanigheid van bestuurder heeft en dus ook niet formeel met de bestuurstaak is belast. In ieder geval komt hem *de iure* geen beleidsvrijheid toe. De (mede)beleidsbepaler draagt ook niet de verantwoordelijkheden van een bestuurder, terwijl hij klaarblijkelijk niet op gelijke wijze als een bestuurder kan worden aangesproken voor de veronachtzaming van zijn verantwoordelijkheid. Eiser zal daartoe immers eerst de kwalificatiehorde moeten nemen. Ik zie niet in waarom dat gedrag (*bestuursusurpatie*) moet worden beloond met een verdergaande bescherming dan de gewone regels van artikel 6:162 BW. Een redelijk argument daarvoor heb ik in de literatuur noch rechtspraak kunnen ontdekken.

---

460 Bartman spreekt zelfs van een 'hoge drempel-voorrecht' voor bestuurders, zie Bartman 2014.

461 Van Nuland 2017, p. 131.

462 Zie Kroeze 2006, daarnaast noemt hij nog de angst op reputatieschade, die wellicht minder op de voorgrond treedt.

463 Kroeze 2006.

464 Timmerman 2017, p. 26.

465 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/199-200; Slagter/Assink 2013, p. 1024-1029; Borrius in haar noot bij HR 20 juni 2008, *JOR* 2008, 260, nr. 5; zie ook Stolp 2013.

466 Vgl. Bartman 2014.

Een nog minder sterke rechtvaardigingsgrond is de door de Hoge Raad aangegrepen omstandigheid dat ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de vennootschap. Verschillende auteurs achten deze grond reeds onvoldoende ten aanzien van een formele bestuurder.[467] Handelt een (mede)beleidsbepaler (feitelijk) jegens een derde, dan kan – behoudens volmacht of toerekening – geen sprake zijn van handelingen van de vennootschap.[468] De (mede)beleidsbepaler ontbeert immers de bevoegdheid om de vennootschap te vertegenwoordigen. Pleegt de (mede)beleidsbepaler jegens de derde een onrechtmatige daad, dan is hij daarvoor zelf aansprakelijk op grond van art. 6:162 BW. Mogelijk kan de derde óók de vennootschap aanspreken met toepassing van het *Kleuterschool Babbel*-criterium, maar daarmee wordt de (mede)beleidsbepaler niet ontslagen van zijn eigen aansprakelijkheid. Evenmin kan een dienstverband, een opdrachtrelatie of vertegenwoordigingsverband een rechtvaardiging vormen voor afwijking van de hoofdregel dat de dader jegens de derde persoonlijk aansprakelijk is voor zijn onrechtmatig handelen.[469]

Heeft de (mede)beleidsbepaler namens de vennootschap rechtshandelingen verricht of verkeerde de wederpartij gerechtvaardigd in de veronderstelling dat hij handelende met de vennootschap omdat de (mede)beleidsbepaler zich voordeed als gevolmachtigde, dan kan mogelijk een beroep worden gedaan op artikel 3:70 BW. Op grond van deze bepaling staat degene die als gevolmachtigde handelt, jegens de wederpartij in voor het bestaan en de omvang van de volmacht. Anders gezegd, degene die stelt in hoedanigheid te handelen, behoort voor die hoedanigheid in te staan. Echter ook de aard van de functie kan meebrengen dat de (mede)beleidsbepaler naar verkeersopvatting als vertegenwoordigingsbevoegd kan worden beschouwd. Zoals gezegd is de positie van een vertegenwoordiger binnen de organisatie van de vertegenwoordigde vaak één van de doorslaggevende omstandigheden die ertoe leidt dat de gewekte schijn van bevoegdheid voor risico van de vertegenwoordigde komt.[470] Ontbreekt de volmacht of wordt deze overschreden, dan dient de (pseudo)gevolmachtigde de schade voor de wederpartij, die voortvloeit uit het niet tot stand komen van de rechtshandeling, te vergoeden. Het positieve contractsbelang wordt daarbij ook als schade gerekend. Bovendien kan het onbevoegd handelen van de vertegenwoordiger een onrechtmatige daad opleveren, waarbij geldt dat van een samenloop van art. 3:70 en art. 6:162 BW sprake kan zijn.[471] Of het onbevoegd handelen jegens de wederpartij

467 Zie o.a. Bartman 2014; Kroeze in *JOR* 2014, 296 (*Hezemans Air*); Tjittes 2017, p. 378; Verstijlen 2015, p. 331-332.

468 Van Nuland 2017, p. 131; ik hanteer hier een ruime uitleg van het begrip vertegenwoordiging, waarbij het niet alleen kan gaan om rechtshandelingen, maar ook feitelijk handelen waaraan een rechtsgevolg is verbonden. Vgl. Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I 2004/1 en 144. De formele bestuurder is juist wel tot vertegenwoordiging bevoegd, zie art. 2:130/240 BW.

469 Zie uitgebreid Westenbroek 2017, hoofdstuk 10.

470 Vgl. Asser/Kortmann 3-III 2017/39.

471 Zie over vertegenwoordiging krachtens volmacht paragraaf 3.5.2.

als onrechtmatig kwalificeert, is afhankelijk van de vraag of het handelen van de vertegenwoordiger in strijd is (geweest) met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt.[472] Daar komt geen verhoogde drempel voor aansprakelijkheid bij kijken.

Bovendien strookt de toepassing van deze hoge drempel bij (mede)beleidsbepalers niet met de lijn die de Hoge Raad in zijn rechtspraak heeft uiteengezet. Uit de hiervoor aangehaalde arresten *Spaanse Villa* en *Hezemans Air*, recentelijk nog eens bevestigd in het aangehaalde arrest *Van Nieuwburg c.s./TMF*, volgt dat de hoedanigheid van bestuurder bepalend is voor de vraag of de 'ernstig verwijt'-maatstaf moet worden toegepast. Die maatstaf geldt alleen indien sprake is van handelen bij de taakvervulling als bestuurder van de vennootschap. Ontbreekt deze hoedanigheid, dan gelden de 'gewone regels' van onrechtmatige daad. Met andere woorden, er geldt dan géén hoge drempel voor aansprakelijkheid. Eén kenmerk hebben alle (mede)beleidsbepalers gemeen: zij hebben per definitie niet de hoedanigheid van bestuurder. Evenmin rust op hen de plicht tot een behoorlijke taakvervulling als bedoeld in artikel 2:9 BW, die thans de basis vormt voor zowel de beoordeling van interne als externe aansprakelijkheid. Artikel 2:9 BW voorziet ook niet in een gelijkschakeling, maar is slechts gericht tot de formele bestuurders. Een dergelijke hoedanigheid eerst creëren, zodat vervolgens moet worden aangenomen dat ook de (mede)beleidsbepaler tot een behoorlijke taakvervulling is gehouden, is mijns inziens gekunsteld. Een (mede) beleidsbepaler is niet *naast de vennootschap*[473] aansprakelijk voor zijn handelen, ook al kan zijn handelen mogelijk aan de vennootschap worden toegerekend.[474] Assink stelt, zo lees ik het althans, dat een (mede)beleidsbepaler niet meer risico zou moeten lopen dan een formele bestuurder en dat dus de 'ernstig verwijt'-maatstaf ook ten aanzien van deze figuur dient te worden toegepast.[475] Ik betwijfel echter of de (mede) beleidsbepaler meer risico loopt indien zijn aansprakelijkheid wordt beoordeeld aan de hand van de gewone regels van artikel 6:162 BW. Binnen deze gewone regels bestaat voldoende ruimte om rekening te houden met zowel de belangen van de benadeelde, als die van de (mede)beleidsbepaler, diens verhouding ten opzichte van de vennootschap en de benadeelde, alsmede de bijzondere omstandigheden van het desbetreffende geval.[476]

Ik wijt de hiervoor beschreven benaderingswijze van (mede)beleidsbepalers aan de toekenning van een functionele betekenis aan deze figuur. Mijns inziens dient

472 HR 31 januari 1997, *NJ* 1998, 704, *RvdW* 1997, 36 (*Globe/Groningen*).

473 Vgl. Kroeze in zijn noot bij HR 5 september 2014, *JOR* 2014, 296 (*Hezemans Air*).

474 Vgl. HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34 (*Kleuterschool Babbel*) en de overwegingen in dat verband in *Spaanse Villa* r.o. 3.4.2 en *Hezemans Air* r.o. 3.5.3; dit onderscheid komt ook terug in HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2745, *NJ* 2016, 66, m.nt. Van Schilfgaarde, *JOR* 2015, 289, m.nt. Kortmann (*Breeweg/Wijnkamp*).

475 Assink 2017, p. 183-184; vgl. ook Willems in zijn annotatie bij *Kortekaas e.a./Lippens e.a.* in *JOR* 2012, 243, nr. 14.

476 Vgl. Tjittes 2017, p. 379.

de aansprakelijkheid van (mede)beleidsbepalers op grond van onrechtmatige daad niet primair vanuit de vennootschap of (breder) het handelen in rechtspersoonlijke sferen te worden benaderd, maar juist vanuit het perspectief dat het daderschap van de (mede)beleidsbepaler tot uitgangspunt neemt en waarbij de eigen gedragingen van de (mede)beleidsbepaler ten opzichte van de derde – die als wederpartij van de vennootschap wordt beschouwd – centraal staan. Dat is ook de benadering die werd gehanteerd bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de insolventieadviseur, zoals hiervoor aan de orde kwam.[477] Eenzelfde benadering is volgens mij terug te zien in het arrest *Breeweg/Wijnkamp*, steunend op het arrest *E c.s./Robu*.[478]

Recentelijk heeft de Hoge Raad deze benadering nog eens bevestigd in zijn arrest *Curatoren Kooilust/Banning c.s.*,[479] waarin eveneens de aansprakelijkheid van een advocaat jegens de gezamenlijke schuldeisers van de vennootschappen die de advocaat voor faillissement adviseerde is beoordeeld volgens de gewone regels van onrechtmatige daad. Voor de beoordeling van aansprakelijkheid was naast de inhoud van de opdracht ook de positie van de advocaat ten opzichte van de gezamenlijke schuldeisers relevant. De Hoge Raad overweegt ter zake dat een advocaat bij zijn advisering geen rekening hoeft te houden met de belangen van derden, tenzij hij uit de hem door de cliënt verschafte gegevens of de overige omstandigheden van het geval redelijkerwijs behoort af te leiden dat zodanige, gerechtvaardigde, belangen door de van hem gevraagde dienstverlening op onaanvaardbare wijze kunnen worden geschaad. De omstandigheden van het geval zijn daarvoor bepalend. Omdat (i) de opdracht van de advocaat in kwestie beperkt was en (ii) niet is komen vast te staan dat, kort gezegd, de advocaat wetenschap van benadeling had, kan aansprakelijkheid jegens de gezamenlijke schuldeisers niet worden aangenomen.[480]

Ik trek uit het voorgaande de conclusie dat ook wanneer er geen contractuele verhouding bestaat tussen de betrokkene en de benadeelde, maar wel tussen de vennootschap en de benadeelde, de aansprakelijkheid van de betrokkene dient te worden beoordeeld aan de hand van de gewone regels van artikel 6:162 BW. Die gewone regels worden ingevuld door de concrete omstandigheden van het geval. In voornoemde arresten werd de zorgplicht van de natuurlijke personen nader ingevuld door de omstandigheid dat zij beroepsbeoefenaren – advocaat respectievelijk account/belastingadviseur – waren. De norm die alsdan voor aansprakelijkheid geldt berust nog steeds op de gewone regels van onrechtmatige daad, maar de aard van de verhouding ten opzichte van de derde speelt daarbij een factor van betekenis.

477 Zie paragraaf 4.3.3.

478 HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2745, *NJ* 2016, 66, m.nt. Van Schilfgaarde, *JOR* 2015, 289, m.nt. Kortmann (*Breeweg/Wijnkamp*); HR 12 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5774, *NJ* 2000, 440.

479 HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:61 (*Curatoren Kooilust/Banning c.s.*).

480 Zie r.o. 3.1.7 van HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:61 (*Curatoren Kooilust/Banning c.s.*).

Dit gegeven kwam ook terug bij de hiervoor besproken casus over de insolventieadviseur, waarin de aard van de opdracht duidelijk mede de verhouding ten opzichte van de gezamenlijke schuldeisers bepaalde en waaruit door het hof terecht is afgeleid dat de insolventieadviseur zich de belangen van deze groep had dienen aan te trekken.[481]

Men dient echter voorzichtigheid te betrachten bij het aanspreken van betrokkenen, die buiten de contractuele verhouding staan, óók wanneer het handelen van betrokkenen naar verkeersopvatting aan de rechtspersoon kan worden toegerekend. Er dient sprake te zijn van bijkomende omstandigheden, die in het geval van de insolventieadviseur waren gelegen in enerzijds de bewustheid van benadeling en anderzijds het bewerkstelligen, instigeren, bevorderen en/of profiteren van die benadeling. Een vergelijkbare situatie deed zich voor in de casus die ten grondslag ligt aan een vonnis van de Rechtbank Den Haag van 27 december 2017.[482] Gedaagde had geen formele positie ten aanzien van de rechtspersoon, maar de rechtbank stelt terecht dat ook zonder formele taak of rol sprake kan zijn van onrechtmatig handelen. De rechtbank acht gedaagde aansprakelijk, gelet op – samengevat – zijn nauwe betrokkenheid bij de schadetoebrengende feiten in combinatie met de omstandigheid dat gedaagde zich van de risico's bewust was of moet zijn geweest. Daarbij vormt de omstandigheid dat gedaagde werd ingeschakeld vanwege de bij hem aanwezig geachte kennis en expertise een factor van betekenis. Iets langer geleden is de aansprakelijkheid van Mittler in de bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure rondom Fortis.[483] Mittler, die zichzelf als werknemer kwalificeerde, kon volgens de rechtbank niet worden aangemerkt als een (oneigenlijke) beleidsbepaler, zodat 'het handelen (…) niet kan worden beoordeeld als ware hij feitelijk bestuurder'.[484] Vervolgens komt de rechtbank te oordelen over de in casu gewraakte uitlatingen in de zin van artikel 5:58 (oud) Wft.[485] Mittler heeft deze bepaling volgens de rechtbank geschonden, hetgeen een onrechtmatige daad (wegens handelen in strijd met een wettelijke plicht) oplevert. Daarbij acht de rechtbank onder meer van belang (i) dat Mittler de betreffende uitspraken heeft gedaan (i.e. persoonlijke betrokkenheid); (ii) zijn functie binnen Fortis, alsmede zijn intensieve betrokkenheid bij de besluitvorming binnen de onderneming en de informatie waarover hij uit dien hoofde beschikte;

481 Vgl. Karapetian 2019, par. 2.7.2. Karapetian betoogt mijns inziens terecht dat het is veel zinvoller is om na te gaan aan welke (wettelijke en zorgvuldigheids-) normen een persoon als de feitelijke bestuurder is gebonden indien hij de rechtspersoon in een bepaalde kwestie vertegenwoordigt, dan om de vraag te beantwoorden of het 'ernstig verwijt' ook de gedragingen van de feitelijke bestuurder omvat.

482 Rb. Den Haag 27 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15398, *JIN* 2018, 31, m.nt. Van de Kuilen.

483 Rb. Utrecht 15 februari 2012, *JOR* 2012, 243, m.nt. Willems (*Kortekaas e.a./Lippens e.a.*).

484 Zie r.o. 4.72 en 4.73.

485 De bepaling had betrekking op het verbod op marktmanipulatie. In casu werd door eisers verwezen naar het eerste lid sub d betreffende het verbod op het verspreiden van misleidende informatie.

(iii) waaruit volgens de rechtbank voortvloeit dat hij wist of redelijkerwijs moest vermoeden dat de door hem verstrekte informatie onjuist was en dat daarvan misleiding van (potentiële) beleggers in Fortis te duchten was.[486]

In de hiervoor aangehaalde gevallen ging het om personen die ten opzichte van de vennootschap als derden moeten worden gekwalificeerd. Zij stonden (in feite) in een contractuele relatie tot de vennootschap. De positie van aandeelhouders, commissarissen en andere leden van organen van de vennootschap, dient daarvan te worden onderscheiden. Zoals hiervoor besproken heeft de wetgever daarvoor oog gehad, in die zin dat aan deze actoren wettelijke bevoegdheden zijn toegekend binnen de vennootschapsrechtelijke orde. Zij maken, in de woorden van Blanco Fernández, deel uit van de vennootschap.[487] De aansprakelijkheid van deze actoren dient eveneens te worden beoordeeld vanuit het perspectief dat zij een rol vervullen binnen de vennootschappelijke orde waarvan zij deel uitmaken. Voor de beoordeling van aansprakelijkheid van aandeelhouders jegens schuldeisers van de vennootschap zijn in de rechtspraak normen ontwikkeld, waarbij overigens eveneens een verschil kan worden gesignaleerd bij de kwalificatievraag van een eigenlijke respectievelijk oneigenlijke (mede)beleidsbepaler.[488] Een verhoogde drempel voor aansprakelijkheid komt daaraan niet te pas.

De door mij voorgestane benadering komt erop neer dat de functionele betekenis van het begrip (mede)beleidsbepaler moet worden losgelaten en voor aansprakelijkheid van de betreffende persoon dient te worden beoordeeld of:

a. diegene in een bepaalde (rechts)verhouding tot de vennootschap staat, welke verhouding op zichzelf dient te worden beoordeeld en die de verkeersopvatting als bedoeld in artikel 6:162 BW kan beïnvloeden en/of waaruit voor hem nadere verplichtingen ten opzichte van de wederpartij kunnen voortvloeien;
b. diegene persoonlijk betrokken was bij het gewraakte handelen en/of nalaten, waarbij voor de vaststelling van deze betrokkenheid mede van belang is het gerechtvaardigde vertrouwen van de wederpartij;
c. diegene feitelijk bij machte was om het gewraakte handelen en/of nalaten te voorkomen of te beïnvloeden in een zodanige mate dat de wederpartij daarvan geen, althans (aanzienlijk) minder nadeel zou ondervinden;

486 Zie r.o. 4.75.
487 Blanco Fernández 2018, p. 173.
488 Zie verder hoofdstuk 5 over aansprakelijkheid in concernverhoudingen; over het verschil in kwalificatie vgl. Bartman e.a. 2016, p. 274, waarin terecht wordt opgemerkt dat de kwalificatie als bedoeld in artikel 2:248 (138) lid 7 BW niet zonder meer samenvalt met de 'intensieve en indringende beleidsbemoeienis' die in het arrest Albada Jelgersma II (HR 19 februari 1988, *NJ* 1988, 487, m.nt. Van der Grinten) betreffende aandeelhoudersaansprakelijkheid een belangrijk vereiste voor aansprakelijkheid vormt.

d. diegene wist of redelijkerwijs behoorde te weten dat de wederpartij schade zou lijden als gevolg van het gewraakte handelen en/of nalaten; en
e. diegene niettemin de wederpartij heeft blootgesteld aan (het risico op) schade.

In beginsel rusten de stelplicht en bewijslast met betrekking tot de letters (a) tot en met (e) op de benadeelde, zij het dat de (mede)beleidsbepaler onder omstandigheden kan worden verplicht tot het bieden van aanknopingspunten voor de bewijslevering door benadeelde. Bovendien hoeft de eventuele door de (mede)beleidsbepaler en/of de vennootschap en/of de formele bestuurders gewekte schijn omtrent de positie van de (mede)beleidsbepaler binnen de vennootschap en/of diens verhouding ten opzichte van de vennootschap door de benadeelde slechts aannemelijk te worden gemaakt, zodat van de (mede)beleidsbepaler veelal ter zake een gemotiveerde betwisting mag worden verlangd.

4.3.5 Bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 6:162 BW en artikel 2:11 BW

Ten slotte nog enkele kanttekeningen bij de toepassing van artikel 2:11 BW in dit verband. Lange tijd bestond discussie over de vraag of artikel 2:11 BW ook kon worden toegepast, wanneer de aansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder op artikel 6:162 BW was gegrond.[489] De Hoge Raad oordeelde in 2014 dat een enig indirect bestuurder rechtstreeks aansprakelijk kon zijn op grond van artikel 6:162 BW met toepassing van de maatstaven zoals samengevat in het arrest *Ontvanger/Roelofsen*.[490] Artikel 2:11 BW werd daarbij niet toegepast. Stelplicht en bewijslast ter zake het persoonlijk te maken ernstig verwijt rusten dan op de schuldeiser.

In 2017 maakte de Hoge Raad een einde aan de discussie over toepassing van deze bepaling in geval van bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW. In zijn arrest *Kampschoër/Le Roux Fruit Exporters* oordeelde de Hoge Raad dat (r.o. 3.4.3) '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. Deze aansprakelijkheid rust dan tevens hoofdelijk op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder daarvan bestuurder is. 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 dat als een rechtspersoon-bestuurder aansprakelijk is op die grond, een bestuurder van die

489 Voor een weergave van deze discussie zie o.m. Westenbroek 2017, p. 458-459; Lennarts 2017, p. 164-168.
490 HR 23 mei 2014, *JOR* 2014, 229, m.nt. Van Bekkum (*Kok/Maas q.q.*).

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. Deze bewijslastverdeling doet recht zowel aan de ratio van art. 2:11 BW als aan de vereisten voor bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW'.[491] Het stemde de meeste auteurs positief dat de Hoge Raad met dit arrest duidelijkheid heeft verschaft over de toepassing van artikel 2:11 BW bij bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad. De beslissing omtrent de verdeling van bewijslast wordt daarentegen sterk bekritiseerd.[492]

Wat is nu de positie van de (mede)beleidsbepaler binnen dit kader? Hiervoor heb ik uiteengezet dat de Hoge Raad in zijn arresten *Montedison* en *Lammers/Aerts q.q.* samengevat heeft geoordeeld dat het bij de toepassing van artikel 2:11 BW niet uitmaakt of de eerstegraadsbestuurder een formele rechtspersoon-bestuurder is, dan wel een (mede)beleidsbepalende rechtspersoon-bestuurder. Doorschakeling van aansprakelijkheid vindt echter enkel plaats naar de formele bestuurders van de aansprakelijke rechtspersoon-bestuurder. Een (mede)beleidsbepalende tweedegraads bestuurder kan dus niet met toepassing van artikel 2:11 BW (jo. 2:248 (138) BW) worden aangesproken. Eerder heb ik naar aanleiding van het arrest *Kampschöer/Le Roux* betoogd dat het nog maar de vraag is of artikel 2:11 BW kan worden toegepast wanneer een (mede)beleidsbepaler op grond van artikel 6:162 BW wordt aangesproken.[493] Mijn argumentatie in dit betoog steunt enerzijds op de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest *Montedison* en anderzijds op de gekozen formulering in *Kampschöer/Le Roux*. Ik begin met dit laatste arrest. De Hoge Raad overweegt in r.o. 3.4.3 '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'. Het ontbreekt de (mede)beleidsbepaler aan deze hoedanigheid; dat is immers juist de aard van deze figuur. Men kan mij tegenwerpen dat met deze figuur de (rechts)persoon wordt aangeduid die inderdaad niet de hoedanigheid van bestuurder heeft, maar zich niettemin als zodanig heeft gedragen. Vanuit dat perspectief zou het redelijk kunnen zijn om artikel 2:11 BW, al dan niet naar analogie, toch toe te

491 HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275, *JOR* 2017, 121, m.nt. Leijten, *JIN* 2017, 151, m.nt. Wolf, AA20170523, m.nt. Bartman en Hanegraaf, *Ondernemingsrecht* 2017, 79 Mussche en Borrius, *NJ* 2017, 215, m.nt. Van Schilfgaarde.

492 Zie voornoemde annotaties bij het arrest, alsmede Lennarts 2017, 164-168; p. Westenbroek 2017, 461-466; Hanegraaf 2017, p. 209-219; Müller 2018, p. 15; Arons 2017, p. 154-156; Vetter 2017, p. 70-72; zie voor een onjuiste toepassing van deze 'nieuwe' regels van stelplicht in bewijslast Rb. Midden-Nederland 24 januari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:122, waarin de rechtbank oordeelt dat de enig indirect bestuurder zich niet kan disculperen omdat namens de rechtspersoon-bestuurder geen verzet is ingesteld tegen het bij verstek gewezen vonnis, als gevolg waarvan de aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder vaststaat.

493 Van Nuland 2017, 132-133.

passen. Mijns inziens staat het ontbreken van een wettelijke gelijkschakeling, zoals het geval is bij de eigenlijke (mede)beleidsbepaler, aan deze redenering in de weg. De overwegingen van de Hoge Raad in zijn *Montedison*-arrest omtrent artikel 2:11 BW steunen immers op de enkele omstandigheid dat artikel 2:248 (138) BW in het zevende lid voorziet in een gelijkschakeling. Om die reden stelt de Hoge Raad dat de eerstegraadsbestuurder zowel een formele bestuurder als een (mede)beleidsbepaler kan zijn, terwijl aansprakelijkheid slechts wordt doorgeschakeld naar de tweedegraads bestuurder – ten aanzien waarvan een gelijkschakeling in artikel 2:11 BW ontbreekt – die *formeel* deze hoedanigheid bezit. Terecht overweegt de Hoge Raad daarbij dat de gelijkschakeling in de WBA- en WBF-bepalingen zich uitdrukkelijk tot die bepalingen beperkt en er evenmin gronden zijn om deze uitbreiding van aansprakelijkheid naar analogie toe te passen. Mijns inziens doet deze visie van de Hoge Raad recht aan de door de wetgever beoogde beperkte reikwijdte van de wettelijke gelijkschakeling. De bepaling die de grondslag vormt voor aansprakelijkheid is dus bepalend voor het toepassingsbereik van artikel 2:11 BW. Indien aansprakelijkheid wordt gebaseerd op artikel 6:162 BW kan slechts de aansprakelijkheid van formele rechtspersoon-bestuurder worden doorgeschakeld. Is sprake van een rechtspersoon-(mede)beleidsbepaler, dan hebben de bestuurders en (mede)beleidsbepalers van die rechtspersoon-bestuurder mijns inziens geen aansprakelijkheid te duchten.

4.4 Samenvatting

In het voorgaande stond de aansprakelijkheid van de (mede)beleidsbepaler centraal. Daarbij heb ik een strikt onderscheid gemaakt tussen twee verschijningsvormen, te weten de eigenlijke en de oneigenlijke (mede)beleidsbepaler. De eerste vorm is het resultaat van wettelijke bepalingen waarin deze figuur met een formele bestuurder wordt gelijkgesteld. Deze gelijkschakeling deed zijn intrede bij de invoering van de WBA en WBF in het kader van externe bestuurdersaansprakelijkheid, maar is inmiddels ook terug te vinden bij de regels van interne aansprakelijkheid in geval van uitkeringen uit het vennootschapsvermogen. De figuur heeft ook een strafrechtelijke variant. De tweede verschijningsvorm kent daarentegen geen wettelijke basis. Deze oneigenlijke (mede)beleidsbepaler komt voor in gevallen van bestuurdersaansprakelijkheid die worden gegrond op artikel 6:162 BW.

De wetgever heeft de kwalificatie als eigenlijke beleidsbepaler bewust als een open begrip gedefinieerd, zodat steeds de concrete omstandigheden van het geval bepalend zijn. De twee vereisten, (mede)beleidsbepaling en het optreden als ware men bestuurder, dienen ruim te worden geïnterpreteerd. De wetgever heeft daarentegen géén ruime reikwijdte van de gelijkschakeling als zodanig beoogd. De aansprakelijkheid van (mede)beleidsbepalers is in twee opzichten beperkt tot uitzonderingsgevallen. Enerzijds omdat de kwalificatie als (mede)beleidsbepaler slechts dan aan de orde is wanneer een betrokkene zijn wettelijke of contractuele bevoegdheden

heeft overschreden en zich de bestuursmacht heeft aangetrokken. Anderzijds omdat de wetgever deze uitbreiding van de kring van aansprakelijke personen rechtvaardig heeft geacht, gelet op de bijzondere omstandigheden waarin de desbetreffende aansprakelijkheid kan intreden. Het gaat dan om de omstandigheid dat er sprake is van een publiekrechtelijke schuldeiser en gelden die de vennootschap slechts ten behoeve van die schuldeiser onder zich heeft (WBA) of dat er sprake is van opzettelijke benadeling van schuldeisers die zich uit in een onbehoorlijke taakvervulling die tevens een belangrijke oorzaak is van het faillissement van de vennootschap (WBF). Het lijkt erop dat de wetgever deze bijzondere omstandigheden uit het oog is verloren bij de invoering van de bepalingen over bestuurdersaansprakelijkheid in geval van uitkeringen uit het vennootschapsvermogen. Terwijl deze bepalingen net als de WBA en WBF in essentie strekken tot bescherming van crediteuren, heeft de wetgever zonder daar ook maar één overweging aan te wijden de (mede)beleidsbepaler geïntroduceerd bij gevallen van interne bestuurdersaansprakelijkheid. Deze bepalingen gelden immers als lex specialis van artikel 2:9 BW, waarin de interne aansprakelijkheidsregels voor bestuurders liggen verankerd, maar waarin niet is voorzien in een wettelijke gelijkschakeling van (mede)beleidsbepalers. Toch hebben alle bepalingen waarin de gelijkschakeling voorkomt een gemeenschappelijk kenmerk: het antimisbruikkarakter. In dit karakter ligt mijns inziens de wezenlijke rechtvaardiging voor de aansprakelijkheid van (mede)beleidsbepalers besloten. De wetgever heeft grenzen willen stellen aan het voorrecht van beperkte aansprakelijkheid dat aan rechtspersoonlijkheid is verbonden. Die grens wordt gevormd door misbruik van dat voorrecht, waaronder in ieder geval kan worden verstaan het handelen van natuurlijk personen – ongeacht hun hoedanigheid – door tussenkomst van een rechtspersoon, met opzettelijke benadeling van schuldeisers of afwenteling van het ondernemersrisico op schuldeisers tot gevolg. De aansprakelijkheid van (mede)beleidsbepalers dient steeds vanuit dit perspectief te worden bekeken. De aard van deze figuur sluit echter niet altijd goed aan op de inrichting van de diverse grondslagen voor aansprakelijkheid. Ik heb op verschillende discrepanties gewezen, waarbij met name een miskenning van de omstandigheid dat de (mede)beleidsbepaler formeel veelal enige bevoegdheid ontbeert, de schoen doet wringen. Bovendien leidt de casuïstische invulling van de kwalificatievraag tot rechtsonzekerheid. Voor de (mede) beleidsbepaler is niet steeds aanstonds duidelijk of hij als zodanig is aan te merken en als dat wel het geval is, geldt niet zonder meer dat de (mede)beleidsbepaler de bevoegdheid of mogelijkheid heeft om zelfstandig in te grijpen. Het gevaar bestaat verder dat disculperende handelingen juist worden aangegrepen om tot een kwalificatie als (mede)beleidsbepaler te komen. In dit kader heb ik betoogd dat aan een beroep op disculpatie die eisen moeten worden gesteld die overeenstemmen met de mate van en de mogelijkheid tot beleidsbepaling in ruime zin. Het is aan de (mede) beleidsbepaler om dergelijke omstandigheden aan te voeren.

Veel winst valt er mijns inziens te behalen bij de aansprakelijkheid van (mede) beleidsbepalers op grond van onrechtmatige daad. Het ontbreken van een wettelijke

gelijkschakeling doet de nodige vragen rijzen wanneer de figuur die men gewoon is als (mede)beleidsbepaler aan te duiden op grond van artikel 6:162 BW wordt aangesproken. De bijzondere omstandigheden die de uitbreiding van aansprakelijkheid in de WBA en WBF rechtvaardigen, spelen bij deze vorm van aansprakelijkheid niet, althans in veel mindere mate. Niettemin kan een (mede)beleidsbepaler op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk zijn jegens individuele schuldeisers. De kwalificatie van deze figuur vindt eveneens plaats aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval. Daarbij hoort echter de kanttekening dat er meer aandacht lijkt uit te gaan naar het (mede)beleidsbepalen als zodanig, waarmee ik bedoel de directe betrokkenheid bij het schadeveroorzakend handelen, en niet zozeer het daadwerkelijk uitoefenen van de bestuurstaak. Ik heb evenwel betoogd dat de kwalificatievraag geheel achterwege dient te blijven. De aansprakelijkheid van de (rechts) persoon die men als (mede)beleidsbepaler pleegt aan te duiden, dient mijns inziens bij een vordering op grond van artikel 6:162 BW eerst en vooral te worden beoordeeld vanuit de rechtsverhouding tussen deze (rechts)persoon en de vennootschap. Naast deze verhouding zijn een tweetal elementen van belang: de voorzienbaarheid of wetenschap van benadeling en de feitelijke mogelijkheid om daarvoor een stokje te steken, althans het vermogen om de gevolgen daarvan af te wenden. Deze elementen tezamen kunnen onder omstandigheden rechtvaardigen dat ook een ander dan de formele bestuurders van de vennootschap, haar schuldeisers behoort te behoeden voor schade. Bij de beoordeling van aansprakelijkheid wordt in de rechtspraak veelal dezelfde maatstaf toegepast als de voor bestuurdersaansprakelijkheid gebruikelijke norm. Daarmee wordt een hoge drempel voor aansprakelijkheid opgeworpen, die niet past binnen ons algemene aansprakelijkheidsrecht en evenmin kan steunen op de rechtvaardiging voor deze maatstaf zoals die bij formele bestuurders wordt gebezigd. Deze onjuiste benaderingswijze van de (mede)beleidsbepaler bij vorderingen op grond van artikel 6:162 BW is mijns inziens het gevolg van de functionele betekenis die aan het begrip als zodanig wordt toegekend. Daarvoor bestaat geen grond noch een reden. Ik heb daarom gepoogd een alternatief kader te schetsen voor de beoordeling van aansprakelijkheid van (mede)beleidsbepalers op grond van onrechtmatige daad. Weliswaar komen daarin elementen terug van de bij bestuurdersaansprakelijkheid gebezigde maatstaf, maar tegelijkertijd wordt daarmee recht gedaan aan het bijzondere karakter en de achtergrond van deze figuur. Ten slotte heb ik betoogd dat de doorschakeling van aansprakelijkheid van rechtspersoon-beleidsbepalers en naar tweedegraads beleidsbepalers met toepassing van artikel 2:11 BW niet mogelijk is, wanneer de aansprakelijkheid haar grondslag vindt in artikel 6:162 BW.

Hoofdstuk 5

DOORBRAAK VAN AANSPRAKELIJKHEID

5.1 Inleiding

De hiervoor besproken antimisbruikwetgeving mag met recht een doorbraak worden genoemd binnen het vennootschapsrecht. Met de nadruk op aansprakelijkheid van bestuurders en een aanvulling op deze groep in de vorm van (mede)beleidsbepalers, heeft de wetgever een poging ondernomen om te voorkomen dat rechtspersoonlijkheid wordt ingezet ten nadele van crediteuren. Dat geldt evenzeer voor de ontwikkeling in de rechtspraak die het mogelijk maakt voor individuele schuldeisers om buiten faillissement op te komen tegen onoorbaar gebruik van rechtspersonen door natuurlijk personen. Beide stellen redelijk duidelijke grenzen aan het gebruik van de juridische fictie die de ondernemingsgeest stimuleert en trachten te voorkomen dat de risico's verbonden aan het ondernemen te veel op anderen dan de ondernemer zelf worden afgewenteld.

Wij zagen dat ingevolge artikel 2:5 BW de rechtspersoon voor wat betreft het vermogensrecht gelijkstaat aan een natuurlijk persoon, zodat hij zelfstandig drager is van rechten en plichten.[1] De aanvaarding van aansprakelijkheid van zijn functionarissen en andere betrokkenen vereist dan ook dat dit beginsel wordt losgelaten en de door de wet gevormde fictie wordt doorbroken. Deze doorbraak van aansprakelijkheid, of relativering van rechtspersoonlijkheid, kan naar de heersende opvatting op twee manieren worden bewerkstelligd: direct of indirect.[2] Uitsluitend in het eerste geval wordt het uitgangspunt van artikel 2:5 BW daadwerkelijk verlaten. In gevallen van indirecte doorbraak berust de aansprakelijkheid van betrokkenen bij de rechtspersoon op een eigen, door hen persoonlijk gepleegde, onrechtmatige daad. Beide methoden om tot aansprakelijkheid te komen, kennen, evenals de aansprakelijkheidsregels die in het vorige hoofdstuk aan bod kwamen, in ieder geval één gemeenschappelijke deler. Steeds is sprake van een bepaalde mate van zeggenschap,

1 Zie hoofdstuk 2.
2 Zie o.a. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/834 e.v.; Bartman e.a. 2016, p. 241 e.v.

de mogelijkheid om het doen en laten van de rechtspersoon te bepalen of te beïnvloeden, formeel dan wel feitelijk.[3]

In dit hoofdstuk staan de directe en indirecte doorbraak van aansprakelijkheid centraal. Hierna bespreek ik eerst het leerstuk van vereenzelviging. Deze figuur is niet in de wet geregeld en vormt een zelfstandige grondslag voor aansprakelijkheid. Ik benader dit leerstuk vanuit de achtergrond van artikel 2:5 BW en bespreek zowel de rechtspraak als literatuur waarin de vereenzelviging zich heeft ontwikkeld. Daarbij besteed ik aandacht aan de factor zeggenschap en breek ik uiteindelijk een lans voor een hernieuwd toekomstperspectief voor deze grondslag voor aansprakelijkheid. Vervolgens richt ik mij op de indirecte doorbraak, die ik in het bijzonder benader vanuit concernperspectief. In concernverhoudingen laat deze vorm van aansprakelijkheid zich vooral zien. Ik beperk mij tot de aansprakelijkheid die voortvloeit uit het bestaan van een zorgplicht van de moedervennootschap jegens schuldeisers van haar dochter. Aan de hand van de algemene normen voor aansprakelijkheid voor nalaten, onderzoek ik in hoeverre een dergelijke zorgplicht past binnen concernverhoudingen en de rol die de moedervennootschap daarin speelt. Ten slotte zet ik dit leerstuk af tegen de aansprakelijkheid van de moedervennootschap als eigenlijke (mede)beleidsbepaler.

5.2 Directe doorbraak

In 1969 beschreef Westbroek de rechtspersoon als niets anders dan een juridische constructie, maar de rechtspersoon is zijns inziens een van de allerbelangrijkste juridische constructies. In zijn preadvies voor de Vereeniging Handelsrecht pleitte hij ervoor ‘de rechtspersoon te blijven respecteren’ in het hoofdstuk met de titel ‘Terzijdestelling van rechtspersoonlijkheid’. Met dit begrip doelde hij op gevallen, ‘waarin het met de rechtsorde in ernstige mate in strijd zou zijn om, wegens het bestaan van de rechtspersoon, ten aanzien van met die rechtspersoon nauw verbonden personen aan bepaalde feiten, handelingen of gebeurtenissen geen gevolgen te verbinden’.[4] Hoewel Van Schilfgaarde in zijn oratie het tegendeel lijkt te beweren, hebben beide heren volgens mij het oog op eenzelfde fenomeen: niet het terzijdestellen van rechtspersoonlijkheid als zodanig, maar het terzijdestellen van het door artikel 2:5 BW verwoorde uitgangspunt.[5] De woordkeuze van Westbroek is in dat opzicht wellicht ongelukkig. Dit fenomeen wordt in de huidige praktijk in de regel aangeduid als de

3 Vgl. de kernoverweging in HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000, 698, m.nt. Maeijer (*Rainbow*), r.o. 3.5, dat als het standaardarrest in het kader van directe doorbraak wordt beschouwd en HR 25 september 1981, *NJ* 1982, 443, m.nt. Maeijer (*Osby*), r.o. 2, het startpunt (aldus Bartman e.a. 2016, p. 256) van de rechtspraak waarin de indirecte doorbraak zich heeft ontwikkeld.

4 Westbroek 1969, p. 76-82.

5 Van Schilfgaarde 1970, p. 4; vgl. Uniken Venema 1969, p. 280-284 over de relativering van rechtspersoonlijkheid als zodanig.

'directe doorbraak van aansprakelijkheid'. Gebruikelijk zijn ook de termen 'vereenzelviging'[6] en 'relativering (van rechtspersoonlijkheid)'.[7] Minder vaak komt men nog de aanduiding 'identificatie van rechtspersonen' tegen, welke terminologie Van Dongen hanteerde in zijn proefschrift over dit onderwerp.[8]

Telkens gaat het om gevallen waarin een uitzondering wordt gemaakt op het uitgangspunt van artikel 2:5 BW dat de rechtspersoon een *eigen* identiteit heeft. Het identiteitsverschil, dat bestaat ten opzichte van zowel natuurlijk personen als rechtspersonen, wordt weggedacht. Het ene rechtssubject wordt daarbij gelijkgesteld met een of meer andere rechtssubjecten en – vermogensrechtelijk – als één beschouwd.[9] Reeds uit de redactie van artikel 2:5 BW blijkt dat de gevolgen die de bepaling aan rechtspersoonlijkheid verbindt, niet absoluut zijn. De gelijkstelling met natuurlijke personen geldt slechts 'voor zover uit de wet niet anders voortvloeit'. Voor de kapitaalvennootschappen voegen de artikelen 2:64 (NV) en 2:175 (BV) BW daar nog aan toe – stelliger geformuleerd – dat de aandeelhouders niet gehouden zijn om bij te dragen aan de verliezen van de vennootschap boven het bedrag dat op de aandelen behoort te worden gestort. De schulden van de vennootschap zijn haar eigen; haar aandeelhouders zijn daarvoor niet aansprakelijk.

Teneinde het leerstuk van directe doorbraak te kunnen doorgronden is een beter begrip van artikel 2:5 BW en aansluitend ook 2:175 (64) BW vereist. Het is mijns inziens niet goed mogelijk om het voorbijgaan aan de eigen identiteit van rechtspersonen te onderzoeken, zonder eerst aandacht te besteden aan de achtergrond van deze eigen identiteit. Ik bespreek vervolgens de rechtspraak waarin het leerstuk van directe doorbraak van aansprakelijkheid tot ontwikkeling is gekomen en de huidige stand daarvan. Ten slotte bepleit ik een meer ruime toepassing van vereenzelviging in aansprakelijkheidskwesties.

5.2.1 Rechtssubject en beperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders

Rechtspersoonlijkheid is een normatieve hoedanigheid, aldus Blanco Fernández, die inhoudt dat de rechtsorde een maatschappelijk verschijnsel als subject van vermogensrechtelijke verhoudingen aanmerkt.[10] In 1901 erkende de Hoge Raad voor het eerst deze gevolgen die tegenwoordig door artikel 2:5 BW aan rechtspersoonlijkheid worden verbonden. Hij overwoog: 'eene naamlooze vennootschap is een

6 Bijvoorbeeld Lennarts 1999, p. 234 e.v.; Bartman e.a. 2016, p. 243 e.v.; het gaat hierbij dan om vereenzelviging in het kader van aansprakelijkheid. Als vorm van rechtsvinding waarbij wordt voorbijgegaan aan het identiteitsverschil tussen verschillende rechtspersonen, komt de vereenzelviging in verschillende rechtsgebieden voor. Bartman e.a. 2016, p. 244 noemt met name het arbeidsrecht en het mededingingsrecht.

7 Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/834.

8 Van Dongen 1995, zie p. 4-8 voor de motivering van zijn keuze.

9 Vgl. Elbers 2014, p. 25-26.

10 Blanco Fernández 2018, p. 171.

zelfstandig subject van rechten, geheel afgescheiden van de personen harer aandeelhouder'.[11] Deze eigenschap van een rechtspersoon, een afgescheiden vermogen met eigen aansprakelijkheid en een eigen bestaan, noemde Meijers een van de twee meest typerende. Als tweede eigenschap onderscheidde hij het doel dat niet aan het bestaan en de belangen van individueel bepaalde personen gebonden is.[12] Meijers wilde met deze bepaling slechts tot uitdrukking brengen dat de rechtspersoon bevoegd is tot het verrichten van vermogensrechtelijke rechtshandelingen en het verkrijgen van goederen.[13] De huidige bepaling beoogt, in navolging van haar voorloper, slechts vast te leggen dat er tussen natuurlijk personen en rechtspersonen voor het gehele *vermogensrecht*, anders dan voor het personen- en familierecht, in beginsel geen verschil bestaat.[14]

Ondanks deze beperkte strekking van artikel 2:5 BW, is bij de latere behandeling van de Invoeringswet over deze bepaling[15] uitsluitend gedebatteerd over de uitzondering op de aan een rechtspersoon toegekende rechtssubjectiviteit. Daarmee werd de bepaling in verband gebracht met de beperkte aansprakelijkheid van de natuurlijk personen die door middel van de rechtspersoon acteren, alsmede het misbruikvraagstuk.[16] Aanvankelijk zou deze uitzondering 'tenzij de wet anders bepaalt' hebben geluid, maar uiteindelijk koos de wetgever toch voor het *ruimere* 'voortvloeien'.[17] Ook bij deze formulering werden echter vraagtekens geplaatst. De vrees bestond namelijk dat het 'misbruiken van rechtspersoonlijkheid' niet adequaat zou kunnen worden aangepakt. Daarbij werd gedacht aan het manipuleren van verschillende rechtspersonen die, door deelneming in elkaars kapitaal of door aanstelling van gemeenschappelijke bestuurders, nauw aan elkaar verwant zijn en waardoor onbetamelijke lieden kans zien om met overheveling van vermogen hun aansprakelijkheden precies daar te leggen, waar de wederpartij geen verhaal vindt. De vraag rees zelfs of de bepaling niet een tweede lid behoefde, waarin het de rechter (uitdrukkelijk) mogelijk werd gemaakt om in uiterste gevallen het normale vermogensrecht buiten toepassing te laten door aan de gewraakte handeling het rechtsgevolg te onthouden of door de

11 Hoge Raad 18 januari 1901, W. 7553 (*De Hoop*), waarover De Jongh 2014, p. 238-240.
12 Toelichting Meijers, eerste gedeelte (Boek 1-4) 1954, p. 121.
13 Toelichting Meijers, eerste gedeelte (Boek 1-4) 1954, p. 123; vgl. ook Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/55-66 waarin de betekenis van artikel 2:5 eveneens alleen in deze zin wordt besproken; Raaijmakers 1977, p. 10 die schrijft dat de bepaling slechts (i) verklaart dat de rechtspersoon rechtsbevoegdheid bezit en (ii) dat die bevoegdheid is beperkt tot het vermogensrecht.
14 Van Zeben & Du Pon 1977, p. 1015; Haar voorganger, artikel 1691 (oud) BW had een gelijke strekking en bepaalde: 'Alle wettig bestaande zedelijke ligchamen zijn, evenals particuliere personen, bevoegd tot het aangaan van burgerlijke handelingen, behoudens de openbare verordeningen, waarbij die bevoegdheid mögt zijn gewijzigd, beperkt of aan zekere formaliteiten onderworpen.'
15 Aanvankelijk artikel 2:4 BW; als gevolg van de Invoeringswet Boek 3, 5 en 6 NBW vernummerde de bepaling.
16 Vgl. Roelvink 1977, p. 148 die aangeeft dat ten onrechte is uitgegaan van een wijdere strekking.
17 Vgl. Van Zeben & Van Ewijk 1962, p. 112-122.

aansprakelijkheid voor deze handeling uit te breiden tot derden die, achter de rechtspersoon verscholen, in feite aan de touwtjes trokken. Daarbij werd ook geopperd om het begrip misbruik van rechtspersoonlijkheid concreet in de bepaling te omschrijven. Die suggestie werd van de hand gewezen, juist om de rechter *meer vrijheid* te gunnen om 'de effecten van rechtspersoonlijkheid te beperken', aangezien de rechterlijke vrijheid om tegen misbruik van rechtspersoonlijkheid op te treden 'als een uiterst wenselijke zaak' werd beschouwd.[18] In dat verband is benadrukt dat de bepaling misbruik van recht, noch wetsontduiking of schijnhandelingen in bescherming neemt.[19]

Zodoende werden gevolgen aan het huidige artikel 2:5 BW toegedicht, althans aan de uitzondering op het uitgangspunt dat het artikel verwoordt, die door zijn geestelijk vader niet zijn beoogd en voorheen ook niet aan zijn voorganger werden toegeschreven. Het hiervoor geschetste debat in de parlementaire geschiedenis vloeit volgens mij voort uit de onzekerheid omtrent de reikwijdte van de gevolgen van de bepaling. Als de rechtspersoon zelfstandig drager is van rechten en verplichtingen, dan staat hij ook – en alleen hij – met zijn vermogen in voor zijn schulden.[20] Het betreft dan schulden die in zijn naam zijn aangegaan door natuurlijk personen, wier handelen aan de rechtspersoon wordt toegerekend. Als de rechtspersoon inderdaad volledig en altijd aansprakelijk is voor de schulden die in zijn naam zijn aangegaan, dan hebben de natuurlijk personen die de rechtspersoon verbinden in beginsel geen aansprakelijkheid voor deze schulden te vrezen. Daarmee kunnen risico's in de rechtspersoon worden geplaatst en desnoods worden afgewenteld op de schuldeisers van de rechtspersoon, zonder dat de natuurlijk persoon, die door middel van de rechtspersoon heeft gehandeld, zelf enig risico loopt. In dit verband heeft Raaijmakers erop gewezen dat artikel 2:5 BW niet noopt tot een exclusieve aansprakelijkheid van de rechtspersoon.[21] Het zijn van rechtspersoon zegt op zichzelf niets over een regeling van aansprakelijkheid, zoals ook meer recent nog is betoogd door De Kluiver.[22] Raaijmakers beschrijft de rechtspersoon daarom als 'primair toerekeningspunt' voor de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon, terwijl de beperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders en de 'niet-aansprakelijkheid' van bestuurders en vertegenwoordigers van de rechtspersoon, moeten worden beschouwd als 'geconditioneerde voorrechten'.[23] Van Schilfgaarde spreekt daarentegen wel van een exclusieve

18 Van Oven 1972, p. 126-127 zag destijds veel mogelijkheden in een dergelijk tweede lid en meende dat dit onvermijdelijk tot een zekere verstarring van de rechtsontwikkeling zou leiden. Een tweede lid waarin een uitzondering zou worden gemaakt voor gevallen van misbruik van rechtspersoonlijkheid zouden zijns inziens voldoende ruimte hebben gemaakt voor een gezonde rechtsontwikkeling. De formule 'misbruik van rechtspersoonlijkheid' noemde hij de tot nu toe meest geslaagde formule.

19 Van Zeben & Du Pon 1977, p. 1068-1070.

20 Zie artikel 3:276 BW.

21 Raaijmakers 1977, p. 11.

22 De Kluiver 2012, p. 87-89; anders: Roelvink 1988, p. 217; Handboek 1992 en 2013, nr. 61.

23 Raaijmakers 1977, p. 11-12.

aansprakelijkheid van de rechtspersoon (NV), zij het dat deze exclusiviteit zijns inziens is begrensd. Die grens zoekt hij in misbruik van de rechtsvorm.[24]

De niet-aansprakelijkheid van bestuurders vloeit voort uit artikel 2:5 BW. Zij vindt haar oorsprong in de toerekening van het handelen van de bestuurders aan de rechtspersoon, als gevolg waarvan niet de bestuurder(s) gebonden raakt maar de rechtspersoon. Die toerekening vindt plaats voor zowel rechtshandelingen als feitelijk handelen. Daarvoor is overigens niet vereist dat er sprake is van een formele vertegenwoordigingsbevoegdheid. Toerekening kan immers plaatsvinden in gevallen van schijn van bevoegdheid, terwijl een handelen of nalaten bovendien aan de rechtspersoon kan worden toegerekend indien dit in het maatschappelijk verkeer heeft te gelden als een handelen of nalaten van de rechtspersoon zelf.[25] Laatstgenoemde norm komt tegemoet aan de omstandigheid dat de rechtspersoon niet zelf kan handelen in het maatschappelijk verkeer, maar daarvoor is aangewezen op natuurlijke personen.[26] In de regel zijn dit zijn bestuurders. De ruime strekking van de norm brengt echter tot uitdrukking dat ook het handelen of nalaten van anderen dan bestuurders onder omstandigheden aan de rechtspersoon kan worden toegerekend. Vindt deze toerekening plaats, dan is daarmee nog niets gezegd over de eventuele aansprakelijkheid van de natuurlijke persoon wiens handelen of nalaten aan de rechtspersoon wordt toegerekend.

De beperking van aansprakelijkheid van aandeelhouders voor hetgeen in naam van de vennootschap is verricht, heeft daarentegen een expliciete wettelijke grondslag. De aandeelhouder is daarvoor niet persoonlijk aansprakelijk. Evenmin is de aandeelhouder gehouden om bij te dragen in de verliezen van de vennootschap boven het bedrag dat de aandeelhouder op zijn aandelen dient te storten.[27] De beperking van aansprakelijkheid heeft te gelden als een van de wezenlijke kenmerken van de kapitaalvennootschap.[28] Zonder wettelijke grondslag is deze beperking echter geen vanzelfsprekendheid.[29] Dit blijkt wel als men de vereniging met beperkte rechtsbevoegdheid beschouwt. Zij is wel rechtspersoon, maar haar bestuurders, althans degenen die handelden, zijn naast de vereniging hoofdelijk verbonden.[30] Ook de coöperatie is rechtspersoon, maar de leden zijn bij ontbinding in beginsel voor

24 Van Schilfgaarde 1970, p. 10-11.
25 HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34, m.nt. Brunner (*Kleuterschool Babbel*); zie o.a. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/80 e.v.
26 Vgl. HR 11 november 2005, *NJ* 2005, 231, m.nt. Vranken (*Voorsluijs*).
27 Artikel 2:64 lid 1 (NV) en 175 lid 1 (BV) BW.
28 Zie o.m. Asser/Van Olffen & Rensen 2-IIa 2019/18; Handboek 2013, nr. 51; Hansmann & Kraakman 2017, p. 8.
29 Vgl. Van Schilfgaarde 1970, p. 9; Raaijmakers 1976, p. 268 e.v. en het hiervoor aangehaalde werk van De Kluiver 2012; zie ook Bainbridgde & Todd Henderson 2016, p. 20 e.v.; Hansmann & Kraakman 2017, p. 9.
30 Artikel 2:30 lid 2 BW.

het tekort aansprakelijk.[31] Statutair kan deze aansprakelijkheid worden beperkt of gemaximeerd.[32] Het toepasselijke aansprakelijkheidsregime is voor derden kenbaar uit de naam van de coöperatie.[33] De aanvaarding van rechtspersoonlijkheid brengt dus weliswaar de mogelijkheid met zich om een scheiding van vermogens te bewerkstelligen, maar daarmee is niet noodzakelijkerwijs de uitsluiting van de persoonlijke aansprakelijkheid van aandeelhouders of leden gegeven. Om die reden spreekt men wel van een *voorrecht* van beperkte aansprakelijkheid. Ook de bestuurders genieten dit voorrecht, zij het op een andere grondslag.

De achtergrond van het voorrecht van beperkte aansprakelijkheid wordt veelal gezocht in economische motieven. Zonder een beperking van aansprakelijkheid zouden investeerders niet bereid zijn om te investeren, waardoor er te weinig kapitaal voorhanden is om te ondernemen.[34] Doordat men niet met het gehele eigen vermogen instaat voor de ontplooide activiteiten is het bovendien mogelijk om risico's te spreiden. Beperking van aansprakelijkheid stimuleert zo het ondernemersklimaat en heeft daarmee een positief effect op de economie.[35] Ondernemen is in de regel echter risicovol. Daar komt bij dat de beperking van aansprakelijkheid in de rechtseconomie tegelijkertijd wordt beschouwd als een (onwenselijke) prikkel voor ondernemers om méér of grotere risico's te nemen dan men in geval van een onbeperkte aansprakelijkheid zou durven aangaan.[36] Ondernemingsrisico's worden door een beperking van aansprakelijkheid evenwel niet weggenomen, maar hooguit verplaatst. In ieder geval voor een deel worden de risico's verschoven naar de schuldeisers van de rechtspersoon.[37] De kans op afwenteling van risico's op schuldeisers wordt overigens in het algemeen groter ingeschat bij besloten verhoudingen.[38] Toekenning van het voorrecht van beperkte aansprakelijkheid bewerkstelligt zodoende óók een risicoverdeling; het ondernemingsrisico wordt niet volledig door de ondernemer/aandeelhouder zelf gedragen, maar – afhankelijk van de eigen kapitaalstortingen – voornamelijk door de schuldeisers.

---

31 Artikel 2:55 lid 1 BW. Naast degenen die ten tijde van de ontbinding lid waren, noemt de wet ook zij die minder dan een jaar voor de ontbinding hebben opgehouden leden te zijn.

32 Artikel 2:56 lid 1 BW.

33 Bij een volledige aansprakelijkheid wordt aan de naam toegevoegd W.A. (wettelijke aansprakelijkheid), is de aansprakelijkheid gemaximeerd dan maken de letters B.A. (beperkte aansprakelijkheid) deel uit van de naam, terwijl de coöperatie waarvan de leden niet aansprakelijk zijn de letters U.A. (uitsluiting van aansprakelijkheid) in de naam bezigt.

34 Bainbridge & Todd Henderson 2016, p. 50-51; zie ook Wuisman 2011, p. 71-72, Barneveld 2014, p. 46-47 en Jonkers 2017, p. 92-96, deze auteurs verwijzen naar ook naar Amerikaanse en Engelse rechtseconomische literatuur.

35 Zie paragraaf 2.3.

36 Hansmann & Kraakman 1991, p. 1882-1885.

37 Vgl. Bainbridge & Todd Henderson 2016, p. 47; zie ook Huizink 2008, p. 7-8 en De Jongh 2019, nr. 20.

38 Zie Barneveld 2014, p. 47-48.

Maar hoe bepalen we in welke mate de risico's over de verschillende actoren in het maatschappelijk verkeer moeten worden verdeeld?[39] Het algemene gezichtspunt van ons aansprakelijkheidsrecht is dat iedereen in beginsel zijn eigen schade draagt. Daaraan kan tegelijkertijd worden toegevoegd dat men anderen geen schade moet berokkenen.[40] De afwenteling van risico's op anderen is strijdig met beide uitgangspunten. Ik meen daarom dat de door de wet toegelaten beperking van aansprakelijkheid kan worden beschouwd als een maatschappelijk aanvaard verschijnsel gebaseerd op het gezamenlijke voordeel voor de samenleving bij economische welvaart. Een rechtvaardiging voor dit verschijnsel is met deze omschrijving evenwel niet gegeven, hooguit een motief. Op welke regels steunt de toekenning van dit voorrecht dan? Zowel Raaijmakers als Van Schilfgaarde zochten in hun principiële beschouwingen over dit onderwerp aansluiting bij de (thans) door Boek 2 BW gegeven dwingendrechtelijke regels voor de rechtspersoon. Van Schilfgaarde knoopt vooral aan bij de scheiding van machten en daarmee de interne organisatiestructuur. Naarmate de invloed van aandeelhouders afneemt, is een doorbraak van aansprakelijkheid naar aandeelhouders zijns inziens steeds minder mogelijk.[41] Raaijmakers onderscheidt naast (i) de structuur van de vennootschap/onderneming, zoals die ook door Van Schilfgaarde is aangegrepen, tevens (ii) de regels betreffende oprichting: het bijeenbrengen van kapitaal, publicatie van de oprichtingsakte, het (destijds bestaande) departementale toezicht en de rol van het OM, dat tijdens de levensduur van de vennootschap wordt opgevolgd door (iii) regels omtrent haar instandhouding: kapitaalbeschermingsregels, alsmede (iv) de publicatie van vennootschappelijke gegevens: het jaarverslag.[42]

Als de organisatiestructuur, en in het bijzonder de autonomie van het bestuur, een belangrijke basis vormt voor de beperking van aansprakelijkheid, dan is moeilijk in te zien waarom beperking van aansprakelijkheid ook de regel is in besloten verhoudingen en bijvoorbeeld in concernverband.[43] Tegen de achtergrond dat de organisatiestructuur bovendien vaak een papieren tijger is, aangezien de eenpersoonsvennootschap is toegelaten en de verplichte duale organisatie feitelijk door een enkeling kan worden beheerst, heeft deze basis maar een wankel fundament. Daar blijft helemaal weinig van over wanneer men zich de vrijwel volledige afschaffing van kapitaalbeschermingsregels ter gelegenheid van de invoering van de Flex-BV herinnert. In de wet heeft evenwel een duidelijke accentverschuiving plaatsgevonden, die – anders dan de kapitaalbeschermingsregels[44] – dient te voorzien in een

39 Vgl. ook Wuisman 2011, p. 72.
40 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/18.
41 Van Schilfgaarde 1970, p. 10-12.
42 Raaijmakers 1977, p. 29-35.
43 Vgl. Bainbridge & Todd Henderson 2016, p. 47.
44 Zie o.m. Lennarts & Schutte-Veenstra 2004, p. 3-4 over de beperkte bescherming die het kapitaalbeschermingsrecht bood.

effectieve bescherming van crediteuren. Het accent is vooral komen te liggen bij de verantwoordelijkheid van het bestuur en de stimulering van behoorlijk bestuur door middel van regels over bestuurdersaansprakelijkheid. Bovendien is ook de aansprakelijkheid van aandeelhouders niet langer volledig beperkt.[45] Wellicht kunnen wij deze regelingen beschouwen als een duidelijke, nog toelaatbare ondergrens voor het gebruik van rechtspersoonlijkheid en de beperking van aansprakelijkheid. De ondergrens wordt dan gevormd door de aanwezigheid van de objectieve wetenschap dat de vennootschap na het plaatsvinden van een bepaalde gebeurtenis niet in staat zal zijn haar schulden te voldoen, zodat schuldeisers zullen worden benadeeld aangezien zij zich slechts op de vennootschap kunnen verhalen. De rechtssubjectiviteit en beperking van aansprakelijkheid staan eraan in de weg dat zij die bewust handelen, althans zich redelijkerwijs van het schadeveroorzakend handelen bewust hadden moeten zijn, door de vennootschapscrediteuren kunnen worden aangesproken. De voorzienbaarheid van schade rechtvaardigt mijns inziens dat verder wordt gekeken dan de juridische fictie van rechtspersoonlijkheid en de beperking van aansprakelijkheid. In de kern vormen beide vindingen van het recht een voorrecht voor de aan het maatschappelijk verkeer en het rechtsverkeer deelnemende natuurlijk persoon. Op welke wijze en in welke mate zij dit voorrecht zouden kunnen verliezen zijn dan de relevante vervolgvragen. De directe doorbraak die het onderwerp is van deze paragraaf is één van die wijzen. De andere wijze, indirecte doorbraak, staat in de volgende paragraaf van dit hoofdstuk centraal.

5.2.2 Directe doorbraak in de rechtspraak

Hoewel het niet de aanvankelijke bedoeling van de wetgever is geweest, blijkt uit de hiervoor geschetste parlementaire geschiedenis van het huidige artikel 2:5 BW dat aan de rechter de nodige ruimte moet worden gelaten om misbruik van rechtspersoonlijkheid tegen te gaan. Misbruik laat zich evenwel niet in een bondige omschrijving vatten en is daardoor maar moeilijk te sanctioneren door middel van een (enkele) wettelijke bepaling.[46] Een beoordeling van de concrete omstandigheden van een specifiek geval is dan wellicht een geschikter middel, maar lost het definiëringsprobleem niet op. Integendeel, het probleem wordt naar de rechter doorgeschoven. Ik zal hierna bespreken hoe de rechter daarmee omgaat.

45 Vgl. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 1 (MvT).

46 Bepaalde gevallen van wat als misbruik kan worden beschouwd en die een directe doorbraak rechtvaardigen, zijn evenwel in de wet terug te vinden, zie artikel 2:11, 2:180 (69), 2:203 (93), 2:207a (98a), 2:207d (98d), 2:248 (138), 2:240 (139) en 2:260 (150) BW; vgl. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/836.

Ten aanzien van doorbraak van *aansprakelijkheid* zijn in het arrest *Krijger/Citco*[47] de eerste fundamenten te vinden voor de huidige lijn in de rechtspraak.[48] Voor dit arrest stond het leerstuk weliswaar in de belangstelling in de lagere rechtspraak en literatuur, maar tot aan dit arrest had de Hoge Raad zich nog niet uitdrukkelijk uitgelaten over de vraag of en in hoeverre een directe doorbraak van aansprakelijkheid mogelijk moest worden geacht.[49] Wel werd in de arresten *Blok/De Haan* en *Glorywave* een beroep gedaan op vereenzelviging van de aangesproken vennootschappen, maar kwam de Hoge Raad niet toe aan een principiële overweging.[50] Uit deze arresten komt naar voren dat een nauwe verwevenheid op zichzelf niet rechtvaardigt dat twee of meer vennootschappen worden vereenzelvigd.[51] Dit lezen wij ook terug bij Van Schilfgaarde in zijn annotatie bij *Glorywave*, waarin hij schrijft '[v]oor echte doorbraak komt wellicht als meest plausibele grondslag in aanmerking dat geen aanspraak kan worden gemaakt op het respecteren van de grenzen van de rechtspersoonlijkheid indien de leidinggevende organen van de betrokken rechtspersonen zelf, ten detrimente van de schuldeisers, deze grenzen hebben genegeerd. Willekeurige overheveling van vermogensbestanddelen en nauwe verwevenheid van zeggenschap en leiding kunnen argumenten zijn om deze stelling te schragen.' De benadering van rechtspersoonlijkheid en beperkte aansprakelijkheid als zijnde voorrechten, is hierin duidelijk te herkennen.

5.2.2.1 Krijger/Citco Bank Antilles

Tussen Krijger en Citco Bank Antilles bestond discussie over een samenstel van gebeurtenissen die Citco en het Antilliaanse hof als een 'schijnhandeling' bestempelden. Krijger had met Lorimar een aannemingsovereenkomst gesloten voor de bouw van een huis voor een bedrag van *f* 304.000,-. Toen Citco op enig moment

47 HR 9 juni 1995, *NJ* 1996, 213, *RvdW* 1995, 124 (*Krijger/Citco*).

48 Zoals hierna zal blijken gaat dit arrest overigens niet over een doorbraak van aansprakelijkheid, maar de vraag of twee rechtspersonen met elkaar kunnen worden vereenzelvigd.

49 Vgl. Roelvink 1988, verwijzend naar Rb. Amsterdam 27 mei 1981, *NJ* 1985, 124 (*Theal*) en Ktr. Assen 18 maart 1985, *NJ* 1986, 50 ('*Bingo met bankroet'*); zie ook met verwijzingen naar rechtspraak Houwen e.a. 1993, p. 880-893 (waarin overigens geen duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen directe en indirecte doorbraak); Asser/Maeijer 2-III 1994/331; Van Dongen 1995, p. 33; A-G Mok in zijn conclusie bij HR 3 november 1995, *NJ* 1996, 215, m.nt. Maeijer (*Roco/De Staat*), nr. 4.4.2 en Elbers 1997.

50 HR 2 november 1984, *NJ* 1985, 446, m.nt. Maeijer (*Blok/De Haan*); HR 4 oktober 1991, *NJ* 1992, 247, m.nt. Van Schilfgaarde (*Glorywave*); zie ook HR 24 juni 1994, *NJ* 1995, 578, *RvdW* 1994, 139 (*Mercantiel/Van der Meer*); zie ook Slagter/Assink 2013, p. 2286.

51 Zie o.m. Van Dongen 1995, p. 41-42; Lennarts 1999, p. 236; Houwen e.a. 1993, p. 891 spreekt van een 'doorslaggevende factor'; Slagter/Assink 2013, p. 2289; zie ook r.o. 3.1 van Hof Leeuwarden 27 juli 2005, *JOR* 2005, 237, *JIN* 2005, 348, m.nt. Van den Berg, waarin het hof overweegt dat voor vereenzelviging op zijn minst een zekere mate van verwevenheid is vereist, naast de aanwezigheid van onrechtmatige gedragingen; zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 28 mei 2019, *JOR* 2019, 157, m.nt. Bartman, waarin de enkele overheersende zeggenschap als onvoldoende wordt aangemerkt.

derdenbeslag legde onder Krijger voor al hetgeen hij verschuldigd zou zijn of worden aan Lorimar, zegde Krijger diezelfde dag nog de overeenkomst met Lorimar op. Tegelijkertijd sloot Krijger een nieuwe overeenkomst met Intervorm, die het huis afbouwde. Krijger betaalde ten slotte aan Citco het bedrag dat hij nog aan Lorimar verschuldigd zou zijn, namelijk *f* 4399,30. In een verklaringsprocedure[52] stelde Citco zich op het standpunt dat de gehele aanneemsom onder het beslag viel, dus óók hetgeen Krijger schuldig was of zou worden aan Intervorm.

Het hof overweegt dat het standpunt van Citco alleen dan opgaat, wanneer ervan wordt uitgegaan dat hetgeen Krijger aan Intervorm is verschuldigd zijn grondslag vindt in de rechtsverhouding van Krijger met Lorimar.[53] Citco bepleit immers een doorbraak van aansprakelijkheid, gebaseerd op het standpunt dat Lorimar en Intervorm moeten worden vereenzelvigd. Alleen onder bijzondere omstandigheden kan er aanleiding bestaan om aan te nemen dat schulden aan de ene rechtspersoon (Intervorm) hun grondslag vinden in de rechtsverhouding met een andere rechtspersoon (Lorimar), aldus het hof. Uit de volgende omstandigheden leidt het hof vervolgens af dat Krijger weliswaar een nieuwe overeenkomst heeft gesloten, maar in feite dezelfde rechtsverhouding met dezelfde persoon voortzette, zodat Lorimar en Intervorm in die zin moeten worden vereenzelvigd:

– Lorimar en Intervorm hebben dezelfde directeur/eigenaar, de heer Van Ooyen;
– namens beide vennootschappen heeft Van Ooyen de contacten met Krijger onderhouden;
– een week voor de beslaglegging is de statutaire doelomschrijving van Intervorm gewijzigd, in die zin dat daaronder naast verbouwings- en inrichtingsactiviteiten ook bouwactiviteiten werden gebracht;
– Krijger heeft de overeenkomst met Lorimar opgezegd, omdat hij niet verder lastiggevallen wilde worden met beslagen van derden. Diezelfde dag heeft Lorimar aan Krijger laten weten zijn beslissing te betreuren. Partijen hebben geen schadeclaims jegens elkaar ingediend;
– op dezelfde datum kwamen Krijger en Intervorm op voorstel van Van Ooyen overeen dat Intervorm het in aanbouw zijnde huis zou afmaken;
– dezelfde bouwvakkers met dezelfde gereedschappen en dezelfde bouwmaterialen hebben ten slotte het huis afgemaakt.[54]

52 Zie thans artikel 476a Rv dat de derde-beslagene verplicht ‘verklaring te doen van de vorderingen en zaken die door het beslag zijn getroffen’ en artikel 477a Rv waarin is bepaald dat indien de derde-beslagene in gebreke blijft verklaring te doen, hij op vordering van de executant wordt veroordeeld tot betaling van het bedrag waarvoor het beslag is gelegd als ware hij daarvan zelf schuldenaar, onverminderd zijn verplichting tot vergoeding van de schade, zo daartoe gronden zijn.

53 Zie in dit verband artikel 475 lid 1 Rv, dat spreekt over ‘[h]et beslag op vorderingen die de geëxecuteerde op derden mocht hebben of uit een ten tijde van het beslag reeds bestaande rechtsverhouding rechtstreeks zal verkrijgen (…)’.

54 Ongewijzigd bleven ook de directievoering over de bouw van de woning en de goedkeuring van de declaraties bij dezelfde onderneming (Architectural Ventures), waarin de echtgenote van Van Ooyen

Een belangrijke omstandigheid, die in de aangehaalde literatuur mijns inziens onderbelicht is gebleven, noemt het hof een overweging verder. Ik doel op het door het hof onderscheide *motief* van zowel Krijger als Van Ooyen bij de gekozen handelwijze. Het hof was van oordeel dat men zich kennelijk *ervan bewust was* dat, indien niets zou worden ondernomen, de nog niet vervallen termijnen van de aanneemsom onder het beslag zouden vallen. Krijger en Van Ooyen kunnen voor hun handelwijze geen ander motief hebben gehad dan te voorkomen dat dit zou gebeuren, aldus het hof, en zij hebben in dat kader 'weloverwogen' gehandeld. Het is mijns inziens vooral om die reden dat het hof de overeenkomst tussen Krijger en Intervorm als een *schijnhandeling* aanmerkt, waardoor mag worden aangenomen dat hetgeen Krijger aan Intervorm is verschuldigd zijn grondslag vindt in de rechtsverhouding van Krijger met Lorimar. Over schijnhandelingen kom ik hierna nog te spreken;[55] ik volsta hier met de constatering dat dit handelen voor het hof de belangrijkste factor lijkt te zijn geweest om de door Citco bepleite doorbraak aan te nemen.

A-G Vranken kan zich volledig vinden in de overwegingen van het hof en noemt het resultaat van de beslissing wenselijk. De Hoge Raad gaat daarin mee en oordeelt dat de gedachtegang van het hof 'berust op het juiste uitgangspunt dat van het identiteitsverschil tussen twee door dezelfde persoon beheerste rechtspersonen misbruik kan worden gemaakt, en op de eveneens juiste gedachte dat hetgeen met zodanig misbruik werd beoogd – naar 's hofs oordeel in dit geval: het ten nadele van de beslaglegger frustreren van een beslag – in rechte niet behoeft te worden gehonoreerd'.[56] Concrete uitkomst van de zaak: Krijger had al betaald aan Intervorm, maar moest ook aan Citco afdragen. Het misbruik van het identiteitsverschil tussen twee (of meer) rechtspersonen[57] rechtvaardigt dus onder bijzondere omstandigheden dat de afzonderlijke entiteiten met elkaar worden vereenzelvigd. De door de Hoge Raad gebezigde zinsnede *misbruik van identiteitsverschil* dient daarbij mijns inziens te worden begrepen als het misbruik van de afzonderlijke identiteit – in de zin van de zelfstandige rechtssubjectiviteit – van twee of meer rechtspersonen.[58]

Mohr vroeg zich na het wijzen van dit arrest af of de Hoge Raad van het rechte pad was afgeweken. Hij is van mening dat vereenzelviging geheel uit den boze is in gevallen van een financiële aansprakelijkheidsstelling, omdat de aansprakelijkheid dan – buiten onrechtmatigheid – een zelfstandige grondslag ontbeert. Onrechtmatigheden in dit verband dienen zijns inziens met toepassing van artikel 6:162 BW te

het voor het zeggen had; zie A-G Vranken in zijn conclusie bij het arrest, nr. 17.

55 Zie paragraaf 5.2.3.2.1.

56 HR 9 juni 1995, *NJ* 1996, 213, *RvdW* 1995, 124 (*Krijger/Citco*), r.o. 3.3.

57 De vereenzelviging kan er ook uit bestaan dat een of meer rechtspersonen worden vereenzelvigd met een natuurlijk persoon.

58 Vgl. Roelvink 1977, p. 138.

worden bestreden, terwijl vereenzelviging wel een oplossing kan bieden in gevallen waarin door gebruik van rechtspersonenrecht de toepasselijkheid van rechtsregels wordt gefrustreerd zonder dat dit kan worden 'goedgemaakt' door schadevergoeding.[59] Bartman toonde zich daarentegen een voorstander van vereenzelviging als zelfstandige grondslag voor aansprakelijkheid.[60] Zijns inziens biedt een verwijzing naar het leerstuk van de onrechtmatige daad geen adequate oplossing voor het probleem dat de praktijk zich vaak geconfronteerd ziet om, in een brij van talloze verbonden vennootschappen en al dan niet gefingeerde transacties, de betrokken belangen te (onder)scheiden en te beslissen naar de strekking van de geschonden rechtsregel. Men raakt in deze gevallen in bewijsproblemen die volgens Bartman als onbillijk moeten worden beschouwd. Het is niet onredelijk om het schadegevolg in de risicosfeer van Krijger te brengen, nu hij had meegewerkt aan het misbruik van identiteitsverschil. Zijn schade zal hij zelf op de andere betrokkenen moeten verhalen. Mohr betwijfelt sterk of een vordering door Citco jegens Krijger op grond van onrechtmatige daad tot een ander resultaat zou hebben geleid en is er duidelijk niet van gediend dat Krijger vervolgens zelf zijn schade zou moeten verhalen op Van Ooyen.[61]

Het is nog te vroeg om hier reeds de voorkeur uit te spreken voor een bepaald standpunt; ik doe dat verderop. Wel kan worden geconstateerd dat de discussie zich toespitst op de vraag of en in hoeverre vereenzelviging als een zelfstandige grondslag voor aansprakelijkheid kan dienen. In *Krijger/Citco* heeft de Hoge Raad zich hierover nog niet uitgelaten, maar slechts de mogelijkheid tot vereenzelviging van verschillende rechtssubjecten erkend. Men kan hierin een duidelijke tweespalt ontwaren tussen enerzijds de idee dat het leerstuk van de onrechtmatige daad kan voorzien in een oplossing voor casus als deze en anderzijds de idee dat naast artikel 6:162 BW een afzonderlijke behoefte bestaat om recht te kunnen doen aan de feitelijke situatie, ook al lijkt het positieve recht – de rechtssubjectiviteit – daaraan in de weg te staan.[62]

59 Mohr 1996, p. 790; hij noemt o.m. het *Heuga*-arrest (HR 26 januari 1994, *NJ* 1994, 545) als voorbeeld, waarin een moedervennootschap met haar dochtervennootschap werd vereenzelvigd om te voorkomen dat de OR van de dochtervennootschap buitenspel werd gezet in relatie tot de beëindiging van een vrijwillig toegepast (afgezwakt) structuurregime bij de moedervennootschap.

60 Bartman 1996, p. 878 en al eerder Bartman 1992, p. 63 e.v.

61 Mohr 1997, p. 99.

62 Vgl. in dit verband Van Schilfgaarde in zijn noot bij HR 4 oktober 1991, *NJ* 1992, 247 (*Glorywave*), nrs. 1-2, waar hij schrijft dat voor een echte doorbraak op grond van terzijdestelling van rechtspersoonlijkheid een wettelijke grondslag ontbreekt, zodat een beroep zal moeten worden gegaan op meer algemene noties, die (daarom) tot een voorzichtige toepassing nopen.

5.2.2.2 Rainbow

Kort na zijn uitspraak in *Krijger/Citco* wees de Hoge Raad eveneens in 1995 arrest in twee zaken over milieuaansprakelijkheid en bedrijfsovername.[63] In deze gevallen trachtte de Staat met een (impliciet) beroep op vereenzelviging milieuschade te verhalen op bedrijfsopvolgers, waarbij in hoger beroep met name de nauwe verwevenheid tussen betrokken vennootschappen veel aandacht kreeg. In beide arresten accepteert de Hoge Raad niet dat op basis van vereenzelviging tot een directe doorbraak van aansprakelijkheid wordt geconcludeerd, maar wordt de mogelijkheid daartoe evenmin uitdrukkelijk van de hand gewezen.

Volgens annotator Maeijer was dit in *Bato's Erf* het gevolg van de omstandigheid dat het hof de vereenzelviging slechts had gebaseerd op de geconstateerde nauwe verwevenheid tussen de betrokkenen. Hij merkt daarbij terecht op dat het oprichten van een aparte vennootschap, waarin bepaalde activiteiten worden ondergebracht, op zich kan passen in een gezond en op spreiding van risico's bedacht ondernemersbeleid, hetgeen dan volkomen geoorloofd is. Dat is volgens Maeijer alleen anders, indien daarbij sprake is van financiële benadeling van crediteuren.[64] Ook de bijzondere aard van de vordering, in dit geval milieuschade, rechtvaardigt volgens de Hoge Raad niet dat eerdere sprake kan zijn van vereenzelviging.[65] Dat zou een bijzondere wettelijke bepaling vereisen.[66]

In *Roco/De Staat* zit het pijnpunt voor de Hoge Raad in de omstandigheid dat het hof de vereenzelviging heeft toegepast op 'de onderneming' in die zin dat de door de eenmanszaak aan de rechtspersoon overgedragen onderneming als één voortgezette onderneming moet worden beschouwd, waaraan – mede gelet op de nauwe verwevenheid tussen betrokkenen – *'het rechtsgevolg moet worden verbonden dat de schuld voortvloeiend uit vóór de oprichting van Roco door Rouwenhorst gepleegde onrechtmatige handelingen als een <u>aan zijn onderneming verbonden</u> [onderstreping JN] schuld is overgegaan of mede is komen te rusten op Roco als nieuwe eigenaar/exploitant van de onderneming'*.[67] Het draait hierbij dus niet om een vereenzelviging

63 HR 16 juni 1995, *NJ* 1996, 214, m.nt. Maeijer (*Bato's Erf Beheer Nijmegen/De Staat*) en HR 3 november 1995, *NJ* 1996, 215, m.nt. Maeijer (*Roco/De Staat*).

64 Zie bijvoorbeeld HR 11 september 2009, *NJ* 2009, 565, m.nt. Van Schilfgaarde (*Comsys Holding*), waarin de Hoge Raad benadrukt dat aan de groepsstructuur van Comsys inherente risico's waren verbonden voor de crediteuren van een van haar dochtermaatschappijen, zodat Comsys zich de belangen van deze crediteuren vanaf dag één had moeten aantrekken; zie ook HR 24 maart 2017, *JOR* 2018, 60, m.nt. Borrius (*Hanzevast/G4*), over het gebruikmaken van een lege projectvennootschap.

65 Vgl. Timmerman in zijn noot bij het arrest verschenen in *TVVS* 1995, 118.

66 Denk bijvoorbeeld aan artikel 36 IW, ten aanzien waarvan de wetgever een doorbraak van aansprakelijkheid rechtvaardig heeft geacht gelet op de bijzondere aard van de vordering, zie *Kamerstukken II* 1980/81, 16 530, nrs. 3-4, p. 3-4 (MvT).

67 HR 3 november 1995, *NJ* 1996, 215, m.nt. Maeijer (*Roco/De Staat*), r.o. 4.4.2.

van rechtssubjecten. Het is met die *specifieke* uitleg dat het hof is uitgegaan van een verkeerde rechtsopvatting. De Hoge Raad toont zich in dit arrest dan ook geen tegenstander van de toepassing van vereenzelviging als grondslag voor aansprakelijkheid. Tot genoegen, lijkt mij, van A-G Mok die in zijn conclusie opmerkt dat het geen aanbeveling verdient om dit leerstuk met een algemene uitspraak in de kiem te smoren.[68] Evenmin geeft de Hoge Raad echter aan of en in hoeverre vereenzelviging dan wel als grondslag voor aansprakelijkheid kan dienen.

Dat deed hij enkele jaren later in het *Rainbow*-arrest.[69] In casu werd het faillissement van Démarrage BV uitgesproken op eigen aangifte. Haar enig aandeelhouder/bestuurder De Wit voorzag een beslaglegging door de Ontvanger. De Wit koopt vervolgens voor een klein bedrag alle activa uit het faillissement, zonder betaling voor de goodwill. De onderneming wordt door De Wit voortgezet in Rainbow Products Ltd. De Ontvanger legt vervolgens derdenbeslag onder debiteuren van Rainbow, die hij beschouwt als een *verschijningsvorm* van Démarrage. Het onderhavige arrest is het tweede cassatieberoep in dit kort geding tot opheffing van de beslagen. Voorafgaand aan dit cassatieberoep is in eerste en tweede instantie kort gezegd geoordeeld dat niet valt uit te sluiten dat de bodemrechter tot het oordeel komt dat er vanwege bijzondere omstandigheden sprake kan zijn van vereenzelviging, waardoor de Ontvanger in zijn verhaalsmogelijkheden is benadeeld. Deze bijzondere omstandigheden waren:

- in zowel Démarrage als Rainbow heeft directeur/enig aandeelhouder De Wit dezelfde positie en (nagenoeg)[70] de volledige zeggenschap;
- Rainbow hield zich met dezelfde activiteiten bezig als Démarrage voorheen deed, namelijk koeriersdiensten;
- daags na de staking van de activiteiten van Démarrage is Rainbow met de koeriersdiensten begonnen;
- deze koeriersdiensten werden gecontinueerd ten behoeve van de opdrachtgevers van Démarrage;
- de handelsnamen van beide koeriersdiensten zijn identiek, namelijk Démarrage koeriers;
- Rainbow heeft hetzelfde adres en telefoonnummer, en gebruikt hetzelfde logo op het briefpapier en facturen, waarvan de nummering gewoon doorloopt;
- dit laatste geldt ook voor de lopende overeenkomsten met leasemaatschappijen, welke alleen op papier zijn overgenomen; facturen ter zake aan Démarrage worden door Rainbow betaald;
- Rainbow heeft voor de orderportefeuille van Démarrage geen goodwill betaald;
- De Wit wist dat beslaglegging bij Démarrage in de lucht hing.

68 Zie nr. 5.1.2 van zijn conclusie.

69 HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000, 698, m.nt. Maeijer, *JOR* 2000, 238, m.nt. De Witt Wijnen, *Ondernemingsrecht* 2000, 54, m.nt. Lennarts, *TvI* 2001, p. 39, m.nt. Huizink (*Rainbow*).

70 In Rainbow hield De Wit 90% van de aandelen.

In cassatie richt Rainbow zich tegen de toegepaste vereenzelviging, geïnspireerd door de overwegingen van de Hoge Raad in *Roco/De Staat*. Het hof heeft volgens hem ofwel het geldende privaatrechtelijke stelsel betreffende de overgang van in het kader van een onderneming ontstane schulden op een ander dan de schuldenaar miskend, ofwel miskend dat vereenzelviging van twee rechtspersonen slechts onder zeer bijzondere omstandigheden kan worden aangenomen en dat voormelde omstandigheden daartoe niet kunnen volstaan. Dit laatste is het geval als de overwegingen van het hof zo moeten worden begrepen dat de belastingschuld rechtens moet of kan worden aangemerkt als een eigen belastingschuld van Rainbow, omdat Rainbow de door Démarrage geëxploiteerde onderneming heeft voortgezet, De Wit nauw betrokken was bij de overname van de activiteiten van Démarrage door Rainbow en als directeur belang heeft bij de onderneming van Rainbow. Plaatsvervangend P-G Mok toonde zich in zijn conclusie bij *Roco/De Staat* al een voorstander van vereenzelviging en volhardt daarin in zijn conclusie bij *Rainbow*, onder meer door zijn eerdere conclusie te citeren. Aanknopend bij *Krijger/Citco* is het hof wat hem betreft, gelet op voornoemde omstandigheden, van een juiste rechtsopvatting uitgegaan. Zijn conclusie strekt dan ook tot verwerping van het cassatieberoep.

De Hoge Raad volgt A-G Mok daarin niet, maar erkent wel de vereenzelviging als grondslag voor aansprakelijkheid en omschrijft het leerstuk als *het volledig wegdenken van het identiteitsverschil*.[71] Voor zijn beoordeling stelt hij voorop dat het hof terecht tot uitgangspunt heeft genomen, 'dat door degene die (volledige of overheersende) zeggenschap heeft over twee rechtspersonen, misbruik kan worden gemaakt van het identiteitsverschil tussen deze rechtspersonen, en dat hetgeen met zodanig misbruik werd beoogd, in rechte niet behoeft te worden gehonoreerd. Het maken van zodanig misbruik zal in de regel moeten worden aangemerkt als een onrechtmatige daad, die verplicht tot het vergoeden van de schade die door het misbruik aan derden wordt toegebracht. Deze verplichting tot schadevergoeding zal dan niet alleen rusten op de persoon die met gebruikmaking van zijn zeggenschap de betrokken rechtspersonen tot medewerking aan dat onrechtmatig handelen heeft gebracht, doch ook op deze rechtspersonen zelf, omdat het ongeoorloofde oogmerk van degene die hen beheerst rechtens dient te worden aangemerkt als een oogmerk ook van henzelf.'

De laatste twee zinnen zijn een novum ten opzichte van de overwegingen in *Krijger/Citco*.[72] Daarmee geeft de Hoge Raad aan de onrechtmatige daad te beschouwen als de primair aangewezen actie voor dit soort gevallen. Vereenzelviging zou slechts dan gerechtvaardigd zijn wanneer de omstandigheden van het geval zo uitzonderlijk van aard zijn dat het volledig wegdenken van het identiteitsverschil de meest aangewezen vorm van redres is. Enig aanknopingspunt voor het

71 Vgl. Bartman 2000, p. 796; anders: Van der Voort Maarschalk 2000, p. 200.
72 Vgl. De Witt Wijnen in zijn annotatie bij het arrest in *JOR* 2000, 238 (*Rainbow*).

onderscheiden van de noodzakelijke omstandigheden geeft de Hoge Raad niet. Hij vernietigt het arrest van het hof om de enkele reden dat de omvang van de door de Ontvanger geleden schade niet zonder meer gelijk is aan het bedrag van de vordering waarvan het verhaal werd gepoogd te verijdelen. Daarom is vereenzelviging een vorm van redres die te ver gaat.

Nieuw is mijns inziens ook dat de Hoge Raad in casu spreekt over 'degene die (volledige of overheersende) zeggenschap heeft over twee rechtspersonen', terwijl hij in *Krijger/Citco* koos voor de bewoordingen 'twee door dezelfde persoon beheerste rechtspersonen'. De formulering is ruimer dan voorheen. Wellicht mag men hierin lezen dat de Hoge Raad niet alleen doelt op (indirect) bestuurders of aandeelhouders, maar ook andere personen die een feitelijke zeggenschap over de rechtspersonen hebben.[73] De kern wordt immers gevormd door het aspect *zeggenschap* en dat vereist in ieder geval niet zonder meer een uitoefening daarvan door een (indirect) orgaan van de vennootschap. Bovendien lijkt dit te volgen uit de overweging dat de formele hoedanigheid van de handelende persoon niet beslissend is voor de vraag of het onrechtmatig handelen van deze persoon aan de rechtspersoon kan worden toegerekend.[74] Gelet op de hiervoor besproken parlementaire geschiedenis van artikel 2:5 BW valt voor deze ruime opvatting wel iets te zeggen, nu daarbij ook werd gedacht aan derden die, achter de rechtspersoon verscholen, in feite aan de touwtjes trekken. De link met de in het vorige hoofdstuk besproken eigenlijke (mede)beleidsbepaler is dan al snel gelegd.

5.2.2.3 Maple Leaf

Meer recent heeft de Hoge Raad zich opnieuw uitgelaten over de vereenzelviging als grondslag voor aansprakelijkheid. In zijn *Maple Leaf*-arrest onderstreept de Hoge Raad de door hem 16 jaar eerder gekozen, zeer terughoudende opvatting over de toepassing van dit leerstuk.[75] Aanleiding voor het arrest was de vraag of Maple Leaf, een trust-achtige[76] variant van de stichting, die voorkomt in het Caribische deel van ons Koninkrijk, kan worden aangesproken door de voormalige werkgever van de begunstigde van de stichting.[77] Deze persoon – Marwick – was financial controller bij Resorts of the World. In 2005 heeft hij op gunstige voorwaarden een villa gekocht van Monedo, een aan Resorts of the World gelieerde vennootschap. Monedo heeft de villa in datzelfde jaar geleverd aan Maple Leaf, die voor dat doel was opgericht.

73 Bartman is die mening toegedaan, zo blijkt uit Bartman 2001, p. 203.
74 Zie r.o. 3.7.2 waarover ook De Bock in zijn annotatie bij het arrest, *JIN* 2016, 225 (*Maple Leaf*).
75 HR 7 oktober 2016, *NJ* 2017, 124, m.nt. Van Schilfgaarde, *JOR* 2016, 325, m.nt. Katan, *Ondernemingsrecht* 2017, 7, m.nt. Bartman, *JIN* 2016, 225, m.nt. De Bock (*Maple Leaf*).
76 A-G Hartlief beschrijft de aard en achtergrond van deze rechtsvorm in zijn conclusie bij het arrest, nrs. 4.9-4.15.
77 Zie de inleiding van A-G Hartlief in zijn conclusie bij het arrest.

Marwick had daarvoor fiscale motieven, zo blijkt uit het arrest. Marwick is door Resorts of the World in 2011 op staande voet ontslagen wegens fraude. Tot enkele dagen na zijn ontslag was hij bestuurder van Maple Leaf; nadien was dat een zekere Van de Bilt. Resorts of the World probeert de door de fraude van Marwick veroorzaakte schade op Maple Leaf te verhalen en baseert haar vordering onder meer op het leerstuk van vereenzelviging, alsmede een misbruik van identiteitsverschil resulterend in een onrechtmatige daad.[78]

Het hof wijst het beroep op vereenzelviging af, overwegende dat het een te vergaande vorm van redres is. Ook de aansprakelijkheid voor verhaalschade wegens misbruik van identiteitsverschil wordt door het hof verworpen, omdat het daarvoor vereiste oogmerk van benadeling in casu zou ontbreken. In cassatie wordt opgekomen tegen het oordeel van het hof dat vereenzelviging hier een te ver gaande vorm van redres is. Daaraan ligt ten grondslag dat Maple Leaf geen activiteiten ontwikkelt en daardoor derden bij vereenzelviging niet worden geschaad.[79] A-G Hartlief geeft in heldere bewoordingen weer waarom dit argument niet kan slagen. De Hoge Raad heeft 'in het *Rainbow*-arrest vereenzelviging niet afgewezen vanwege belangen van derden die in het geding zouden kunnen zijn, maar vanwege het uit elkaar lopen, of eigenlijk: het niet bij elkaar passen, van het verwijt (verijdelen van verhaal) en de omvang van de vergoedingsplicht (toewijzen van de onderliggende vordering in plaats van vergoeding van de schade als gevolg van het verijdelen van verhaal)'.[80] De Hoge Raad beschouwt de door Resorts of the World aangedragen omstandigheid dat derden in geval van vereenzelviging niet worden geschaad géén bijzondere omstandigheid die vereenzelviging als vorm van redres rechtvaardigt. Dat geldt evenzeer voor de omstandigheid dat de villa de enige verhaalsmogelijkheid voor Resorts of the World vormt. Het oordeel van het hof is volgens de Hoge Raad niet onbegrijpelijk en geeft ook geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.[81]

Met dit laatste heb ik echter moeite. De Hoge Raad stelt zijn principieel afwijzende overweging immers 'in het licht van de in het Rainbow-arrest neergelegde regels'. Eerlijk gezegd kunnen er volgens mij geen (concrete) regels uit het *Rainbow*-arrest worden herleid. De Hoge Raad heeft slechts aangegeven dat vereenzelviging een grondslag kan zijn voor aansprakelijkheid, wat hij onder vereenzelviging verstaat en dat zijn voorkeur duidelijk uitgaat naar het oplossen van dergelijke gevallen met

78 Daarnaast doet zij een beroep op het onrechtmatig profiteren door Maple Leaf van de fraude van Marwick en ongerechtvaardigde verrijking.

79 Ik vermoed dat dit argument is ingegeven door het betoog van Timmerman, die vereenzelviging uit den boze acht wanneer dit bewerkstelligt dat belangen van bepaalde bij de (rechts)persoon betrokkenen, zoals die van crediteuren van de rechtspersoon waartegen een vordering ontstaat als gevolg van vereenzelviging, geschaad worden. Zie Timmerman 2001.

80 Zie zijn conclusie, nr. 4.44.

81 Zie r.o. 3.5.4.

toepassing van de onrechtmatige daad, terwijl voor vereenzelviging alleen dan plaats is als dat de meest aangewezen vorm van redres is. Maar enkel daarop kan het oordeel in *Maple Leaf* toch niet steunen? Tot op heden heeft de Hoge Raad ons niet voorgelicht over welke omstandigheden naar zijn mening tot vereenzelviging nopen en evenmin onder welke bijzondere omstandigheden vereenzelviging dan wel de meest aangewezen vorm van redres zou kunnen zijn.[82] In feite komt het oordeel in *Maple Leaf* er dan volgens mij op neer dat de praktijk mag blijven gissen naar de omstandigheden die een beroep op vereenzelviging kunnen dragen en dat reeds de kans dat de verhaalschade kleiner is dan het bedrag van de vordering op de oorspronkelijke schuldenaar een beroep op vereenzelviging doet stranden. Terecht merkt Bartman in zijn annotatie bij het arrest op dat deze redresvoorwaarde[83] dan een 'toverformule' dreigt te worden, waarmee elk beroep op vereenzelviging op voorhand in de kiem wordt gesmoord.[84]

Niettemin kunnen we samenvattend concluderen dat de Hoge Raad eigenlijk weinig brood ziet in de vereenzelviging als grondslag voor aansprakelijkheid. Of het gebrek aan een wettelijke grondslag daarvoor de beweegreden is, wordt uit de arresten niet geheel duidelijk. De Hoge Raad benadrukt dat het hem erom te doen is steeds de meest aangewezen vorm van redres toe te passen. Dit is ook de opvatting die in de literatuur de voorkeur heeft.[85] Hierin komt een beginsel van proportionaliteit tot uitdrukking.[86] Dat zal in de regel betekenen dat benadeelden een vordering op grond van onrechtmatige daad moeten instellen.[87] Misbruik van identiteitsverschil kwalificeert als zodanig en kan – mits aan de andere voorwaarden van artikel 6:162 BW is voldaan – tot een schadevergoedingsplicht leiden van de degene met volledige of overheersende zeggenschap of de betrokken rechtspersonen. Degene met

82 Vgl. Bartman in zijn noot bij Hof Arnhem-Leeuwarden 28 mei 2019, *JOR* 2019, 157 en Hanegraaf 2019c, p. 286.

83 Hiermee bedoelt Bartman de voorwaarde dat de gelaedeerde niet financieel beter mag worden van zijn beroep op vereenzelviging, hetgeen naar de opvatting van de Hoge Raad het geval is wanneer de vordering op de oorspronkelijke schuldenaar hoger is dan de geleden verhaalschade.

84 Zie zijn annotatie in *Ondernemingsrecht* 2017, 7; zie ook De Witt Wijnen in zijn annotatie bij *Rainbow* in *JOR* 2000, 238 had hier geen vrede mee en vindt dat de Hoge Raad een omweg kiest die nodeloos ingewikkeld is; Dorresteijn 2004, p. 20 sluit zich bij hem aan.

85 Vgl. Timmerman 2001; Lennarts en Huizink in hun annotaties bij *Rainbow* in *Ondernemingsrecht* 2000, 5 resp. *TvI* 2001, p. 39; Langeveld 2002, p. 192-194; Bakker 2017, p. 315-317; Tekstra 2015; genuanceerd is Elbers 2017, p. 131-134 evenals Elbers 2001.

86 Vgl. Timmerman 2016, p. 9.

87 Zie bijvoorbeeld HR 27 februari 2009, *NJ* 2009, 318, m.nt. Van Schilfgaarde (*Stichting Waaldijk/Aerts q.q.*) en Rb. Amsterdam 2 mei 2012, *RO* 2012, 54, bekrachtigd door Hof Amsterdam 11 juni 2012, *JOR* 2013, 235 waarin vereenzelviging niet als zelfstandige grondslag wordt en de vordering wordt toegewezen op grond van onrechtmatige daad (vgl. Bartman e.a. 2016, p. 252, voetnoot 51); meer recent Rb. Amsterdam 19 augustus 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5678; Rb. Zeeland-West-Brabant 24 januari 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:762.

zeggenschap hoeft in dit kader geen formele positie te bekleden binnen de rechtsperso(o)n(en); feitelijke zeggenschap volstaat. Een handreiking wordt verder gedaan in de vorm van een bewijsverlichting. Niet alleen de persoon die met gebruikmaking van zeggenschap de betrokken rechtspersonen tot medewerking aan dat onrechtmatig handelen heeft gebracht, maar ook de rechtspersonen zelf zijn schadeplichtig, omdat het ongeoorloofde oogmerk van degene die hen beheerst rechtens moet worden aangemerkt als een oogmerk ook van de betrokken rechtspersonen zelf.[88] Dat maakt het voor benadeelden aanzienlijk eenvoudiger om niet alleen degene met zeggenschap, maar ook de betrokken rechtspersonen aan te spreken.

5.2.2.4 Openingen in de lagere rechtspraak

Rechters zijn terughoudend met het aannemen van aansprakelijkheid door middel van directe doorbraak.[89] Ik kan mij voorstellen dat de oorzaak daarvan niet slechts is gelegen in de principiële bewoordingen van de Hoge Raad, maar vooral in een gebrek aan meer concrete handvatten voor de toepassing van het leerstuk. Naar welke maatstaven dienen rechters immers een op zichzelf te signaleren misstand te beoordelen als die door de wetgever noch ons hoogste rechtscollege worden aangereikt? Overigens kan ik mij ook niet aan de indruk onttrekken dat in de advocatuur een beroep op directe doorbraak van aansprakelijkheid veelal wordt vermeden. Ik denk dat die keuze deels wordt ingegeven door het onbeminde onbekende, maar toch met name ook door het met de rechterlijke macht gedeelde probleem van de overwegende abstractie van het leerstuk. De voorkeur van de Hoge Raad om vorderingen in dit verband te baseren op onrechtmatige daad, stimuleert de praktijk natuurlijk om dat te doen. Het is dan ook aan te bevelen om deze grondslag in ieder geval in rechte aan te voeren, al dan niet naast vereenzelviging.[90] Bovendien, ik zag het niet veel terug in de bestudeerde rechtspraak, vestig ik nog maar eens de aandacht op voornoemde handreiking van de Hoge Raad. Wellicht slaagt men niet in het beroep op vereenzelviging, maar het beroep op onrechtmatige daad biedt juist kansen ten

88 Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 26 april 2017, *JOR* 2017, 194, m.nt. Bartman.

89 Vgl. Bartman e.a. 2016, p. 251, waarbij wordt verwezen naar legio gevallen waarin een beroep op vereenzelviging strandde; De Bock in zijn annotatie bij *Maple Leaf* in *JIN* 2016, 225; zie recent o.m. Rb. Rotterdam 25 november 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:10090; Rb. Rotterdam 23 december 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:10236; Rb. Amsterdam 28 december 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:9121; Rb. Midden-Nederland 11 januari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:109; Rb. Noord-Holland 29 maart 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:2489; Rb. Overijssel 25 april 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:1976; Hof Amsterdam 11 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2724; Rb. Den Haag 6 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:10792; Rb. Overijssel 11 april 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:1852; Rb. Overijssel 23 mei 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:1843; Hof 's-Hertogenbosch 26 maart 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1151 (*Detacom/KSD*); Rb. Midden-Nederland 10 juli 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:3163; Hof Arnhem-Leeuwarden 28 mei 2019, *JOR* 2019, 157, m.nt. Bartman.

90 Vgl. reeds Maeijer in zijn annotatie bij *Rainbow* in *NJ* 2000, 698 en Pouw 2015, p. 80.

aanzien van zowel de betrokken rechtspersonen als degene(n) met zeggenschap. Een welkome aanvulling op de verhaalsmogelijkheden kan met goed gebruik van de rechtspraak van de Hoge Raad alsnog in het verschiet liggen.

Bestudering van de schaarse rechtspraak waarin een beroep op vereenzelviging wel werd toegewezen laat een diffuus beeld zien.[91] Soms wordt daarin wel een overweging gewijd aan de vraag of vereenzelviging de aangewezen vorm van redres is, maar soms ook niet. Een duidelijke nadruk ligt daarentegen op de bewuste, voorzienbare en daarmee verwijtbare benadeling van schuldeisers. Ten slotte lijkt een beroep op vereenzelviging ook te kunnen slagen wanneer verschillende entiteiten worden ingezet om verwarring te creëren om zo benadeelden op het verkeerde been te zetten. Dit laatste sluit mijns inziens aan bij de gesignaleerde trend dat er een gestage stroom aan rechtspraak is te ontdekken waaruit blijkt dat degene die zijn onderneming voert met behulp van een veelvoud aan verbonden rechtspersonen en handelsnamen – en daardoor verwarring zaait over welke entiteit nu als wederpartij bij een contract heeft te gelden – het risico loopt zelf voor de verplichtingen daaruit te moeten opdraaien.[92] Hieraan ligt een evidente belangenafweging ten grondslag, die (terecht) in het voordeel uitpakt van de benadeelde. Daarmee zijn we weer terug bij de hiervoor genoemde eigenschap van rechtspersoonlijkheid, namelijk risicoverdeling. Samen met de ontwikkeling dat het kapitaalbeschermingsrecht heeft plaatsgemaakt voor een vorm van crediteurenbescherming door middel van sancties die een doorbraak van aansprakelijkheid bewerkstelligen, treedt dan naar het zich laat aanzien een zekere verschuiving op binnen deze risicoverdeling ten nadele van de gebruiker van rechtspersonen. Ondanks dat vereenzelviging nauwelijks voorkomt, blijkt hieruit wel dat er omstandigheden kunnen zijn die de gevolgen van rechtspersoonlijkheid kunnen beperken, zodat deze gevolgen zeker niet als absoluut kunnen en mogen worden beschouwd.

5.2.3 Een alternatief perspectief voor vereenzelviging

Ik denk dat Van Oven gelijk had toen hij opmerkte dat de huidige redactie van artikel 2:5 BW verstarring van de rechtsontwikkeling in de hand zou werken. De rechterlijke macht heeft op het leerstuk van vereenzelviging niet de stempel kunnen drukken, die door de wetgever werd verwacht. Het debat lijkt te zijn gestagneerd bij het preadvies van Roelvink en zijn aanvulling daarop in de Maeijer-bundel, welke werken telkens een belangrijke bron vormden bij de beoordeling van de hiervoor

91 Rb. Zwolle 24 juli 2002, *NJ* 2002, 593; Rb. Rotterdam 9 december 2009, *RO* 2010, 37; Rb. Utrecht 28 maart 2012, *JOR* 2013, 297, m.nt. Van Thiel; Rb. Rotterdam 3 september 2013, *RO* 2013, 81; Rb. Midden-Nederland 22 juni 2016, *JOR* 2016, 267, m.nt. Bartman; Gerecht in eerste aanleg van Curaçao 2 augustus 2017, ECLI:NL:OGEAC:2017:115; Rb. Noord-Nederland 23 januari 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:1114; Rb. Noord-Nederland 7 augustus 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:3210.

92 Zie paragraaf 3.5.1.

besproken gevallen.[93] Ik sluit niet uit dat zijn invloed een factor van betekenis is geweest bij het wijzen van het principiële *Rainbow*-arrest over dit onderwerp; hij was tenslotte één van de raadsheren die het arrest wees.[94] Al in zijn preadvies besloot hij stellig dat terzijdestelling van het voorrecht van beperkte aansprakelijkheid alleen langs een omweg zou kunnen worden bereikt, in het bijzonder door hantering van een ruim onrechtmatigheidsbegrip.[95] Tegelijkertijd was het echter ook Roelvink die schreef dat er behoefte bestaat aan het voorbij gaan aan de afzonderlijke identiteit van de rechtspersoon, wanneer die afzonderlijke identiteit of de regel van exclusieve aansprakelijkheid het bereiken van een billijk resultaat schijnt te verhinderen.[96] Wat men als een billijk resultaat mag beschouwen is mijns inziens evenzeer een rechtspolitieke keuze als de momentopname die wij als 'de maatschappelijke opvatting' plegen aan te duiden. Naar de huidige stand van zaken mogen wij ervan uitgaan dat als billijk kan worden beschouwd dat de schuldeiser die als gevolg van misbruik van identiteitsverschil is benadeeld, de geleden schade kan proberen te verhalen door de betrokken actoren wegens het plegen van een onrechtmatige daad aan te spreken. De gevolgen van rechtspersoonlijkheid staan in deze opvatting op een voetstuk en zijn haast onaantastbaar.

Toegegeven zij dat er sinds de eerste overpeinzingen over het vereenzelvigingsleerstuk het nodige is veranderd op het terrein van aansprakelijkheid in vennootschappelijk verband. Er is sprake geweest van een toenemende stroom van rechtspraak over de indirecte doorbraak van aansprakelijkheid ten aanzien van zowel bestuurders, als aandeelhouders en andere actoren die bij de vennootschap betrokken zijn of zich van een rechtspersoon bedienen. Ook de wetgever heeft niet stilgezeten. Naast de bestrijding van misbruik van vennootschappen door middel van de in het vorige hoofdstuk beschreven wetgeving, kan mijns inziens worden gesteld dat crediteurenbescherming thans in overwegende mate is gelegen in een uitbreiding van aansprakelijkheid. Bovendien sijpelen de belangen van schuldeisers ook steeds meer door in de vennootschapsrechtelijke orde als gevolg van de vage leidraad die het 'vennootschappelijk belang' heet. Aan het begin van dit millennium beschreef Timmerman in navolging van buitenlandse auteurs dat de behoefte aan en de ruimte voor vereenzelviging kleiner wordt, naarmate de wetgever meer mogelijkheden in het leven roept voor doorbraak van aansprakelijkheid en in de rechtspraak de onrechtmatige daad ruimer en flexibeler wordt toegepast. Hij zocht de oorzaak voor de paradox dat er toch nog vraag is naar vereenzelviging in de omstandigheid dat de toepassing

93 Vgl. de conclusies van A-G Franx (*Blok/De Haan*), nrs. 7-8, A-G Asser (*Glorywave*), nrs. 2-4, A-G Vranken (*Krijger/Citco*), nr. 22 en A-G Mok (*Roco/De Staat*), nrs. 4.1.1-4.1.3 en 4.3.1 waarnaar hij verwijs in zijn conclusie bij *Rainbow*; zie ook Maeijer in zijn noten bij *Blok/De Haan*, *Bato's Erf, Roco/De Staat* en *Rainbow*; het gaat om Roelvink 1977 en Roelvink 1988.

94 Vgl. Timmerman 2018, p. 291.

95 Roelvink 1977, p. 174.

96 Roelvink 1977, p. 138; vgl. Hof Arnhem 4 september 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX6589, *RO* 2013, 3.

ervan 'zo handig en ongecompliceerd' is.[97] In het licht van het voorgaande geldt nu nog meer dan toen, dat het enigszins paradoxaal zou zijn om te pleiten vóór vereenzelviging in aansprakelijkheidskwesties. Ik ga toch een voorzichtige poging wagen.

5.2.3.1 Vereenzelviging als evenwicht

Laat ik beginnen met op te merken dat vereenzelviging ook naar mijn mening beperkt moet blijven tot uitzonderingsgevallen, zoals ook voor de indirecte doorbraak van aansprakelijkheid hoge drempels zijn opgeworpen. Welke van beide grondslagen men ook kiest, feit blijft dat er wordt voorbijgegaan aan wettelijke uitgangspunten – de een stelliger geformuleerd dan de ander. De ongecompliceerdheid van vereenzelviging is inderdaad een reden om vóór de toepassing van dit leerstuk te pleiten. Waarom moeilijk doen als het ook makkelijk kan?[98] Wellicht omdat de makkelijkste weg niet altijd de beste is. Dat is volgens mij ook de gedachte die bovenal ten grondslag ligt aan de opvatting dat primair een oplossing moet worden gezocht in de onrechtmatige daad. Dat leerstuk oogt minder willekeurig in de toepassing en werkt zodoende meer secuur.[99] Welke oplossing het beste is, is echter relatief. Men kan zich zelfs de vraag stellen of er wel zoiets bestaat. Ik durf het te betwijfelen. Waar Roelvink gelijk in had, was dat er inderdaad vooral sprake moet zijn van een *billijk* resultaat. En in dat geval kunnen er naar mijn mening meerdere wegen naar Rome leiden, waarvan er niet één de beste hoeft te zijn. Billijk is wat mij betreft de oplossing die voorziet in een evenwichtige balans tussen de belangen van de gebruiker van een rechtspersoon enerzijds en de belangen van schuldeisers anderzijds. Zoals gezegd zorgen de gevolgen van rechtspersoonlijkheid voor een verdeling van risico's. Hoe deze verdeling eruitziet en of daarin wijzigingen optreden wordt bepaald door de maatschappelijke opvatting, terwijl de manier waarop die gewenste verdeling wordt bereikt een (rechts)politieke keuze is.

Hiervoor beschreef ik de beperking van aansprakelijkheid als een maatschappelijk geaccepteerde (gedeeltelijke) verlegging van het ondernemingsrisico, teneinde gezamenlijk de vruchten te plukken van economische welvaart. Over de verdeling van risico's is dus al een keuze gemaakt. Die keuze is gebaseerd op het uitgangspunt dat beperking van aansprakelijkheid het ondernemingsklimaat stimuleert en de investeringsbereidheid doet toenemen. Het is echter maar de vraag of dit uitgangspunt juist is. Rechtseconomische auteurs zijn het met elkaar eens dat de argumenten die beperkte aansprakelijkheid in theorie kunnen rechtvaardigen, voor een besloten vennootschap veel zwakker zijn of zelfs überhaupt niet rechtvaardigen. Jonkers noemt de voordelen van beperkte aansprakelijkheid bij een BV beperkt, terwijl de

97 Timmerman 2001.
98 Vgl. De Witt Wijnen in zijn annotatie bij *Rainbow* in *JOR* 2000, 238.
99 Lennarts 1999, p. 242 heeft het over een 'fileermes' ten opzichte van een 'botte bijl'; Timmerman 2001 spreekt over een 'subtiel spel' in plaats van 'grof geschut'.

nadelen – met name de stimulering van onwenselijk, risicovol gedrag – juist groter zijn. Terecht merkt hij op dat de premisse dat beperkte aansprakelijkheid het ondernemingsklimaat zou stimuleren, moeilijk meetbaar is.[100] Mij is geen (empirisch) onderzoek bekend waaruit deze conclusie naar voren is gekomen. Dat maakt de stimulering van het ondernemingsklimaat tot een ongefundeerd argument voor de beperking van aansprakelijkheid en doet vervolgens de vraag rijzen of het wel rechtvaardig is dat er een risicoverschuiving plaatsvindt naar de schuldeisers. Naar mijn mening klemt die verschuiving te meer omdat schuldeisers in het algemeen veel slechter geïnformeerd zijn over de financiële huishouding en gezondheid van de vennootschap waarmee zij contracteren, terwijl het overgrote merendeel van deze groep niet in staat is om enige vorm van zekerheid te bedingen.

Wordt de beperking van aansprakelijkheid bezien vanuit een historisch perspectief, dan blijkt dat zij niet als een inherente eigenschap van het gebruik van vennootschappen is te beschouwen, maar veeleer afhankelijk is van de doeleinden waarvoor vennootschappen worden gebruikt.[101] Voor bepaalde gevallen lijkt beperking van aansprakelijkheid van investeerders en dus een risicoverschuiving billijk. Denk aan ondernemingen waarvoor veel kapitaal bijeengebracht moet worden door meerdere investeerders of wanneer investeerders weinig of geen grip hebben op hetgeen met het door hen bijeengebrachte kapitaal wordt ondernomen. In andere gevallen komt een (gedeelde) aansprakelijkheid van investeerders juist meer billijk voor. Hierbij kan gedacht worden aan relatief kleine ondernemingen, waarvoor het vereiste kapitaal wel door een of enkele investeerders kan worden gevormd en waarbij deze groep ook een redelijke mate van invloed heeft of kan behouden op de inzet van de investering. Dat laatste doet toch vooral denken aan de BV, zoals die in Nederland het meest wordt toegepast: als (instrumenteel) vehikel voor één of enkele aandeelhouders, die in overwegende mate de vennootschap kunnen controleren. De beperking van aansprakelijkheid is ook voor deze ondernemers een belangrijk motief voor de oprichting van een BV.[102] Wanneer een beperking van aansprakelijkheid voor deze ondernemers vanuit een economisch perspectief niet kan worden gerechtvaardigd, kan wellicht worden geopperd dat het geheel of ten dele opheffen van deze beperking de daaraan verbonden nadelen beter kan compenseren, zodat het ondernemingsrisico evenwichtiger wordt verdeeld over de ondernemer en de schuldeisers. De persoonsverdubbeling[103] die de ondernemer teweeg brengt met het onderbrengen van zijn onderneming in een rechtspersoon, kan ongedaan worden gemaakt door middel van vereenzelviging. Vereenzelviging kan mijns inziens echter ook worden ingezet,

100 Zie Jonkers 2017, p. 95-96 met vele verwijzingen.
101 Vgl. Bainbridge & Todd Henderson 2016, p. 20.
102 Zie Asser/Van Olffen & Rensen 2-IIa 2019/42; Slagter/Assink 2013, p. 465-466; Buijn/Storm 2013, p. 14-15; Van Schilfgaarde 2017, nr. 13; Pitlo/Raaijmakers 2017, p. 181-182; zie ook *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 23 (MvT).
103 Vgl. Timmerman 2016, p. 8.

louter om de effecten van beperkte aansprakelijkheid in besloten verhouding te mitigeren, zonder dat aan alle gevolgen van rechtspersoonlijkheid wordt voorbijgegaan. Wanneer in een individueel geval tot vereenzelviging kan worden geconcludeerd, wordt slechts afbreuk gedaan aan de beperkte aansprakelijkheid ten aanzien van de betrokken schuldeiser. Voor het overige behoudt de rechtspersoon zijn eigenzinnige karakter.[104]

Het gebrek aan een (theoretische) rechtvaardiging voor beperkte aansprakelijkheid en de risicoverschuiving die daarvan het gevolg is, is slechts één reden om over een alternatief toekomstperspectief voor dit leerstuk na te denken. De huidige inrichting van ons vennootschapsrecht, in het bijzonder de regeling voor de besloten vennootschap, vormt evenzeer een reden om meer ruimte te bieden voor vereenzelviging. Daarvoor bestaat mijns inziens aanleiding gelet op de enorme toename van het gebruik van deze rechtsvorm voor het onderbrengen van ondernemingsactiviteiten in uiteenlopende structuren.[105] Deze groeispurt is gemakkelijk te verklaren door de betrekkelijke eenvoud van de oprichting en het gebruik van de BV. Eenpersoonsvennootschappen zijn sinds jaar en dag toegestaan, de kosten zijn laag, er hoeft geen kapitaal te worden ingebracht en enig toezicht van overheidswege ontbreekt. Ook het jaarrekeningenrecht is recent nog gewijzigd in het voordeel van kleine ondernemingen; het door schuldeisers te verkrijgen inzicht, zo daarvan al sprake is, neemt daardoor verder af. Gezien de betrekkelijke eenvoud van de oprichting alsook het gebruik van BV's en bij gebreke van vergelijkbare, alternatieve rechtsvormen die de aansprakelijkheid van de ondernemer beperken, ziet het ernaar uit dat aan deze groei nog geen einde komt. Alles bij elkaar is het een lage prijs voor deelname aan het handelsverkeer onder dekking van beperkte aansprakelijkheid. De aangetrokken economie kan in dat verband eveneens als een zekere katalysator dienen. De vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht is een bewuste keuze van de wetgever geweest. Zij is vooral ingegeven door de wens om de BV haar starre NV-karakter te doen ontnemen en meer ruimte te laten om de inrichting van de vennootschap aan te passen aan de aard van de onderneming en de samenwerkingsrelatie van de aandeelhouders.[106] Dat komt aardig in de buurt van de hiervoor geschetste gevallen waarin naar rechtseconomisch inzicht een beperkte aansprakelijkheid als onbillijk moet worden aangemerkt. Toen vereenzelviging als grondslag voor aansprakelijkheid *de facto* in de ban werd gedaan, had de BV nog haar NV-karakter, was de oprichting een stuk minder eenvoudig – denk aan het minimumkapitaal en de verklaring van geen bezwaar – en was ook de inrichtingsvrijheid en het gebruik van de BV in veel mindere mate instrumenteel of faciliterend vormgegeven.

104 Als ik Timmerman 2016, p. 9 goed lees, is hij dezelfde mening toegedaan.

105 Vgl. Bartman 2016 e.a., p. 245, die opmerkt dat vereenzelviging een methode van rechtsvinding is die inherent is aan het explosief gestegen gebruik van rechtspersonen in het handelsverkeer.

106 Vgl. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 1 (MvT).

Voor een ruimere toepassing van het vereenzelvigingsleerstuk spreekt mijns inziens verder het aanzienlijke en toenemende aandeel van BV's in fraudefaillissementen en in de restschulden na afwikkeling van faillissementen in het algemeen. In 2016 deed het CBS in samenwerking met het WODC onderzoek naar de oorzaken van faillissementen en de omvang van onbetaald gebleven schulden, gebaseerd op faillissementsdossiers uit 2015. Daarbij is geprobeerd het onderzoek zoveel mogelijk te laten aansluiten bij eerdere onderzoeken uit de periode 2004 tot en met 2010. De onderzoekers konden zodoende trends signaleren en ontwikkelingen in de oorzaken van faillissementen en de omvang van de schuldenlast inzichtelijk maken.[107] Ik destilleer enkele resultaten uit het onderzoek.

Schuldeisers hebben vaak het nakijken, zoals blijkt uit het feit dat in 2015 maar liefst 73% van de faillissementen werd opgeheven wegens gebrek aan baten, terwijl deze wijze van beëindiging in ieder geval vanaf 2004 steeds de ruime meerderheid van de afwikkelingswijzen vertegenwoordigt.[108] De totale schuldenlast van bedrijven en instellingen waarvan in 2015 het faillissement werd beëindigd bedroeg 4,9 miljard euro. Daarvan werd inclusief boedelschulden nog geen 10%, slechts 464 miljoen euro, terugbetaald. Vooral preferente[109] en concurrente crediteuren werden hierdoor gedupeerd, namelijk voor een bedrag van 3,5 miljard euro. In 2004 bedroeg de totale onbetaalde schuldenlast nog 1,7 miljard euro, terwijl het aandeel betaalde schuld op de totale schuldenlast nog nooit zo laag was als in 2015.[110] BV's zijn de grootste spelers in dit verband. Van de totale schuldenlast van 4,9 miljard euro moet het overgrote deel – 4,5 miljard euro – worden toegerekend aan deze rechtsvorm. Daarvan is 3,2 miljard euro verschuldigd aan preferente en concurrente crediteuren. BV's hebben een aandeel van 90,6% in de totale schuldenlast en 90,7% in het onbetaald gebleven deel ervan. Vanaf 2004 is de omvang van de door BV's onbetaald gebleven schulden toegenomen met 179%.[111] De onderzoekers bekeken ook in hoeverre er in de onderzochte faillissementen sprake was van strafbare en/of onrechtmatige benadeling van schuldeisers. In 30,1% van de gevallen was daarvan sprake. Verhoudingsgewijs kwam dit het meest voor bij rechtspersonen, in het bijzonder bij BV's. Het percentage faillissementen van bedrijven en instellingen waarbij sprake is van strafbare en of onrechtmatige benadeling van schuldeisers neemt vanaf 2004 gestaag toe; vanaf 2010 zelfs steeds meer. Opvallend is dat in bijna alle (87,8%) beëindigde faillissementen van personenvennootschappen – die juist een aansprakelijkheidsregeling voor maten/vennoten kennen – *geen* sprake was van strafbare of

107 Faillissementen oorzaken en schulden 2015, p. 10, te raadplegen en downloaden via https://www.cbs.nl/nl-nl/achtergrond/2016/50/faillissementen-oorzaken-en-schulden-2015, laatst geraadpleegd op 23 februari 2020.

108 Faillissementen oorzaken en schulden 2015, p. 18-19.

109 Niet zijnde de fiscus of het UWV.

110 Faillissementen oorzaken en schulden 2015, p. 33-35.

111 Faillissementen oorzaken en schulden 2015, p. 40-42.

onrechtmatige benadeling van schuldeisers.[112] Van de onbetaald gebleven schulden viel 35,2% samen met faillissementen waarin sprake was van strafbare of onrechtmatige benadeling.[113] Veruit het grootste deel van de onbetaalde schulden van bedrijven en instellingen die samenvallen met faillissementen waar sprake is van zekere of waarschijnlijke benadeling is te relateren aan BV's, namelijk maar liefst 92,8%. Vanaf 2004 is daarbij een duidelijke stijging zichtbaar, die voornamelijk tot BV's kan worden herleid.[114] Mijns inziens komt uit deze cijfers duidelijk naar voren dat schuldeisers in toenemende mate nadeel ondervinden van het hiervoor benoemde 'verschoven' ondernemingsrisico. Voor een belangrijk deel is dat nadeel tevens het gevolg van *benadeling*, terwijl bovendien zowel het nadeel als de benadeling in overwegende mate aan BV's zijn toe te schrijven.

De gangbare grondslagen voor (doorbraak van) aansprakelijkheid bieden schuldeisers niet steeds soelaas. Verhaalsbenadeling mondt veelal uit in een complete afwezigheid van verhaalsmogelijkheden, althans een dermate gereduceerd actief van de boedel dat zelfs curatoren zich niet aan vereffening willen wagen. Deze 'legeboedelproblematiek'[115] die ter discussie staat, is een schrijnende illustratie van een groter probleem. Vorderingen worden onbetaald gelaten door met het *habe nichts*-verweer te schermen, vennootschappen worden 'licht' gehouden[116] en bestuurders bieden ofwel geen verhaal, ofwel kunnen niet of moeizaam worden aangesproken als gevolg van de in het vorige hoofdstuk besproken hoge drempel van aansprakelijkheid. Ook de aansprakelijkheid van aandeelhouders of andere actoren is beperkt tot uitzonderingsgevallen. Niet voor niets is fraudebestrijding een pijler van de herijking van het faillissementsrecht en spreken sommige auteurs over een maatschappelijk probleem.[117] Vanuit de lege boedels komen wij al snel bij het fenomeen *turboliquidatie*, een ontbinding van de rechtspersoon zonder enige vorm van vereffening, waarvan in

112 In 17,3% was sprake van *zekere* benadeling en in 12,8% van *waarschijnlijke* benadeling. Van *zekere* strafbare en of onrechtmatige benadeling is sprake als de curator aangifte heeft gedaan bij het meldpunt faillissementsfraude of als er een procedure of schikking is geweest in verband met paulianeus handelen (in de zin van art. 42 en 47 Fw), bestuurdersaansprakelijkheid of onrechtmatig handelen. Van *waarschijnlijke* strafbare en of onrechtmatige benadeling is in dit onderzoek sprake als het sterke vermoeden van de curator bestaat van paulianeus handelen, bestuurdersaansprakelijkheid of onrechtmatig handelen, maar geen schikking, succesvolle procedure of aangifte heeft plaatsgevonden; zie Faillissementen oorzaken en schulden 2015, p. 51-53.

113 Bestaande uit 26% aan zekere benadeling en 9,2% aan waarschijnlijke benadeling.

114 Faillissementen oorzaken en schulden 2015, p. 55-56.

115 HR 18 december 2015, *JOR* 2016, 145, m.nt. Jansen (*Hoeksma q.q./R.M. Trade*); HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3269 (*Boersen q.q./Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor het Levensmiddelenbedrijf*); zie ook o.a. Boots 2018, p. 92-94; Renssen 2016a, p. 23-30; Melissen & Mulder 2009; Van Dijck e.a. 2008.

116 Zie bijvoorbeeld Pitlo/Raaijmakers 2017, p. 183.

117 Verrest & Heukels 2017, p. 51; over de pijler fraudebestrijding in het kader van de herijking van het faillissementsrecht, zie Renssen 2017.

de afgelopen jaren in toenemende mate gebruik wordt gemaakt.[118] Heeft de vennootschap geen baten (maar wel schulden), dan blijft vereffening (natuurlijk) achterwege en houdt de vennootschap op het moment van ontbinding op te bestaan. Renssen heeft verschillende malen gewezen op de fraudegevoeligheid van deze wijze van ontbinding: een onderzoek naar het bestuur, de administratie en mogelijk frauduleuze transacties komt niet aan bod, terwijl baten (soms heel eenvoudig) kunnen worden weggesluisd naar andere entiteiten. Zodra de vennootschap is ontdaan van baten, kan zij van het toneel verdwijnen met achterlating van haar schuldeisers. Het aanspreken van bestuurders en aandeelhouders via de gangbare weg is dan lang niet altijd een oplossing.[119]

De hiervoor geschetste achtergrond doet mijns inziens de bezwaren tegen toepassing van vereenzelviging als grondslag voor aansprakelijkheid afnemen. Schuldeisers mogen best in hun bewijslast worden tegemoetgekomen als gangbare middelen niet of niet efficiënt werken. De essentie is dat een schuldenaar met zijn gehele vermogen instaat voor zijn schulden; het voorrecht van beperkte aansprakelijkheid zou er niet toe mogen leiden dat een schuldenaar al te gemakkelijk aan die verplichting kan ontkomen. Dat past niet bij de typering als *voorrecht* en kan ook niet de uitkomst zijn van de belangenafweging die aan de toekenning van dit recht is voorafgegaan. De meest aangewezen vorm van redres kan niet steeds zijn dat schuldeisers, zeker wanneer zij een relatief lage vordering hebben, oeverloos aan het procederen moeten slaan om te worden voldaan. Het maatschappelijk belang is niet alleen gediend met een stimulering van het ondernemingsklimaat door middel van beperkte aansprakelijkheid, maar ook met de nakoming van verplichtingen tegen zo laag mogelijke kosten. Vereenzelviging kan naar mijn mening bijdragen aan een evenwichtige behartiging van het maatschappelijk belang in dit verband, alsook de belangen van schuldeisers.

5.2.3.2 Gezichtspunten voor vereenzelviging

Ik vertrouw erop dat rechters, mits daartoe de ruimte geboden, een duidelijke richting kunnen geven aan de wijze waarop vereenzelviging in gevallen van aansprakelijkheid zal worden toegepast en de maatstaven die daarbij moeten worden gehanteerd. Gezien de huidige stand van de rechtspraak vereist dat wel enig lef van zowel

118 Op 18 augustus 2018 kopte De Telegraaf 'Schrikbarende groei van turboliquidaties', zie https://www.telegraaf.nl/financieel/2450965/schrikbarende-groei-van-turboliquidaties, laatst geraadpleegd op 23 februari 2020; zie over turboliquidatie o.a. Renssen 2016b; Nethe 2017, p. 40-44; Karapetian & Lennarts 2016, p. 205-208; Blommaert 2016, p. 220-223; Koster 2016, p. 309-310.

119 Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 12 juli 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:5680; Rb. Rotterdam 18 mei 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:3879; Rb. Zeeland-West-Brabant 1 augustus 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:4728; zie verder ook Renssen 2016, paragraaf 9.4.2; zie voor gevallen waarin aansprakelijkheid recentelijk werd aangenomen Hof Arnhem-Leeuwarden 14 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:1017; Hof Den Haag 8 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1013; Rb. Rotterdam 25 september 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:7743.

de rechterlijke macht als de advocatuur. Ook de aansprakelijkheid van bestuurders, aandeelhouders en andere actoren op grond van artikel 6:162 BW heeft een tijd van ontwikkeling moeten doormaken. Ik probeer hierna enkele gezichtspunten te onderscheiden om het vereenzelvigingsleerstuk meer inhoud te geven. Daartoe borduur ik voort op de parlementaire geschiedenis van artikel 2:5 BW en ontleen ik inzichten aan literatuur en rechtspraak over toerekening.

5.2.3.2.1 Misbruik van recht, wetsontduiking en schijnhandeling

Hiervoor wees ik er al op dat het betrekkelijke karakter van de gevolgen van rechtspersoonlijkheid zijn oorsprong vindt in artikel 2:5 BW. Aan de tenzij-clausule in de huidige bepaling is tijdens de invoering weliswaar meer betekenis toegekend dan aanvankelijk beoogd, maar dat laat onverlet dat destijds wel degelijk is nagedacht over de verstrekkende gevolgen van rechtspersoonlijkheid en de reële mogelijkheid dat onbetamelijke lieden daarvan misbruik zouden kunnen maken.[120] De bepaling brengt dan ook tot uitdrukking dat er (vage) grenzen worden gesteld aan de gevolgen die de wet aan rechtspersoonlijkheid verbindt. In dit verband kwamen tijdens de parlementaire behandeling drie zaken aan de orde die artikel 2:5 BW niet in bescherming neemt, namelijk misbruik van recht, wetsontduiking en schijnhandelingen.[121] Deze begrippen dienen in de juiste context te worden geplaatst. Die context wordt gegeven door het geschetste parlementaire debat. Met het in de mond nemen van deze begrippen heeft men de situatie op het oog gehad waarin *door middel van rechtspersoonlijkheid* of *door het gebruikmaken van rechtspersonen* misbruik van recht wordt gemaakt, respectievelijk de wet wordt ontdoken of schijnhandelingen worden verricht.

Misbruik van *recht* is een begrip dat ons positieve recht vreemd is. Artikel 3:13 BW spreekt over misbruik van *bevoegdheid*. Volgens Roelvink kan de bepaling door deze focus op een bevoegdheid geen oplossing bieden tegen misbruik van het voorrecht van beperkte aansprakelijkheid. Wanneer een aandeelhouder wordt geconfronteerd met een vordering van een vennootschapscrediteur, geldt het beroep op dit voorrecht zijns inziens als een verweer en oefent de aandeelhouder dus geen bevoegdheid of subjectief recht uit.[122] Ik meen echter dat Stein het bij het juiste eind heeft waar hij schrijft dat de hiervoor besproken arresten over misbruik van rechtspersoonlijkheid in zoverre aansluiten bij artikel 3:13 BW 'dat er sprake is van gebruik van de mogelijkheden die de rechtspersoonlijkheid biedt, met een ander doel dan waarvoor die rechtspersoonlijkheid is verleend – zelfs: om een ander te schaden – met als gevolg dat dit gebruik niet dient te worden gehonoreerd. Misbruik stelt hier dus een grens aan de bevoegdheden, in dit geval de bevoegdheden die de

120 Volgens Roelvink 1977, p. 148 werd de betekenis van de bepaling aldus ten onrechte opgerekt.
121 Van Zeben & Du Pon 1977, p. 1068-1070.
122 Vgl. Roelvink 1977, p. 157 onder verwijzing naar Van Oven 1972, p. 127.

rechtspersoonlijkheid met zich meebrengt'.[123] Dit sluit aan bij de zojuist beschreven context waarin over misbruik van recht werd gedacht bij de invoering van artikel 2:5 BW. Rechtspersoonlijkheid als zodanig brengt evenwel op zichzelf geen bevoegdheid met zich mee. In dit verband kan beter worden gesproken van de gevolgen die daaruit voortvloeien of daaraan zijn verbonden. En dan zijn we weer terug bij de niet-aansprakelijkheid van bestuurders en de beperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders. Rechtspersoonlijkheid en de daaraan verbonden gevolgen brengen naar mijn inzicht voor natuurlijke personen de mogelijkheid met zich om anders dan met het eigen (privé)vermogen deel te nemen aan het rechtsverkeer. Die mogelijkheid strekt tot stimulering van het ondernemingsklimaat en beoogt een maatschappelijk aanvaardbare risicoverdeling in het leven te roepen. Deze gedachte sluit aan bij de instrumentele visie op de vennootschap, namelijk dat de vennootschap een instrument is voor de realisatie van *legitieme* belangen van de aandeelhouders.[124] Wat vervolgens onder misbruik in de zin van artikel 3:13 BW moet worden verstaan is mede overgelaten aan de rechter. In ieder geval kwalificeren de in lid 2 bedoelde gevallen als zodanig.[125] De bepaling beoogt uiting te geven aan het besef dat een rechthebbende ook bij de uitoefening van zijn burgerrechtelijke bevoegdheden het belang van zijn naasten en van de maatschappij niet geheel uit het oog mag verliezen, aldus Meijers. Of sprake is van misbruik, is mede afhankelijk van de belangen die door de handelingen worden benadeeld. Het handelen moet in hoge mate onbillijk zijn; geen weldenkend mens zou in redelijkheid tot de uitoefening van de betreffende bevoegdheid zijn gekomen.[126] Uit het tweede lid volgt dat ook sprake is van misbruik van bevoegdheid wanneer men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, in redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen. Daarbij is van belang dat degene die de bevoegdheid uitoefent de genoemde onevenredigheid kent of behoort te kennen.[127] Het leerstuk geeft geen concrete invulling aan de toepassing van vereenzelviging in aansprakelijkheidskwesties. Wel volgt uit de daaraan ten grondslag liggende gedachte dát aan de gevolgen van rechtspersoonlijkheid grenzen kunnen worden gesteld.[128] Het gebruik van rechtspersoonlijkheid met geen ander doel dan een ander te schaden, ik denk aan het oogmerk om schuldeisers te benadelen,

123 Stein, *GS Vermogensrecht*, artikel 3:13 BW, aant. 18.

124 Vgl. over de instrumentele visie Blanco Fernández 2009 en 2018; Van Schilfgaarde 2017, nr. 2.

125 Reehuis & Slob 1990, p. 1048-1049.

126 Toelichting Meijers, eerste gedeelte (Boek 1-4) 1954, p. 31; de redactie van de bepaling zoals Meijers die heeft geformuleerd is aanzienlijk veranderd, maar de strekking daarvan is hetzelfde, vgl. Reehuis & Slob 1990, p. 1048.

127 Zie HR 21 mei 1999, *NJ* 1999, 507 (*Kerkhof en Wekking/Spoelstra*).

128 Zie ook Slagter/Assink 2013, p. 2290, die van mening is dat vereenzelviging bij aandeelhoudersaansprakelijkheid nuttig kan zijn, ook al is het niet de meest aangewezen vorm van redres, bijvoorbeeld wanneer sprake is van evident en opzettelijk misbruik van het identiteitsverschil tussen twee of meer rechtspersonen dat voorzienbaar leidt tot benadeling van een of meer derden, maar niet alle elementen van een eigen onrechtmatige daad voldoende aantoonbaar zijn.

hoeft niet te worden getolereerd. Dat volgt evenzeer uit de belangenafweging die artikel 3:13 BW voorschrijft. Wanneer het belang van degene die zich van de rechtspersoon bedient (nagenoeg) uitsluitend is gelegen in de benadeling van een of meer schuldeisers, het ten detrimente van hen afschermen of vermengen van vermogens, dan behoeft dat belang niet te worden gerespecteerd en zou het belang van de benadeelde(n) moeten prevaleren.

Van *wetsontduiking* is kort gezegd sprake wanneer men poogt toepassing van de wet te verijdelen of te frustreren.[129] Dit begrip zien we met name terug in het belastingrecht[130] en het internationaal privaatrecht.[131] Ook een overeenkomst kan gericht zijn op ontduiking van de wet en moet worden onderscheiden van de verboden overeenkomst. De geoorloofdheid wordt beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval en getoetst aan artikel 3:40 lid 1 BW.[132] Een overeenkomst waarmee de wet wordt ontdoken is in beginsel ongeoorloofd wanneer partijen hebben gehandeld met het oogmerk een resultaat te bereiken dat strijdig is met de strekking van de wetsbepaling.[133] Okma beschreef wetsontduiking als een verruiming van een wetsbepaling in tegenstelling tot misbruik van recht, waarbij een toegekende bevoegdheid juist wordt beperkt. Wetsontduiking impliceert zijns inziens echter ook dat het ontkomen aan de ene regeling, een beroep ter rechtvaardiging daarvan op een andere regeling behelst.[134] Rechtspersoonlijkheid kan in zekere zin worden beschouwd als een geoorloofd middel tot wetsontduiking. De aan rechtspersoonlijkheid verbonden gevolgen stellen de natuurlijk persoon immers in staat om deel te nemen aan het rechtsverkeer, terwijl die deelname – en in beginsel alle gevolgen daarvan – niet als een deelname van die natuurlijk persoon zelf wordt beschouwd. Maar wanneer is een dergelijk gebruik *on*geoorloofd? Wij weten dat een doelbewuste benadeling van schuldeisers als zodanig is aan te merken.[135] Ook het misbruik van identiteitsverschil heeft een ongeoorloofd karakter en kwalificeert als een onrechtmatige daad wanneer iemand een goed waarvan hij alle voordelen geniet met gebruikmaking van dat identiteitsverschil buiten zijn vermogen brengt of houdt zonder daarmee een zelfstandig belang van de betrokken rechtspersoon of -personen te dienen, maar enkel met het oogmerk dat goed aan verhaal van zijn crediteuren te onttrekken.[136] Elbers heeft vereenzelviging bij de doorbraak van aansprakelijkheid aangeduid als

129 Vgl. Kakebeeke-Van der Put 1961, p. 9.
130 Waar ook de term *fraus legis* wordt gebezigd; zie hierover bijvoorbeeld Chin-Oldenziel & Belkaid-Koubia 2013.
131 Zie Asser/Vonken 10-I 2018/473 e.v.
132 Asser/Sieburgh 6-III 2018/328.
133 Asser/Sieburgh 6-III 2018/329.
134 Okma 1945, p. 175-176.
135 Vgl. artikel 3:45 BW en 42 en 47 Fw.
136 HR 27 februari 2009, *NJ* 2009, 318, m.nt. Van Schilfgaarde (*Stichting X/Aerts q.q.*); HR 7 oktober 2016, *NJ* 2017, 124, m.nt. Van Schilfgaarde (*Maple Leaf*).

een middel tegen wetsontduiking.[137] In het kader van voornoemde schuldeisersbenadeling gaat het dan erom dat de rechter met het oog op doel en strekking van artikel 3:276 BW goederen en/of verplichtingen van het ene rechtssubject toerekent aan het andere rechtssubject; dat vereist een uitleg van de norm. Interessant is hierbij de overweging van het Hof Arnhem[138] over vereenzelviging: *'(...) Het gaat daarmee om uitleg van de desbetreffende wettelijke bepaling; verdraagt het doel zich met vereenzelviging en zo ja, is het algemeen beginsel dat een rechtspersoon een afzonderlijk rechtssubject is zo dwingend dat een op zichzelf met het doel van de bepaling strokende vereenzelviging achterwege moet blijven, ook ingeval het tot een onbillijk resultaat zou leiden? (...)'*. Ook het leerstuk over wetsontduiking biedt geen concrete maatstaven voor de toepassing van vereenzelviging in aansprakelijkheidskwesties. Als leerstuk is zij moeilijk te onderscheiden van misbruik van recht en de hierna te bespreken schijnhandeling.[139] De idee dat de vraag of vereenzelviging kan worden toegepast (mede) afhankelijk is van de aard en strekking van in het geding zijnde wetsbepalingen, spreekt mij echter aan. Het komt mij voor dat het doel van artikel 3:276 BW in geval van verhaalsbenadeling zich juist leent voor toepassing van vereenzelviging. De bepaling geeft immers mede uitdrukking aan het algemene rechtsbeginsel *pacta sunt servanda*. Schuldenaren moeten hun verplichtingen nakomen, kunnen daartoe desnoods worden veroordeeld (3:296 BW) en staan met hun gehele vermogen in voor de nakoming van die verplichtingen.[140] Rechtspersoonlijkheid behoeft aan dat beginsel niet in de weg te staan als het doel en de strekking van deze bepaling daarmee worden verijdeld.[141] De omstandigheid dat het lastig blijkt te zijn om een duidelijk onderscheid te maken tussen geoorloofd en ongeoorloofd gebruik van rechtspersoonlijkheid evenmin.[142]

Ten slotte de *schijnhandeling*, ook wel *simulatie*.[143] Daarvan is sprake wanneer iemand bewust een handeling stelt die niet overeenstemt met de werkelijkheid, althans iets wordt voorgewend. Hartkamp en Sieburgh bespreken dit begrip binnen het beperkte kader van de simulatie van *rechts*handelingen en bij de totstandkoming van overeenkomsten.[144] Zij constateren dat schijnovereenkomsten vaak worden

137 Elbers 2014, p. 412-413 onder verwijzing naar Nillesen 1986, p. 1283.

138 Hof Arnhem 4 september 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX6589, *RO* 2013, 3; ook aangehaald door Elbers 2014, p. 409-410.

139 Vgl. Kakebeeke-Van der Put 1961, p. 93 e.v.

140 Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/4.

141 Vgl. Okma 1945, p. 176-177 die stelt dat de wetsontduiker in strijd handelt met het doel (de strekking) van het voorschrift dat hij wil ontduiken en de nadruk legt niet op de bepaling waarop de handelwijze berust (i.e. artikel 2:5 BW), maar op de bepaling waaraan men probeert te ontkomen; vgl. ook de definitie van Kakebeeke-Van der Put 1961, p. 136.

142 Vgl. Kortmann in zijn annotatie bij HR 27 februari 2009, *JOR* 2009, 104 (*Stichting Waaldijk/Aerts q.q.*).

143 Zie reeds Veth 1921; Asser/Sieburgh 6-III 2018/148; uitgebreid over de schijnhandeling en vereenzelviging Elbers 2014, p. 329 e.v.

144 Asser/Sieburgh 6-III 2018/153.

gesloten om goederen aan de macht van crediteuren te onttrekken en met andere, eveneens minder oorbare bedoelingen.[145] Het begrip kan echter ook een meer algemene strekking hebben. In ruime zin, alle gevallen waarin een valse schijn wordt gewekt; in enge zin, indien de schijn van wil wordt gewekt, die in waarheid niet bestaat.[146] Verder kunnen worden onderscheiden de *absolute* simulatie, waarbij partijen de uiterlijke schijn van een overeenkomst doen ontstaan, maar in werkelijkheid geen wijziging in hun toestand willen aanbrengen, en de *relatieve* simulatie, waarbij achter de in schijn gewilde overeenkomst, een andere overeenkomst verborgen ligt.[147] De eerste acht Veth steeds ongeoorloofd, de laatste kan zowel geoorloofd als ongeoorloofd zijn.[148] Nu ben ik niet zozeer geïnteresseerd in de theoretische overpeinzingen over deze figuur, maar juist in de conclusies die derden in een dergelijk geval mogen trekken. In gevallen waarin vereenzelviging aan de orde is, gaat het veelal om vermogensonttrekking of -afscherming door middel van rechtspersonen die – al dan niet feitelijk – door één (rechts)persoon worden beheerst. Dan wordt bewerkstelligd dat vermogensbestanddelen van de ene – bijvoorbeeld in financieel zwaar weer verkerende – rechtspersoon worden overgeheveld naar of geplaatst bij een andere rechtspersoon om zo doelbewust verhaal te verijdelen.[149] Ik denk echter ook aan gevallen waarbij dan weer de ene en dan weer de andere vennootschap aan een schuldeiser wordt gepresenteerd, zodat onduidelijk is welke vennootschap als (contracts)partij moet worden aangesproken. Beide situaties hebben met elkaar gemeen dat de betrokken rechtspersonen *naar de uiterlijke schijn* niet of nauwelijks van elkaar zijn te onderscheiden, maar juridisch steeds als afzonderlijke entiteiten moeten worden beschouwd. Dat geldt in mindere mate ook voor gevallen van vermogensvermenging, waardoor niet meer is vast te stellen tot welke afzonderlijke rechtspersoon bepaalde vermogensbestanddelen behoren en vermogensverschuivingen niet of nauwelijks meer kunnen worden onderscheiden.[150] In geval van een schijnhandeling kunnen derden volgens het algemene vermogensrecht onder omstandigheden ofwel een beroep doen op de gesimuleerde overeenkomst – de schijnbare situatie – afgaand op de toerekenbare schijn, ofwel de gedissimileerde overeenkomst – de werkelijke situatie – omdat voor hen het wezen niet voor de schijn hoeft te

145 Asser/Sieburgh 6-III 2018/156.
146 Veth 1921, p. 4-5.
147 Veth 1921, p. 8-9; Asser/Sieburgh 6-III 2018/154.
148 Veth 1921, p. 9.
149 Elbers 2014, p. 29 noemt als kenmerk van benadeling in gevallen van misbruik van identiteitsverschil het *oogmerk* van benadeling: 'De beheersende persoon maakt in dergelijke gevallen gebruik van het identiteitsverschil om *doelbewust* [curs. JN] een of meer crediteuren te benadelen.'
150 Volgens o.m. Lennarts 1999, p. 243 is voor vereenzelviging uitsluitend plaats wanneer de vermogens van twee of meer vennootschappen onontwarbaar zijn vermengd; zie over vermogensvermenging ook Houwen e.a. 1993, p. 888-889; Elbers 2014, p. 136-151.

wijken.[151] Ingevolge artikel 3:36 BW[152] mogen derden afgaan op de *uiterlijke schijn*.[153] Aan deze bepaling ligt ten grondslag dat degene jegens wie een bepaalde schijn is opgewekt, de bevoegdheid heeft zich op die schijn te beroepen jegens hem die deze schijn heeft opgewekt, althans aan wie de schijn kan worden toegerekend, ongeacht of aan deze persoon daarvan een verwijt kan worden gemaakt.[154] Die gedachte zou getransponeerd kunnen worden naar het vennootschapsrecht voor betreft de vereenzelviging. Schijnhandelingen, waartoe mijns inziens ook 'doorstartoperaties' à la *Rainbow* mogen worden gerekend, zijn voor schuldeisers niet of nauwelijks inzichtelijk. Dat geldt, zeker buiten faillissement, tevens voor de administratie en de vennootschapsrechtelijke besluitvorming. Ook een feitelijke liquidatie van de vennootschap, teneinde bijvoorbeeld een turboliquidatie te bewerkstelligen, is voor buitenstaanders niet kenbaar.[155] Schuldeisers worden onder deze omstandigheden al snel voor een voldongen feit geplaatst: de vennootschap biedt geen verhaal meer of bestaat zelfs niet meer. In zo'n gevallen acht ik een tegemoetkoming van schuldeisers terecht indien zij redelijkerwijs gerechtvaardigd hebben vertrouwd op de uiterlijke schijn, zoals die is gewekt door de betrokken rechtspersonen en/of degene die deze rechtsperso(o)n(en) beheerst. De aangesproken partijen kunnen ofwel aannemelijk maken dat hun handelen geoorloofd was, ofwel zij zijn daartoe niet in staat en dan komt ook het ongeoorloofde karakter van hun handelen aan het licht.[156] In rechte zou dan moeten worden aangesloten bij de economische werkelijkheid, zonder dat schuldeisers daarvoor zijn aangewezen op de onrechtmatige daad.[157]

151 Asser/Sieburgh 6-III 2018/156.

152 De bepaling luidt: 'Tegen hem die als derde op grond van een verklaring of gedraging, overeenkomstig de zin die hij daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht toekennen, het ontstaan, bestaan of tenietgaan van een bepaalde rechtsbetrekking heeft aangenomen en in redelijk vertrouwen op de juistheid van die veronderstelling heeft gehandeld, kan door degene om wiens verklaring of gedraging het gaat, met betrekking tot deze handeling op de onjuistheid van die veronderstelling geen beroep worden gedaan.'

153 Asser/Sieburgh 6-III 2018/156.

154 Asser/Sieburgh 6-III 2018/158; voor de partijen bij de rechtshandeling volgt dit uit artikel 3:35 BW.

155 In geval van een formele vereffening dient de rechtspersoon daarentegen in stukken en aankondigingen die van hem uitgaan de woorden 'in liquidatie' aan zijn naam toe te voegen, zie artikel 19 lid 5 BW.

156 Vgl. Rb. Amsterdam 7 januari 1999, *JOR* 1999, 56 waarover kritisch Huiskes in zijn annotatie bij *JOR* 1999, 57; Hof Amsterdam 27 mei 1999, *JRV* 2001, 10 waarin de bestuurs- en aandelenoverdracht als een schijnhandeling werden beschouwd; in Rb. Dordrecht 28 april 2004, ECLI:NL:RBDOR:2004:AO8586 werden gedaagden in de gelegenheid gesteld om tegenbewijs te leveren tegen de stelling dat een stichting was opgericht met het doel om verhaal door eiseres ten laste van gedaagde te frustreren; in Rb. Noord-Nederland 7 augustus 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:3210 wisten de vereenzelvigde partijen niet met een plausibele verklaring te komen voor het opheffen van de ene rechtspersoon om diens activiteiten kort daarna voort te zetten in een nadien opgerichte rechtspersoon; in Rb. Zeeland-West-Brabant 7 mei 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:4515 konden gedaagden aannemelijk maken dat de gerealiseerde doorstart geoorloofd was en concludeerde de rechtbank dat er geen sprake was van een schijnhandeling.

157 Vgl. Dorresteijn 2004, p. 20-21; Bartman e.a. 2016, p. 253-254.

5.2.3.2.2 Toerekening

Hiervoor stelde ik aan de orde dat uiterlijke schijn onder omstandigheden aan de betrokken rechtspersoon en degene die deze beheerst kan worden toegerekend. Wanneer vereenzelviging wordt toegepast in geval van aansprakelijkheid, is toerekening een essentieel begrip. Een verbintenis wordt rechtstreeks aan een (rechts) persoon toegerekend waar deze strikt juridisch op een ander rust. Met betrekking tot de rechtspersoon spelen vragen omtrent toerekening vooral in het kader van zijn vertegenwoordiging. Met name gaat het om de vraag of een handelen of nalaten rechtens geldt als dat van de rechtspersoon. In geval van vertegenwoordiging is strikt genomen de vraag aan de orde of en in hoeverre de rechtshandeling van een rechtssubject moet worden toegerekend aan een ander rechtssubject. Bij de toerekening van een handelen of nalaten is dat eveneens het geval, zij het dat het dan vaak niet gaat om een contractuele maar juist om buitencontractuele aansprakelijkheid. In de kern staan deze onderwerpen daarom naar mijn mening niet ver af van het aan de orde zijnde vereenzelvigingsvraagstuk. Zij kunnen dan ook nuttige inzichten bieden over de vraag wanneer toerekening – en in het verlengde daarvan vereenzelviging – gerechtvaardigd is.

Te beginnen bij de toerekening van handelen en nalaten aan de rechtspersoon in het algemeen. Al sinds het *Kleuterschool Babbel*-arrest geldt als criterium dat een gedraging (een handelen of nalaten) aan de rechtspersoon kan worden toegerekend, wanneer deze in het maatschappelijke verkeer heeft te gelden als een gedraging van de rechtspersoon.[158] De omstandigheden van het geval zijn daarbij bepalend. Volgens Langemeijer staat in deze leer de gedachte van eenheid van onderneming of organisatie centraal. Die gedachte houdt zijns inziens in dat degenen die zich in het maatschappelijke verkeer als een eenheid presenteren, hebben in te staan voor de daardoor bij anderen gewekte verwachtingen.[159] In een tijd waarin (ook mini-) concerns een alledaags verschijnsel zijn, zal een schuldeiser zijn wederpartij al snel als een eenheid beschouwen, ook al doet hij zaken met één afzonderlijke entiteit. Dat geldt te meer wanneer de afzonderlijke entiteiten dezelfde bestuurder(s) hebben, in het bijzonder wanneer ook alle aandelen in één hand zijn. Men zij erop bedacht dat deze vorm van toerekening zich niet slechts voordoet in de relatie tussen natuurlijk personen en rechtspersonen. Voor het over en weer toerekenen van handelen is volgens Kroeze ook plaats tussen rechtspersonen. Met name wijst hij op het geval dat een rechtspersoon een andere rechtspersoon als bestuurder heeft, die op

158 HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34 (*Kleuterschool Babbel*); Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/81; vgl. ook HR 25 juni 1999, *NJ* 2000, 33, m.nt. Stein (*Bolckmans/Van den Broek*), waarin de misdraging van de bestuurder van de rechtspersoon een wanprestatie opleverde.

159 A-G Langemeijer in zijn conclusie bij HR 11 november 2005, *NJ* 2007, 231 (*Voorsluijs*), nr. 2.9 waarover Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/93.

zijn beurt een natuurlijk persoon als aandeelhouder heeft.[160] Uit het *Rainbow*-arrest blijkt evenzeer dat de Hoge Raad tot op zekere hoogte oog heeft voor een onderlinge toerekening tussen de rechtspersonen en de (rechts)persoon die deze (feitelijk) beheerst.[161] Het ongeoorloofde oogmerk van de 'beheerser' wordt toegerekend aan de betrokken rechtspersonen, zodat ook zij schadeplichtig zijn. Deze regel werd door de Hoge Raad geïntroduceerd zonder enige toelichting en in afwezigheid van een concrete grondslag. In feite worden beheerser en betrokken rechtspersonen hier tóch grotendeels met elkaar vereenzelvigd als gevolg van toerekening.[162] Op zichzelf is dat ook niet vreemd, wanneer men bedenkt dat de Hoge Raad de in *Kleuterschool Babbel* geformuleerde maatstaf beschouwt als een oplossing voor het probleem dat een juridische constructie als een rechtspersoon slechts door natuurlijke personen aan het maatschappelijk verkeer kan deelnemen. De Hoge Raad acht toerekening van onrechtmatige gedragingen[163] aan de rechtspersoon mede gerechtvaardigd, omdat 'de in feite handelende persoon en de rechtspersoon aan wie dat handelen wordt toegerekend, *vanuit het perspectief van de benadeelde* [cursivering JN] tot op zekere hoogte met elkaar zijn te vereenzelvigen.'[164] Ten slotte beperkt toerekening van kennis aan de rechtspersoon zich niet tot de kennis van (leden van)[165] zijn organen; ook de kennis van anderen, waaronder degene met een overheersende of volledige zeggenschap, behoort aan de rechtspersoon te worden toegerekend.[166] In geval van

160 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/85.

161 HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000, 698, m.nt. Maeijer (*Rainbow*), r.o. 3.5; zie over de toerekening van kennis aan rechtspersonen Katan 2017 en de vraag of kennis van het bestuur ook steeds kennis van de rechtspersoon impliceert Katan 2018.

162 Vgl. Maeijer in zijn annotatie bij *Rainbow* in *NJ* 2000, 698, nr. 3 die deze regel een aanscherping van het in *Kleuterschool Babbel* ontwikkelde criterium noemt en het onjuist acht om van een volledige vereenzelviging te spreken, hetgeen impliceert dat hij wel een gedeeltelijke vereenzelviging in het arrest herkent.

163 Volgens Tjittes 2001, p. 30 en 33-34 vindt toerekening van wetenschap van een functionaris aan een organisatie in geval van vereenzelviging alleen onder bijzondere omstandigheden plaats, terwijl in geval van een indirecte doorbraak wegens onrechtmatige daad in de regel toerekening plaatsvindt. Dat standpunt onderbouwt Tjittes echter niet, terwijl de omstandigheid dat vereenzelviging volgens de Hoge Raad in uitzonderingsgevallen moet worden toegepast niet zonder meer rechtvaardigt dat een dergelijk vereiste ook geldt voor de toerekening van kennis. Mijns inziens maakt hij ten onrechte uitsluitend op basis van de gekozen grondslag voor buitencontractuele aansprakelijkheid een onderscheid in (de mate van) toerekening.

164 HR 11 november 2005, *NJ* 2007, 231 (*Voorsluijs*), r.o. 3.6; Katan 2017, nr. 69 geeft (terecht) aan dat de Hoge Raad de begrippen 'toerekening' en 'vereenzelviging' door elkaar gebruikt, maar dat deze moeten worden onderscheiden. In de door mij aangehaalde context vallen de begrippen mijns inziens deels samen, omdat de toerekening het gevolg is van de omstandigheid dat de benadeelde zijn wederpartij met de rechtspersoon kon en mocht vereenzelvigen; zie verder met verwijzingen ook Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/86.

165 Zie over de toerekening van kennis van een penningmeester aan een stichting HR 29 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:467.

166 Zie r.o. 3.7.2 van het aangehaalde *Maple Leaf*-arrest; mijns inziens leidt Katan 2017, nr. 259 hieruit ten onrechte af dat ook de kennis van een (mede)beleidsbepaler steeds aan de rechtspersoon moet

toerekening van handelen en kennis aan de rechtspersoon wordt voor de juridische werkelijkheid dus veelal juist wel aansluiting gezocht bij de economische werkelijkheid, in die zin dat de uiterlijk schijn met zich kan brengen dat een gedeeltelijke vereenzelviging van de in juridische zin afzonderlijke entiteiten wordt geaccepteerd.

Dan de toerekening in geval van vertegenwoordiging. In de regel wordt de rechtspersoon vertegenwoordigd door het bestuur; in geval van een BV zijn de bestuurders ook ieder zelfstandig bevoegd, tenzij de statuten anders bepalen. Zoals ik eerder al uiteenzette, kan gebondenheid van de rechtspersoon ook het gevolg zijn van *on*bevoegde vertegenwoordiging door zowel bestuurders als anderen in geval van *toerekenbare* schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid.[167] Aanvankelijk kon daarvan slechts sprake zijn wanneer het bij de wederpartij gewekte vertrouwen over de vertegenwoordigingsbevoegdheid door 'toedoen' van de vertegenwoordigde, in ons geval de rechtspersoon,[168] was ontstaan. Sinds het arrest *ING/Bera* heeft een voorzichtige verschuiving plaatsgevonden naar een criterium dat op risico is gebaseerd.[169] Sindsdien kan voornoemde schijn aanwezig zijn wanneer de wederpartij gerechtvaardigd heeft vertrouwd op volmachtverlening aan de tussenpersoon op grond van feiten en omstandigheden die voor risico van de rechtspersoon komen en waaruit naar verkeersopvattingen zodanige schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden afgeleid. Ik spreek van een voorzichtige verschuiving, omdat dit criterium niet zo ver gaat dat de schijn enkel op grond van verklaringen of gedragingen van de onbevoegde persoon kan worden aangenomen. Er moet ook sprake zijn van feiten en omstandigheden die de vertegenwoordigde betreffen en die rechtvaardigen dat het risico aan de rechtspersoon wordt toegerekend. Op zichzelf is daarvoor echter geen verklaring of handeling van de vertegenwoordigde vereist.[170] Fruytier is verder ingegaan op de vraag wanneer dit risico aan de rechtspersoon kan worden toegerekend.[171] Hij stelt vast dat deze vraag – net als de hiervoor besproken toerekening van handelen of nalaten – moet worden beantwoord naar de verkeersopvatting. Een belangrijk beginsel dat aan toerekening van risico ten grondslag ligt, is het belang bij voorkoming van misbruik.[172] Een partij moet niet aan gebondenheid kunnen

worden toegerekend, nu degene met volledige zeggenschap niet zonder meer op één lijn is te stellen met de (eigenlijke) beleidsbepaler.

167 Zie paragraaf 3.5.2; zie in het algemeen ook Asser/Kortmann 3-III 2017/37 e.v. en in het kader van de rechtspersoon Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/346 e.v.

168 Uit de verhandeling in Asser/Kortmann 3-III 2017/42 blijkt dat voor de rechtspersoon thans geen afwijkende regels gelden ter zake de hier besproken toerekenbare schijn, zie met name HR 3 februari 2012, *NJ* 2012, 390, m.nt. Tjong Tjin Tai (*Fujitsu/Exel*); zie ook Ancery 2016, p. 37-43.

169 HR 19 februari 2010, *NJ* 2010, 115, *JOR* 2010, 178, m.nt. Biemans (*ING/Bera*).

170 HR 3 februari 2017, *NJ* 2017, 78, *JOR* 2017, 149, m.nt. Kortmann (*Tamacht/Hodenius*); HR 3 februari 2017 (17 februari 2017 hersteld), *RvdW* 2017, 260, *JOR* 2017, 150, m.nt. Kortmann (*Aventura*); HR 14 juli 2017, *NJ* 2017, 326 (*Ter Heide c.s./Metten c.s.*); Asser/Kortmann 3-III 2017/41.

171 Fruytier 2017, p. 271-277; zie ook Schelhaas 2017, 508-512 en Boeve 2017, p. 100-102.

172 Evenzo Katan 2017, nr. 96.

ontkomen door middel van schimmige of verwarrende constructies.[173] Naast andere omstandigheden zijn de organisatie en transparantie van de rechtspersoon relevant. Biedt de organisatie meer gelegenheid tot schijnopwekkende omstandigheden, dan komt dat eerder voor risico van de vertegenwoordigde, aldus Fruytier. Kortmann voegt daar nog aan toe dat de rechtsverhouding tussen de vertegenwoordiger en de vertegenwoordigde relevant is voor de vraag of toerekening van het risico gerechtvaardigd is.[174] In het licht van vereenzelviging vormen hierbij mijns inziens de aanwezigheid van overheersende zeggenschap en het naar buiten treden als eenheid een factor van betekenis. Juist onder dergelijke omstandigheden, wanneer een wederpartij feitelijk steeds met dezelfde natuurlijk persoon te maken heeft en vennootschappen te pas en te onpas naar voren worden geschoven, zullen de afzonderlijke entiteiten vanuit het perspectief van de wederpartij kunnen worden vereenzelvigd.

Dat wordt mijns inziens bevestigd in het arrest *Van Zundert/Kort*.[175] In deze casus spraken de erven van het echtpaar Kort naast Zundert Assurantiën BV ook Van Zundert, handelend onder de naam Assurantiekantoor Van Zundert, persoonlijk aan, nadat het echtpaar was belazerd door hypotheekadviseur X. Deze X was in dienst van een zusterbedrijf van voormelde ondernemingen, Hypotheekwijzer BV. Alle ondernemingen waren op hetzelfde adres gevestigd in een gebouw dat aan de buitenkant alleen de naam 'Assurantiekantoor Van Zundert' vermeldde. X had uit eigen beweging en zonder opdracht van voormelde vennootschappen contact met echtpaar Kort, doch bracht zijn advies uit en correspondeerde op briefpapier en via de fax van Van Zundert. Volgens de erven van het echtpaar was ook Van Zundert jegens hen gebonden, ook al had X onbevoegd gehandeld. De Hoge Raad verwijst in zijn oordeel naar *ING/Bera* om vervolgens te oordelen dat aan de daarin gestelde maatstaf is voldaan door voornoemde omstandigheden. Toerekening vindt hier dan ook plaats onder omstandigheden die niet, althans nauwelijks afwijken van de omstandigheden die aan de orde kwamen in de hiervoor besproken vereenzelvigingsrechtspraak. In feite wordt ook hier aan de afzonderlijke entiteiten – twee rechtspersonen en een natuurlijk persoon – voorbijgegaan en worden zij schadeplichtig geacht voor de tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst, die zij niet zijn aangegaan en evenmin hebben gewild, op basis van het gerechtvaardigde vertrouwen van de benadeelden.[176] In deze rechtspraak zie ik in zoverre een parallel met het

173 Vgl. Ernes 2001.

174 Asser/Kortmann 3-III 2017/41a.

175 HR 11 maart 2011, *NJ* 2012, 388, m.nt. Verstappen (*Van Zundert/Kort*), r.o. 3.8 en de door het hof vastgestelde omstandigheden als beschreven in r.o. 3.3 (b); hierover ook Bier 2017, p. 36-37.

176 Vgl. Verstappen in zijn annotatie bij *Van Zundert/Kort*, nr. 15 waar hij schrijft dat in de casus er zonder meer van wordt uitgegaan dat 'Assurantiekantoor Van Zundert' voor rekening en risico van Zundert in privé wordt gevoerd. Dat doet het vermoeden rijzen dat wanneer de aanduiding van een onderneming geen gewag maakt van een rechtspersoon, het dus wel een eenmanszaak zal zijn en alle (rechts)handelingen een natuurlijke persoon toegerekend kunnen worden. Terecht waarschuwt hij

vereenzelvigingsleerstuk dat er wel degelijk gronden voor benadeelden kunnen bestaan om andere vennootschappen dan hun contractuele wederpartij aan te spreken, mits de omstandigheden het risico van toerekening rechtvaardigen. Me dunkt dat dergelijke omstandigheden aan de orde waren in de hiervoor besproken vereenzelvigingsjurisprudentie. In *Van Zundert/Kort* vormt vereenzelviging weliswaar niet de grondslag voor de aansprakelijkheid van Van Zundert, maar bewerkstelligt het risicobeginsel een resultaat dat mijns inziens tot op zekere hoogte vergelijkbaar is en waarbij in ieder geval evident aan het onderscheid tussen de afzonderlijke entiteiten wordt voorbijgegaan.

5.2.3.3 Conclusie

Vereenzelviging is een leerstuk dat in aansprakelijkheidskwesties vrijwel volledig in de ban is gedaan. Ik heb gepoogd enige nuancering te brengen in de opvattingen van tegenstanders. Mijns inziens bestaat er ruimte en is de tijd rijp voor een herbezinning van dit onderwerp. Vereenzelviging kan een welkom evenwicht bieden aan schuldeisers die zich in toenemende mate geconfronteerd zien met lege vennootschappen, onvermogende bestuurders en fraudefaillissementen. Enerzijds meen ik dat het gebruik van vereenzelviging beperkt moet blijven tot uitzonderingsgevallen. Hoewel het positieve effect van beperking van aansprakelijkheid op het investeringsklimaat niet is bewezen, blijkt het een belangrijke factor te zijn voor de keuze van ondernemers om hun onderneming door middel van een rechtspersoon te drijven. Bovendien is een afwenteling van ondernemingsrisico's tot op zekere hoogte maatschappelijk aanvaardbaar. Anderzijds moet er een grens worden getrokken voor wat betreft het gebruik van rechtspersoonlijkheid. Die grens ligt in ieder geval daar waar dat gebruik uitmondt in misbruik. Een sluitende definitie van misbruik is echter niet te geven en gezien de weerbarstigheid van de praktijk wellicht ook niet wenselijk. Niettemin kan het vereenzelvigingsleerstuk mijns inziens een wapen vormen in de strijd tegen misbruik van rechtspersoonlijkheid. De tijd zal leren in hoeverre behoefte bestaat aan een dergelijk wapen, maar mijn verwachting is dat het gebruik van BV's gelet op de betrekkelijke eenvoud van oprichting en exploitatie een verdere vlucht zal nemen, welke vlucht deze behoefte kan versterken. De rechtspraak laat inmiddels al zien oog te hebben voor de verwarring die kan ontstaan als gevolg van het gebruik van meerdere vennootschappen. Dat een gebrek aan transparantie kan leiden tot aansprakelijkheid leren ook de leerstukken over schijnhandelingen en toerekening. De omstandigheden die binnen deze kaders relevant worden geacht, sluiten mijns inziens bij elkaar, en het leerstuk van vereenzelviging, aan. Daarbij vormt het perspectief van de benadeelde de gemene deler.

---

ervoor dat het mede ter vermijding van ongewenste aansprakelijkheden aanbeveling verdient om in de uitingen van een onderneming naar buiten toe duidelijk en eenduidig te zijn in de benaming van de natuurlijke of rechtspersoon voor wiens rekening uiteindelijk wordt gehandeld.

5.3 Indirecte doorbraak van aansprakelijkheid

Het onderscheidende karakter van de indirecte doorbraak van aansprakelijkheid is gelegen in de omstandigheid dat de aansprakelijkheid berust op een eigen, persoonlijk gepleegde onrechtmatige daad van de laedens. Waar in geval van vereenzelviging kan worden gezegd dat een schuld of verbintenis wordt 'doorgeleid' en de redenen voor dit doorgeleiden centraal staan bij de beoordeling, betreft de indirecte doorbraak juist een zelfstandige verbintenis en staat bij de beoordeling van de aansprakelijkheid het handelen of nalaten van de laedens centraal. De in het vorige hoofdstuk besproken bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad betreft eveneens een indirecte doorbraak.

Wanneer tot aansprakelijkheid wordt geconcludeerd wegens vereenzelviging, wordt voorbij gegaan aan het door artikel 2:5 BW verwoorde uitgangspunt. Zoals gezegd wordt niet de rechtspersoonlijkheid aan de kant geschoven, maar veeleer de gevolgen die de wet aan rechtspersoonlijkheid verbindt. Hiervoor schreef ik dat de beperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders geen gevolg is van rechtspersoonlijkheid. Het is een door de wetgever gerealiseerd voorrecht dat toekomt aan kapitaalverschaffers. De wet zou evengoed kunnen bepalen dat aandeelhouders hoofdelijk verbonden zijn voor de schulden van de vennootschap waarin zij participeren. Andersom kan het voorrecht van beperkte aansprakelijkheid door de wet worden toegekend, zonder dat sprake is van rechtspersoonlijkheid. Bij de in het volgende hoofdstuk te bespreken commanditaire vennootschap geniet de commanditaire vennoot deze positie. Net als de aandeelhouder van een kapitaalvennootschap is de aansprakelijkheid van deze vennoot beperkt tot zijn inbreng.

De beperking van aansprakelijkheid betekent evenwel geen ontslag van alle aansprakelijkheid. Iedere (rechts)persoon zal zich op straffe van aansprakelijkheid moeten onthouden van onrechtmatig gedrag. In geval van indirecte doorbraak wordt dan ook geen inbreuk gemaakt op het voorrecht van beperkte aansprakelijkheid. Onder omstandigheden kunnen crediteuren van de vennootschap de aandeelhouder aanspreken of, in concernterminologie, kunnen crediteuren van een dochtermaatschappij ('dochter') de moedermaatschappij ('moeder') aanspreken, omdat de aandeelhouder of moeder zich jegens deze crediteuren toerekenbaar onrechtmatig heeft gedragen.[177] De terminologie 'doorbraak' is in deze gevallen dan ook ongelukkig, nu sprake is van een op zichzelf staande aansprakelijkheid van de aandeelhouder.[178] Indirect wordt daarbij evenwel voorbijgegaan aan de gevolgen

177 Vgl. reeds HR 25 september 1981, *NJ* 1982, 443, m.nt. Maeijer (*Osby*), waarin de Hoge Raad overweegt dat de beperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders zoals neergelegd in Boek 2 BW er niet aan in de weg staat dat een aandeelhouder jegens een schuldeiser aansprakelijk kan zijn wegens het plegen van een onrechtmatige daad jegens die schuldeiser.

178 Vgl. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/837.

van artikel 2:5 BW, nu het veelal gaat om een aansprakelijkheid voor contractuele verbintenissen (onbetaald gebleven schuldeisers) van de dochter.

In doorbraaksituaties staan begrippen als zorgplicht, inzicht en zeggenschap centraal. Deze begrippen kwamen wij al tegen in het vorige hoofdstuk, waar zij in de formule 'inzicht en zeggenschap leiden tot een zorgplicht' werden geplaatst. In de literatuur is reeds veel aandacht besteed aan het bespreken van de rechtspraak over indirecte doorbraak van aansprakelijkheid.[179] De ontwikkeling daarvan zal ik daarom maar beperkt bespreken. Ik gebruik de inzichten uit deze rechtspraak vervolgens om verder na te denken over de voornoemde begrippen en de omstandigheden die tot een indirecte doorbraak van aansprakelijkheid kunnen leiden.

5.3.1 Ontwikkeling in de rechtspraak

Het uitgangspunt dat het voorrecht van beperkte aansprakelijkheid niet aan aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad in de weg staat, moet wel worden aanvaard. De hoedanigheid van aandeelhouder kan immers geen vrijbrief vormen voor aandeelhouders om zich naar eigen inzicht en al dan niet ten eigen voordele onrechtmatig jegens anderen te gedragen. De aard van deze grondslag voor aansprakelijkheid brengt noodzakelijkerwijs met zich dat de beoordeling van de aansprakelijkheid van de aandeelhouder plaatsvindt binnen het domein van de in acht te nemen maatschappelijke betamelijkheid of zorgvuldigheid. Naar Nederlands recht kan een onrechtmatige *daad* bestaan uit zowel een handelen als een nalaten.[180] Telkens gaat het daarbij om een schending van een tot de laedens gerichte gedragsnorm.[181] De gedragsnorm die ligt besloten in hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betamelijk is, moet aldus worden begrepen dat op de deelnemers aan het rechtsverkeer bij de benutting van ieders handelingsvrijheid steeds ook een verantwoordelijkheid rust met betrekking tot de belangen van andere deelnemers.[182] Dit impliceert een afweging van de belangen van de potentiële laedens enerzijds en de potentiële gelaedeerde(n) anderzijds. De benadeling van schuldeisers kwalificeert op zichzelf als een onrechtmatige daad, die tegen voornoemde achtergrond kan worden beschouwd als het geval waarin verwijtbaar, onvoldoende rekening is gehouden met de belangen van anderen.

Ten aanzien van de benadeling van schuldeisers hanteren Hartkamp en Sieburgh in de Asser-serie verschillende categorieën. Daarvan zijn in verband met de hier te bespreken onderwerpen relevant (i) benadeling door het bewerken van een schijn

179 Zie o.m. Bartman e.a. 2016, p. 255 e.v.; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/841 e.v.; Lennarts 1999, p. 185 e.v.; Houwen e.a. 1993, p. 894 e.v.
180 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/36.
181 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/37.
182 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/56.

van kredietwaardigheid, (ii) vermogensonttrekking door een moeder als crediteur van een dochter en (iii) vermogensonttrekking door een moeder als aandeelhouder van de dochter.[183] Een vergelijkbare verdeling is terug te zien in de werken van verschillende auteurs die zich over de indirecte doorbraak van aansprakelijkheid hebben gebogen.[184] Een dergelijke categorisering is mijns inziens bewerkelijk en onbruikbaar, doordat deze telkens is gebaseerd op specifieke casus. De norm van artikel 6:162 BW leent zich daarvoor niet goed en beoogt juist tot uitdrukking te brengen dat afhankelijk van de concrete omstandigheden van een bepaald geval sprake kan zijn van een onrechtmatige daad.[185] In de hierna te bespreken rechtspraak ligt mijn focus dan ook niet zozeer op het onderscheiden van de feitelijke omstandigheden die gezamenlijk een onrechtmatige daad vormen, maar vooral op het identificeren van de gemeenschappelijke kaders en meer algemene gezichtspunten.[186]

Het *Osby*-arrest[187] wordt beschouwd als de eerste beslissing waarin de Hoge Raad een indirecte doorbraak van aansprakelijkheid naar de aandeelhouder sanctioneerde.[188] Hoewel in dit arrest werd geëxpliciteerd dat de beperkte aansprakelijkheid van de aandeelhouder deze niet beschermt tegen aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad, staat het arrest vooral in het teken van een niet geslaagde belangenafweging die tot aansprakelijkheid leidt. Ruim 20 jaar eerder had de Hoge Raad in zijn *Erba*-arresten[189] al geoordeeld dat – kort gezegd – van schuldeisers mag worden verwacht dat zij hun gedrag jegens de schuldenaar niet slechts mogen laten leiden door hun eigen belang, maar dat zij onder omstandigheden de belangen van andere schuldeisers niet mogen verwaarlozen. Onder die omstandigheden kan veronachtzaming van de belangen van andere schuldeisers tot aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW leiden. Dit oordeel heeft de Hoge Raad in *Osby* toegepast ten aanzien van een financierende moeder die door een schuldeiser van haar dochter werd aangesproken. Ook van een moeder mag worden verwacht dat zij zich onder omstandigheden de belangen van schuldeisers van haar dochter aantrekt. Dat mag volgens de Hoge Raad met name worden verwacht, wanneer de moeder een zodanig inzicht in en zeggenschap over het beleid van de dochter heeft, dat zij wist of behoorde te voorzien dat nieuwe schuldeisers worden benadeeld bij gebrek aan verhaal.

183 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/64.4.

184 Zie onder meer Roelvink 1977, p. 149 e.v.; Houwen e.a. 1993, p. 896 e.v.; Lennarts 1999, p. 185 e.v.; Olaerts 2007, p. 204 e.v.; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/841 e.v.; Assink/Slagter 2013, p. 2260 e.v.; Barneveld 2014, p. 473 e.v.

185 Evenzo A-G Timmerman in zijn conclusie bij HR 12 september 2008, *JOR* 2008, 297, m.nt. Van Maanen (*Coutts Holding*), r.o. 3.1; Koster 2017, par. 15.2.3.

186 De feitelijke omstandigheden worden o.m. uitvoerig besproken door Lennarts 1999, p. 185 en Bartman e.a. 2016, p. 256 e.v.

187 HR 25 september 1981, *NJ* 1982, 443 (*Osby*).

188 Zie o.a. Bartman e.a. 2016, p. 256 en Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/839.

189 HR 28 juni 1957, *NJ* 1957, 514 en HR 20 maart 1959, *NJ* 1959, 581.

Anders dan Bartman betwijfel ik of de Hoge Raad reeds hiermee aanneemt dat inzicht in en zeggenschap over de interne concernverhouding (een vermoeden van) inzicht in de externe verhouding tussen dochter en schuldeisers genereert.[190] De aanduiding 'zodanig' impliceert mijns inziens juist dat de mate van inzicht in en zeggenschap over de dochter bepalend is voor de vraag in hoeverre er bij de moeder wetenschap bestond of behoorde te bestaan.[191] Welke mate dat is, blijkt evenwel onvoldoende uit het arrest.[192] Tegelijkertijd accepteert de Hoge Raad dat wanneer een bepaalde mate van inzicht in en zeggenschap over de dochter aanwezig is, een verdergaande verantwoordelijkheid van de moeder ten opzichte van de schuldeisers van haar dochter kan worden aangenomen. Het veronachtzamen van de belangen van deze schuldeisers levert enerzijds een onrechtmatige daad op, terwijl de moeder anderzijds aan indirecte aansprakelijkheid kan ontkomen door (feitelijk) een directe aansprakelijkheid te accepteren en ervoor zorg te dragen dat de schuldeisers van de dochter worden voldaan. Het belangrijkste element uit *Osby* is mijns inziens echter de conclusie dat de voorzienbaarheid van schade met de gelijktijdige mogelijkheid die schade te voorkomen of te compenseren in ieder geval van de moeder verlangen dat zij de belangen van de schuldeisers van haar dochter afweegt en waar nodig ontziet.

Het voorgaande komt explicieter naar voren in het arrest *Albada Jelgersma II*,[193] waarin de Hoge Raad een meer algemene norm formuleert die geldt ten aanzien van alle schuldeisers[194] van de dochter. Die norm komt samengevat erop neer dat de moeder die zich intensief en indringend met haar dochter bemoeit en zeggenschap heeft over diens bedrijfsvoering, *maatregelen* moeten nemen wanneer de moeder voorziet of behoort te voorzien dat schuldeisers worden benadeeld. Ook nu weer hecht de Hoge Raad waarde aan de omstandigheid dat de moeder schade bij de schuldeiser van haar dochter had kunnen voorkomen (door het staken van de inkoop) of compenseren (door de schuldeiser zelf te voldoen). Aldus markeert de Hoge Raad een moment – gekoppeld aan de objectieve voorzienbaarheid of wetenschap van benadeling – waarop de moeder actief met de belangen van de schuldeiser van haar dochter rekening moet houden. De moeder heeft ten aanzien van deze schuldeisers een heuse zorgplicht, hoewel de Hoge Raad dit begrip niet expliciet noemt.[195]

190 Zie Bartman e.a. 2016, p. 257.

191 Vgl. Olaerts 2007, p. 203 die ook een meer genuanceerde uitleg geeft aan het arrest.

192 Vgl. Houwen e.a. 1993, p. 900.

193 HR 19 februari 1988, *NJ* 1988, 487, m.nt. Van der Grinten (*Albada Jelgersma II*).

194 Anders Lennarts 1999, p. 198 en Olaerts 2007, p. 223 die betogen dat het arrest zich slechts richt op nieuwe schuldeisers; Olaerts lijkt daarvan terug te komen in Bartman e.a. 2016, p. 259 waarin wordt betoogd dat ook bestaande schuldeisers zich tot de moeder kunnen wenden.

195 Annotator Van der Grinten stelde dat de Hoge Raad geen algemene norm aanvaardde, met name omdat het oordeel van zowel het hof als ons hoogste rechtscollege mede tot stand kwam door de verschillende feiten en omstandigheden als geheel; evenzo Houwen e.a. 1993, p. 922. Niettemin ademt het arrest de eerste contouren van een zorgplicht van de moeder in geval van voorzienbare schade bij de schuldeisers van haar dochter, zoals ook Van der Grinten lijkt te erkennen als hij het arrest

De basis van deze zorgplicht ligt veelal bij de, al dan niet intensieve, beleidsbemoeienis in combinatie met het inzicht van de moeder in de dochter. Mijns inziens werken beide aspecten in gevallen van indirecte doorbraak als communicerende vaten, waardoor tegelijkertijd de aard en omvang van de zorgplicht worden bepaald.[196] Ten slotte zijn ook de omstandigheden van het geval bepalend voor de vervolgvraag, namelijk of en in hoeverre de moeder haar zorgplicht heeft geschonden en dientengevolge schadeplichtig is jegens de schuldeisers van haar dochter. Zoals ik hierna nog zal betogen (paragraaf 5.3.2.5) is daarbij ook van belang of en in hoeverre de moeder kon ingrijpen, althans de schade kon afwenden of beperken.

Ik merk echter eerst op dat ook andere omstandigheden van het geval, al dan niet in combinatie met de mogelijkheid voor de moeder om in te grijpen, tot aansprakelijkheid kunnen leiden. Men bedenke dat de aansprakelijkheid voor de schending van een zorgplicht eerst en vooral een verplichting tot een doen vereist[197] en aansprakelijkheid het gevolg is van de omstandigheid dat de moeder de nakoming van deze verplichting heeft *nagelaten*. In eerste instantie zal men bij het denken over artikel 6:162 BW geneigd zijn om vooral tot aansprakelijkheid te concluderen wanneer een actief handelen van de laedens schade (heeft) veroorzaakt. Dat zagen wij in het *Osby*-arrest, waarin het handelen van de moeder als onzorgvuldig werd aangemerkt en zodoende tot aansprakelijkheid leidde. In het *Securicor*-arrest werd aansprakelijkheid daarentegen met name gebaseerd op het gerechtvaardigde vertrouwen van de schuldeiser van de dochter als gevolg van uitlatingen die door een functionaris van de moeder waren gedaan, terwijl van enige betekenis van beleidsbemoeienis door de moeder nauwelijks blijkt uit de overwegingen van de Hoge Raad.[198] Waar het gerechtvaardigde vertrouwen van de schuldeiser en daarmee de verplichting van de moeder reeds waren vastgesteld, kent de Hoge Raad hooguit enige betekenis toe aan de omstandigheid dat sprake was van een personele unie binnen de besturen

---

vergelijkt met de *Beklamel*-norm die voor bestuurders geldt. Bartman betoogde reeds in zijn dissertatie dat deze overige omstandigheden hooguit van ondergeschikte betekenis waren voor de Hoge Raad. De bepalende factor wordt gevormd door de intensieve beleidsbemoeienis vanuit de moeder met het beleid van de dochter, zie Bartman 1989, p. 82-85; in lagere rechtspraak komt het begrip wel terug, zoals in Hof Amsterdam 21 april 2009, *JOR* 2009, 267, m.nt. Van Andel (*Rexcom/DINS*).

196 Vgl. A-G Mok in zijn conclusie bij HR 13 januari 1995, *NJ* 1995, 482, *RvdW* 1995, 27 (*Sobi/Hurks I*) overweging 4.2.2 e.v. met uitgebreide literatuurverwijzing; HR 12 juni 1998, *JOR* 1998, 107, m.nt. Van den Ingh, *NJ* 1998, 727, m.nt. Van Schilfgaarde (*Coral/Stalt*), r.o. 3.4.2; HR 21 december 2001, *JOR* 2002, 38, m.nt. Bartman, *NJ* 2005, 96, m.nt. Kortmann (*Sobi/Hurks II*), met name r.o. 5.4.5; HR 11 september 2009, *NJ* 2009, 565, m.nt. Snijders en Van Schilfgaarde, r.o. 5.1 e.v., waarin de beleidsbemoeienis mede volgt uit de hoedanigheid van het bestuurder en het inzicht ligt besloten in de nauwe verwevenheid zodanig dat er in feite sprake was van één onderneming, terwijl in deze kwestie vooral de aan de gekozen structuur verbonden risico's van invloed waren op de door de moeder in acht te nemen zorgplicht.

197 Zie Tjong Tjin Tai 2007, p. 2541 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/36.

198 HR 18 november 1994, *NJ* 1995, 170, m.nt. Maeijer (*Securicor*), r.o. 3.3-3.5; vgl. Lennarts 1999, p. 234.

van dochter en moeder, als gevolg waarvan het gerechtvaardigd vertrouwen van de schuldeisers – geparafraseerd – des te meer gerechtvaardigd was.[199] Dat een zorgplicht (mede) kan ontstaan als gevolg van andere omstandigheden dan intensieve beleidsbemoeienis en inzicht in de dochter, blijkt ten slotte uit het *Comsys*-arrest. De omstandigheden op grond waarvan de Hoge Raad in dit arrest in r.o. 5.2.2 concludeert tot een zorgplicht van de moeder, blijken uit de voorafgaande overweging. Samengevat betrof dit met name (i) de door de moeder vormgegeven vennootschappelijke en financiële structuur van de groep die inherente risico's voor de schuldeisers van haar dochter met zich bracht, (ii) terwijl de moeder de schuldeisers van de dochter niet voor deze risico's waarschuwde en (iii) deze risico's werden vergroot doordat de activa van de dochter aan de bank waren verpand.[200]

Samenvattend is ter zake de indirecte doorbraak van aansprakelijkheid een ontwikkeling te signaleren waarin de toch vooral casuïstische rechtspraak gebaseerd op onzorgvuldig handelen van de moeder zich beweegt richting de aanvaarding van een zorgplicht van de moeder jegens schuldeisers van haar dochter[201] op basis van de omstandigheden van het geval. De factoren intensieve beleidsbemoeienis of zeggenschap, inzicht in de dochter en de voorzienbaarheid van schade spelen hierbij een bijzonder relevante rol. Hoe moeten wij deze zorgplicht nu duiden en wanneer vloeit daaruit aansprakelijkheid voort? Daarover gaan de volgende paragrafen.

5.3.2 Zorgplicht en aansprakelijkheid

In zijn dissertatie definieert Tjong Tjin Tai een zorgplicht als 'een plicht tot handelen of nalaten ten behoeve van één of meer concrete belangen van een persoon of object'. Hij spreekt van een plicht om zorg te betrachten door handelingen te verrichten ter bevordering, bescherming of tot het ontzien van zekere belangen.[202] Tot op zekere hoogte geldt voor alle deelnemers aan het rechtsverkeer dat zij rekening

199 Zie r.o. 3.6; Bartman e.a. 2016, p. 261 hechten mijns inziens ten onrechte te veel waarde aan deze overweging, nu de verplichting van de moeder reeds in de voorgaande overwegingen was aangenomen en uit de tekst van r.o. 3.6 ('mede') duidelijk blijkt dat de Hoge Raad deze omstandigheid van ondergeschikte betekenis acht; vgl. in dit verband de conclusie van A-G Hartkamp bij het arrest, overweging 4, alsook Maeijer in zijn annotatie bij het arrest in alinea 3 en Schoordijk 1996, die stelt 'De onrechtmatige daad vervult hier de functie van een wanprestatie'.

200 HR 11 september 2009, *NJ* 2009, 565, m.nt. van Schilfgaarde (*Comsys*), r.o. 5.2.1, waarbij de Hoge Raad slechts aantekent – kennelijk dus minder relevant acht – dat de dochter gedurende een langere periode alleen kon blijven opereren doordat de moeder financierde en de keuze van de moeder om de activiteiten *going concern* voort te zetten ondanks (herhaalde) aanzienlijke verliezen; zie over de 'inherent risicovolle structuur' ook HR 19 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:640, *JOR* 2019, 244, m.nt. Bartman (*Xando*).

201 Zie ook Bartman e.a. 2016, p. 269, die opmerkt dat de zorgplicht van de moeder 'kan voortvloeien uit een bewezen hecht concernverband, waarin zij een intensieve beleidsbemoeienis heeft gehad met haar dochter' en die daarin een tegemoetkoming in de bewijslast van de schuldeiser signaleert.

202 Tjong Tjin Tai 2006, p. 97.

moeten houden met andermans belangen. Tjong Tjin Tai spreekt van een *grondnorm*. De mate waarin dat moet gebeuren is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De auteur wijst verder op het onderscheid tussen de zorg binnen een overeenkomst, waar een grotere mate van zorg mag worden verwacht, en daarbuiten, waar meestal een (zeer) geringe mate van zorg moet worden getoond en soms toch meer mag worden verwacht.[203] Buiten overeenkomst hoeft men andermans belangen meestal alleen te ontzien, en dus niet te beschermen of te bevorderen. De zorgplicht beperkt zich hier tot de belangen die in de concrete omstandigheden kenbaar geraakt zouden kunnen worden. Met de desbetreffende belangen hoeft slechts rekening te worden gehouden.[204]

Hartlief signaleerde in 2002 een ontwikkeling waarbij onder de noemer van de zorgvuldigheidsnorm algemene zorgplichten worden geformuleerd, waardoor sprake is van een opschuiven in de richting van meer bescherming.[205] Met bescherming doelt hij op het steeds meer verlaten van het uitgangspunt[206] van ons buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, namelijk dat iedereen in beginsel zijn eigen schade draagt.[207] Ook Hartlief wijst in zijn benadering van algemene zorgplichten op het rekening houden met andermans belangen als hij invulling geeft aan de maatschappelijke zorgvuldigheid, daarbij verwijzend naar arresten van de Hoge Raad over bodemverontreiniging.[208] Of van maatschappelijk onzorgvuldig handelen sprake is, hangt in abstracto af van de vraag of de dader anders heeft gehandeld dan hij had moeten doen teneinde geen schade toe te brengen aan een bepaald belang van een ander dat hij had behoren te ontzien. Daartoe is dan ook mede vereist dat diegene dat belang kende of behoorde te kennen. Op grond van dit uitgangspunt stelt Hartlief dat sprake is van een minimumvereiste, namelijk dat de laedens het betrokken belang kende of daarop bedacht moest zijn. Hoefde de laedens dat niet te zijn, dan is hij niet aansprakelijk. Moest hij dat daarentegen wel zijn dan kán hij aansprakelijk zijn, afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Die omstandigheden laten zich veelal invullen door de in het kader van gevaarzetting of daarmee vergelijkbare

203 Tjong Tjin Tai 2006, p. 99-100.
204 Tjong Tjin Tai 2006, p. 100.
205 Hartlief 2002, p. 481 en 494.
206 Voor verwijzingen naar auteurs die dit adagium met Hartlief als uitgangspunt van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht beschouwen zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/19.
207 Vgl. ter zake dit uitgangspunt ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/18 die dit uitgangspunt als een van twee gezichtspunten beschouwen en het adagium 'berokken een ander geen schade' als tweede gezichtspunt van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht aanwijzen. Geen van beiden geldt in hun visie als uitgangspunt, zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/19 voor verwijzingen naar auteurs die deze mening delen; zie hierover en voor verwijzingen ook Jansen 2012, par. 4.1.2.
208 Hartlief 2002, p. 483 verwijzend naar HR 30 september 1994, *NJ* 1996, 196-198, m.nt. Brunner (*Staat/Shell*), (*Staat/Duphar*) en (*Staat/Fasson*).

factoren.[209] Daarnaast wijst Hartlief uitdrukkelijk op het belang van de context waarbinnen de afweging van factoren plaatsvindt.[210] In dat verband geeft hij aan dat het mogelijk en zelfs noodzakelijk is om categorieën of gebieden te onderscheiden die door een of meer specifieke zorgvuldigheidsnormen worden geregeerd.

Het voorgaande doet onder meer de vraag rijzen in hoeverre een moeder als gevolg van een zorgplicht rekening moet houden met de belangen van de crediteuren van haar dochter. Daaraan gaat de vraag vooraf of en in hoeverre er aan de zijde van de moeder sprake is van verantwoordelijkheid voor de dochter en in hoeverre zij de belangen van de crediteuren van haar kent of daarop bedacht moet zijn. Hierin uit zich namelijk de verplichting tot een doen die vooraf gaat aan de aansprakelijkheid wegens schending van een zorgplicht. Binnen dit concernrechtelijk kader en gelet op de vereiste kenbaarheid van belangen waarop de moeder bedacht moet zijn, rijst ten slotte de vraag wat nu de betekenis is van de (intensieve) beleidsbemoeienis, zoals die in de hiervoor besproken rechtspraak aan de orde is gesteld. Voordat ik aan deze vragen toekom, borduur ik eerst voort op het hiervoor geschetste algemene kader.

5.3.2.1 Maatschappelijke zorgvuldigheid: rekening houden met anderen

Zoals gezegd blijkt uit artikel 6:162 lid 2 BW dat een onrechtmatige daad zowel kan bestaan uit een doen als uit een nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Met deze norm wordt de maatschappelijke zorgvuldigheid aangeduid, waarin de ongeoorloofde aantasting van andermans belangen mag worden gelezen.[211] Iedereen zal zich bij zijn handelen rekenschap moeten geven van de daarbij mogelijk betrokken belangen van anderen; er is sprake van een zekere verantwoordelijkheid met betrekking tot de belangen van andere deelnemers aan het rechtsverkeer.[212] Tjong Tjin Tai spreekt in dit verband over een 'zwakke zorgplicht'.[213] De buitencontractuele zorgplicht laat zich aldus vertalen dat, indien de desbetreffende belangen door het handelen (kunnen) worden geschaad, degene die handelt onder omstandigheden – doch mede gelet op het eigen belang – anders zal moeten handelen dan voorgenomen en waar hij dat nalaat, hij aansprakelijk is voor de toegebrachte schade.[214] De grondslag voor buitencontractuele zorgplichten moet volgens Tjong Tjin Tai worden gezocht in enerzijds de billijkheid en anderzijds de verantwoordelijkheid voor de oorzaak van de schade.

---

209 Hartlief 2002, p. 483-484; deze factoren zijn de kans dat een ander niet oplet of onvoorzichtig is, de kans op schade, de aard en de ernst van de gevolgen en de bezwaarlijkheid van het treffen van voorzorgsmaatregelen, zie HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136, m.nt. Scholten (*Coca Cola/Duchateau*).

210 Hartlief 2002, p. 484, 487 en 501.

211 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/56.

212 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/56.

213 Tjong Tjin Tai 2006, p. 141.

214 In deze zin Tjong Tjin Tai 2006, p. 140.

Deze verantwoordelijkheid berust volgens de auteur op haar beurt op een vorm van gerelateerdheid. Daarmee doelt hij op de nabijheid, in de zin van invloed kunnen hebben op de oorzaak of het voorval, waardoor men in staat is om enige bescherming te bieden tegen de inbreuk op een bepaald belang in een grotere mate dan anderen dat kunnen.[215] De auteur wijst verder op de voorzienbaarheid: het bestaan van een zorgplicht betekent dat men voorafgaand aan het handelen moet kunnen beoordelen of dat handelen geoorloofd is.[216] Hiervoor zagen wij dat ook de Hoge Raad voor aansprakelijkheid vereist dat het veroorzaken van schade aan derden voorzienbaar moet zijn, waarbij hij uitging van zowel een subjectieve (kent) als een objectieve (behoren te kennen) voorzienbaarheid. Op zichzelf vormt de enkele voorzienbaarheid van schade echter onvoldoende voorwaarde om tot aansprakelijkheid te concluderen.[217]

5.3.2.2 Aansprakelijkheid wegens (zuiver) nalaten

Zoals gezegd laat de rechtspraak over indirecte doorbraak een ontwikkeling zien waarbij de op vorenbedoelde maatschappelijke zorgvuldigheid gebaseerde zorgplicht van de moeder centraal staat. De aansprakelijkheid berust in dat kader op de omstandigheid dat de moeder heeft nagelaten om aan de op haar rustende zorgplicht te voldoen.

Op dit punt dient te worden gewezen op een eerste onderscheid, namelijk het verschil tussen 'gewoon nalaten' enerzijds en het 'zuiver nalaten' anderzijds.[218] In de eerstbedoelde gevallen is de aangesprokene zelf op enigerlei wijze actief betrokken bij het creëren van een op zichzelf toegestaan gevaar, aldus Verbunt & Van den Heuvel.[219] Volgens Tjong Tjin Tai is gewoon nalaten slechts onrechtmatig indien dit verbonden is aan een voorafgaand handelen of voortvloeit uit een anterieure verantwoordelijkheid. Zeggenschap – in de zin van de mogelijkheid tot ingrijpen – heeft hier een onderscheidende betekenis.[220] Daartegenover staat het zuiver nalaten, dat zijns inziens de gevallen betreft waarin een dergelijke verantwoordelijkheid ontbreekt, maar waarin desalniettemin reden bestaat om aansprakelijkheid aan te nemen.[221] Door Van Dam wordt zuiver nalaten omschreven als een nalaten in situaties waarbij men niet zelf actief betrokken is geweest bij het ontstaan van een gevaarsituatie en er ook geen bijzondere relatie bestaat tussen de nalatige en de dader, het slachtoffer

215 Tjong Tjin Tai 2006, p. 146.
216 Tjong Tjin Tai 2006, p. 148.
217 Zie Jansen, *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 3.4.3.
218 Literatuur over aansprakelijkheid wegens zuiver nalaten is schaars, zie de verwijzingen van Tjong Tjin Tai 2006, p. 160, alsook Tjong Tjin Tai 2007, p. 2540 en verder Verbunt & Van den Heuvel 2007, p. 213-216, Akerboom 2008, p. 7 e.v., Verheij 2015, nr. 23 e.v., Jansen, *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 6.5 e.v. en Hartlief e.a. 2018, p. 55.
219 Verbunt & Van den Heuvel 2007, p. 214.
220 Vlg. Tjong Tjin Tai 2007, p. 2546.
221 Tjong Tjin Tai 2006, p. 160.

of de zaak waaraan schade is toegebracht.[222] Giesen beschrijft zuiver nalaten als die gevallen waarin de aangesprokene geen bijdrage heeft geleverd aan het ontstaan van het gevaar of de risico's die uiteindelijk de schade hebben doen intreden, maar enkel aan de realisering van dat gevaar dan wel de gevallen waarin de aangesprokene het risico niet heeft tegengehouden of er niet voor heeft gewaarschuwd.[223] Jansen spreekt van 'het laten voortbestaan van een gevaarlijke situatie die men niet zelf in het leven heeft geroepen'.[224] Volgens Lindenbergh gaat het bij zuiver nalaten om de vraag onder welke omstandigheden actief ingrijpen vereist is en nalaten onrechtmatig wordt.[225]

Uit deze beschrijvingen blijkt reeds het verband met doorbraak van aansprakelijkheid. In beginsel is er sprake van schadeveroorzakend handelen van de dochter jegens haar schuldeisers, waarvoor de moeder strikt genomen geen verantwoordelijkheid draagt. Strikt genomen, want toegegeven zij dat de déconfiture van een dochter soms ontstaat dóór de beleidsbemoeienis van de moeder. Met name bezien vanuit *Sobi/Hurks II* berust de aansprakelijkheid van de moeder op het verwijt dat zij heeft stilgezeten waar handelen – gelet op haar inzicht in de dochter – geboden was en – gelet op haar zeggenschap over de dochter – mogelijk was.[226] En dat is nu exact het verwijt dat in geval van zuiver nalaten aan de orde wordt gesteld. Uit het arrest *Coutts Holding* kan mijns inziens (voorzichtig) worden geconcludeerd dat wanneer de moeder juist wel tijdig en voldoende oog heeft voor de belangen van de schuldeisers van haar dochter – moeder zit niet stil – aansprakelijkheid niet in de rede ligt.[227]

In zijn arrest *Heddema/De Coninck* heeft de Hoge Raad de maatstaven aangereikt die nog steeds in gevallen van aansprakelijkheid voor zuiver nalaten moeten worden toegepast.[228] In casu werden de ouders van Trudy en Maurice Heddema door broodbezorger De Coninck aangesproken wegens een door de kinderen gepleegde onrechtmatige daad. Trudy en Maurice hadden tijdens het spelen op de oprit op enkele decimeters van de grond een touwtje gespannen en, eenmaal uitgespeeld, dat touwtje niet opgeruimd. De nietsvermoedende De Coninck struikelde over dit touwtje met zijn bakkersmand nog aan zijn arm en liep door zijn val ernstig letsel op. Het hof oordeelde dat er voor de kinderen een rechtsplicht bestond om, na op het eigen erf een niet door hen zelf in het leven geroepen situatie te hebben waargenomen die door een redelijk denkend volwassen persoon van normale levenservaring als een 'acute

222 Van Dam 1995, p. 48.
223 Giesen 2004, p. 6.
224 Jansen, *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 6.5.2.
225 Hartlief e.a. 2018, p. 55.
226 Vgl. A-G Timmerman in zijn conclusie bij HR 12 september 2008, *JOR* 2008, 297, m.nt. Van Maanen (*Coutts Holding*).
227 HR 12 september 2008, *JOR* 2008, 297, m.nt. Van Maanen (*Coutts Holding*).
228 HR 22 november 1974, *NJ* 1975, 149, m.nt. Scholten (*Heddema/De Coninck*).

gevaarssituatie' zou zijn herkend, die situatie op te heffen of potentiële slachtoffers te waarschuwen. Door beide na te laten hadden de kinderen naar de mening van het hof een onrechtmatige daad gepleegd. A-G Berger deelde de mening van het hof niet. Zijns inziens ging het erom of men weet kon hebben of moest hebben van de betamelijkheidsplicht die men door het nalaten geschonden achtte.

De Hoge Raad is het niet eens met het hof en nuanceert ook het standpunt van A-G Berger. Hij oordeelt dat van een rechtsplicht om een waargenomen gevaarssituatie voor het ontstaan waarvan men niet verantwoordelijk is, op te heffen of anderen daarvoor te waarschuwen in het algemeen alleen dan sprake kan zijn indien *'de ernst van het gevaar dat die situatie voor anderen meebrengt tot het bewustzijn van de waarnemer is doorgedrongen'*. Aansprakelijkheid voor nalaten vereist dus ten minste een zekere mate van bewustwording.[229] De Hoge Raad gaat uit van een subjectieve toetsing op dit punt, nu het begrip 'bewustwording' reeds een objectieve toetsing buitenspel zet. Vereist is een daadwerkelijk bewustzijn van de laedens.[230] Indien men toekomt aan de vraag wat men behoorde te weten of kennen, ligt daarin immers al besloten dat van een daadwerkelijk weten of kennen bij diegene geen sprake is, zodat ook het bewustzijn heeft ontbroken. Hiermee formuleert de Hoge Raad het minimumvereiste voor aansprakelijkheid wegens zuiver nalaten. Hij voegt daar nog een uitzondering aan toe, namelijk de gevallen waarin sprake is van *'bijzondere verplichtingen tot zorg en oplettendheid zoals* [die] *kunnen voortvloeien uit een speciale relatie met het slachtoffer of met de plaats waar de gevaarssituatie zich voordoet'*.

Ik begrijp de Hoge Raad zo dat alleen wanneer sprake is van zuiver nalaten voornoemd minimumvereiste van daadwerkelijk bewustzijn moet worden toegepast.[231] Zodra echter sprake is van een bijzondere verplichting tot zorg en oplettendheid, speelt het subjectieve bewustzijn een ondergeschikte rol en mag ten aanzien van het bewustzijn juist worden geobjectiveerd.[232] In de literatuur onderscheidt men

229 Zie Tjong Tjin Tai 2006, p. 161.

230 In deze zin ook Van Dam 1995, nr. 45; Tjong Tjin Tai 2006, p. 161; Verbunt & Van den Heuvel 2007, p. 215; Akerboom 2008, p. 12 en 19; Verheij 2015, nr. 23.1 en Jansen, *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 6.5.3.1; kritisch over deze subjectiviteit is Jansen 2016, par. 3 onder meer verwijzend naar Jansen 2012, die ervoor pleit dat aansprakelijkheid wegens zuiver nalaten kan worden aangenomen, indien de laedens wist of geacht mocht worden te weten van het gevaar dat het slachtoffer bedreigde.

231 Zie HR 2 februari 2001, *NJ* 2002, 379, m.nt. Snijders (*S./Vonk*), waarin er volgens de Hoge Raad geen sprake was van een bijzondere relatie of rechtsverhouding zodat voor aansprakelijkheid sprake moest zijn van een daadwerkelijk bewustzijn, hetgeen volgens de Hoge Raad ontbrak.

232 Evenzo Jansen, *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 6.5.5; vgl. verder HR 27 november 2015, *NJ* 2016, 245, m.nt. Tjong Tjin Tai (*Ponzi-zwendel*), r.o. 4.6 waarin de Hoge Raad het oordeel van het hof 'herformuleert' tot een beoordeling van het subjectieve bewustzijn van de bank en dit bewustzijn bij de bank, gelet op haar specifieke positie en deskundigheid, vervolgens bekend veronderstelt; in Rb. Den Haag 14 juni 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:6371, *NJF* 2017, 313 (*Ouders Tristan van der V.*) overweegt de rechtbank dat er voor ouders ten aanzien van meerderjarige kinderen in het algemeen geen bijzondere zorgplicht bestaat, maar die zorgplicht wel kan bestaan op basis van de

naast het bewustzijn nog de volgende criteria voor aansprakelijkheid wegens zuiver nalaten: (i) de aanwezigheid van concrete kennis omtrent het bestaande gevaar aan de zijde van de waarnemer; (ii) de dreiging van ernstig letsel aan de zijde van het potentiële slachtoffer; (iii) het bestaan van een mogelijkheid en noodzaak om actie te ondernemen aan de zijde van de waarnemer en (iv) het bestaan van een reële verhouding tussen de moeite en kosten van het ondernemen van actie enerzijds en het gevaar anderzijds.[233] De aandachtige lezer ziet hierin de gelijkenis met de in de rechtspraak gegeven invulling aan de concrete omstandigheden van het geval die wordt toegepast in geval van gevaarzetting, zoals hiervoor aangehaald. Van Dam onderscheidt ten slotte twee gevallen waarin aansprakelijkheid voor zuiver nalaten kan worden aanvaard. Ten eerste de situatie waarin iemand nalaat om in te grijpen met de opzet om de ander schade te laten lijden. Ten tweede de situatie dat iemand tot ingrijpen of waarschuwen (een 'doen') verplicht is, omdat – kort gezegd – sprake is van een zodanig verschil in kennis en kunde, dat actief ingrijpen gerechtvaardigd is.[234]

Wanneer ik *Heddema/De Coninck* loslaat op het hiervoor geschetste kader over indirecte doorbraak, rijst de vraag welke van de in het arrest genoemde gevallen aan de orde is. Rust op de moeder een bijzondere plicht tot zorg en oplettendheid? Die plicht wordt mijns inziens – evenals de reikwijdte[235] ervan – bepaald door de concrete omstandigheden van het geval. Volgens de Hoge Raad kan een dergelijke plicht onder meer bestaan wanneer sprake is van een speciale relatie met het slachtoffer of met de plaats waar de gevaarsituatie zich voordoet. Om beter te kunnen begrijpen wanneer überhaupt een plicht tot handelen bestaat, is de door Tjong Tjin Tai opgeworpen vraag, namelijk waarom bepaalde omstandigheden tot een plicht tot handelen zouden moeten leiden, interessant. Zijns inziens is de grondslag voor een dergelijke bijzondere plicht slechts daarin te vinden dat men zich in bepaalde omstandigheden de belangen van anderen in actieve zin moet aantrekken. Daarbij verdicht voornoemde zwakke zorgplicht zich onder deze omstandigheden tot een concrete plicht tot handelen. Dat doet zich voor wanneer sprake is van een zekere mate van nabijheid en afhankelijkheid.[236] Met het eerste begrip doelt de auteur op de mogelijkheid en de

concrete omstandigheden van het geval. De rechtbank lijkt deze bijzondere zorgplicht tot op zekere hoogte aan te nemen door uit te gaan van objectieve toets ter zake de kennis van de ouders ('wisten of konden weten', r.o. 4.12) hoewel zij daarvoor 'concrete kennis' van het bestaande of op handen zijnde gevaar als vereiste stelt (r.o. 4.8). In haar samenvattende conclusie blijkt dat aansprakelijkheid van de ouders niet in de rede ligt, omdat de ouders 'op geen enkele wijze' hoefde te vrezen voor het geweld. Ook daarin is de objectieve toets te herkennen, omdat dat de rechtbank met zoveel woorden zegt dat de ouders het gevaar niet hoefde te kennen; zie in dit verband ook de discussie tussen Van Andel 2006a en 2006b en Kortmann 2006 in Ondernemingsrecht.

233 Zie met verwijzingen Jansen, *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 6.5.4.

234 Van Dam 1995, p. 97-99.

235 Vgl. HR 9 januari 1998, *NJ* 1999, 285, m.nt. Kleijn (*MeesPierson/Ten Bos*); HR 23 december 2005, *NJ* 2006, 289, m.nt. Mok (*Safe Haven*).

236 Tjong Tjin Tai 2006, p. 162.

daaruit voortvloeiende plicht om te handelen, ook wel *handelingsnabijheid*. Hij relateert dit begrip aan de afhankelijkheid, in de zin dat de ander afhankelijk is van de hulp, omdat hij niet in staat is zelf voor het in gevaar zijnde belang te zorgen, terwijl degene ten aanzien waarvan tot een zorgplicht wordt geconcludeerd dat vanwege zijn nabijheid wel kan. Een antecedente verantwoordelijkheid of betrokkenheid kan de nabijheid vergroten. Ik leid daaruit af dat een antecedente verantwoordelijkheid echter niet is vereist. Aan beide criteria voegt Tjong Tjin Tai nog een derde criterium toe, namelijk het belang dat zorg behoeft. Dit laatste criterium, zo begrijp ik de auteur, beperkt het bestaan van bijzondere verplichtingen tot noodsituaties of situaties waarin sprake is van bijzondere (psychisch-emotionele) persoonlijke belangen. Er zal ten minste sprake moeten zijn van een bijzondere afhankelijkheid en een buitengewoon dringend belang, aldus de auteur.[237] Me dunkt dat het hier gaat om de ondergrens die geldt in geval van zuiver nalaten. Zodra sprake is van een door de Hoge Raad bedoelde speciale relatie, zou dan dus eerder tot aansprakelijkheid wegens nalaten kunnen worden geconcludeerd.[238]

De door Tjong Tjin Tai gehanteerde criteria zijn volgens mij te herleiden tot de door de Hoge Raad gegeven voorbeelden. De speciale relatie met het slachtoffer of de plaats waar de gevaarsituatie zich voordoet, duidt immers op een te onderscheiden verhouding tussen laedens en gelaedeerde, dan wel de laedens en de plaats van het onheil. Die verhouding kan relatief vaag van aard zijn, zo blijkt mijns inziens onder meer uit de arresten *MeesPierson/Ten Bos* en *Safe Haven*. Daarin nam de Hoge Raad een bijzondere zorgplicht van de bank aan op grond van de maatschappelijke functie van de bank.[239] Met andere woorden, een bijzondere plicht kan soms snel worden aangenomen, waarbij – als ik het goed zie – de aard van de relatie ook medebepalend is.[240] Van Dam breidt de door de Hoge Raad gegeven voorbeelden onder meer uit tot een speciale relatie met de dader.[241] Hij verwijst naar de gevallen waarin sprake is van een verantwoordelijkheid om toezicht te houden op het gedrag van degenen die onder toezicht van de aangesprokene staan. De rechtvaardiging voor deze verantwoordelijkheid moet worden gezocht in de omstandigheid dat de toezichthoudende persoon beschikt over kennis met betrekking tot de gevaarlijke situaties die de dader

237 Tjong Tjin Tai 2006, p. 163-164.

238 Vgl. Tjong Tjin Tai 2007, p. 2543 waarin hij de speciale relatie bespreekt in het kader van gewoon nalaten (categorie 2 in zijn bijdrage) en ten aanzien van zuiver nalaten (categorie 3 in zijn bijdrage) vooropstelt dat er geen sprake is van zeggenschap over de relevante oorzaak van de schade, die volgens de auteur kan liggen in een natuurlijke gebeurtenis, handelen van een derde of van het slachtoffer zelf).

239 HR 23 december 2005, *NJ* 2006, 289, m.nt. Mok (*Safe Haven*), r.o. 6.3.2.

240 Kennelijk behelst de relatie van een bank meer dan de enkele relatie met de klant, nu de bank een maatschappelijke functie heeft en in dier voege (eveneens) in een bepaalde relatie tot anderen – niet uitsluitend haar klanten – staat. Volgens de Hoge Raad biedt de bijzondere zorgplicht van de bank mede bescherming tegen eigen lichtvaardigheid en een gebrek aan kunde en inzicht bij het beleggend publiek.

241 Van Dam 1995, p. 71 e.v., die ook noemt de relatie met een onroerende zaak waar het gevaar zich manifesteert en de relatie met de roerende zaak die het gevaar veroorzaakt; evenzo Verbunt & Van den Heuvel 2007, p. 215 en Verheij 2015, par. 23.1.

kan veroorzaken en over de mogelijkheden om deze te vermijden, terwijl deze kennis en mogelijkheden bij een derde meestal ontbreken.[242] De mogelijkheid iets te kunnen doen, vormt een wezenlijke voorwaarde voor aansprakelijkheid wegens nalaten.[243] Ook Tjong Tjin Tai wijst op het bestaan van een dergelijke verantwoordelijkheid, die kan worden beredeneerd vanuit zeggenschap; het gaat om degene die zich in de beste positie bevindt om de schade voorkomen.[244] Hij breidt aldus het bestaan van vorenbedoelde bijzondere plicht eveneens uit tot gevallen waarin sprake is van een speciale relatie met de dader.[245] Hoewel verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid twee te onderscheiden begrippen zijn, kan het een wel tot het ander leiden.[246]

Het bestaan van zorgplichten is zoals gezegd terug te leiden tot de gedachte dat men bij ieder handelen rekening moet houden met de belangen van anderen. De maatschappelijke zorgvuldigheid wordt in de basis bepaald door de vraag of de dader anders heeft gehandeld dan hij had moeten doen om te voorkomen dat hij schade zou toebrengen aan een bepaald belang van een ander dat hij had behoren te ontzien. Daarvoor is mede vereist dat diegene het belang kende of behoorde te kennen. Aansprakelijkheid is dan het gevolg van een nalaten om het desbetreffende belang op enigerlei wijze te ontzien, waarbij met name opheffing van of waarschuwing voor de belangenschending als mogelijkheden van ontzien worden geopperd. Voor aansprakelijkheid wegens zuiver nalaten is ten minste een daadwerkelijk bewustzijn van de laedens met de belangenschending vereist. Deze subjectieve maatstaf geldt evenwel niet indien op de laedens een bijzondere zorgplicht (plicht tot zorg en oplettendheid) rust, want in die gevallen geldt een objectieve maatstaf en kan aansprakelijkheid worden aangenomen als de laedens de belangenschending kende of behoorde te kennen. Zo'n bijzondere zorgplicht verlangt echter wel het bestaan van een bepaalde verhouding tussen de laedens en de gelaedeerde of degene die de schade van de gelaedeerde werkelijk heeft veroorzaakt (de dader). In dit laatste ligt de handelingsnabijheid besloten, namelijk de daadwerkelijke mogelijkheid voor de laedens om de in gevaar zijnde belangen te ontzien.

5.3.2.3 De betekenis van de concernleidingsplicht

Het onderscheid tussen gewoon en zuiver nalaten is in geval van doorbraak van aansprakelijkheid in concernverhoudingen moeilijk te maken.[247] Dat komt volgens mij omdat de problematiek vanuit twee perspectieven kan worden benaderd.

---

242 Van Dam 1995, p. 78-79.
243 Vgl. Kortmann 2006, par. 2; Jansen 2012, p. 439.
244 Tjong Tjin Tai 2007, p. 2542.
245 Tjong Tjin Tai 2007, p. 2543.
246 Vgl. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/439.
247 Volgens A-G Timmerman lopen de meningen over het onderscheid tussen gewoon en zuiver nalaten in dit verband niet zelden uiteen, zie zijn conclusie bij HR 12 september 2008, *JOR* 2008, 297, m.nt. Van Maanen (*Coutts Holding*), overweging 3.3.

Enerzijds kan worden beredeneerd dat er in concernverhoudingen per definitie een zekere mate van verantwoordelijkheid van de moeder voor het doen en laten van haar dochter bestaat. De vennootschappen zijn organisatorisch verbonden en vormen een economische eenheid onder centrale leiding (artikel 2:24b BW).[248] Die centrale leiding bestaat (veelal) uit de positie van de moeder in hoedanigheid van aandeelhouder en eventueel die van bestuurder, dan wel door middel van een personele unie op bestuursniveau. Als zodanig heeft (het bestuur van) de moeder het groepsbelang in acht te nemen en wordt in de literatuur gesproken van een concernleidingsplicht.[249] Dat impliceert ook het bestaan van een anterieure verantwoordelijkheid – zoals het geval is bij gewoon nalaten – van de moeder voor haar dochter.[250] Die verantwoordelijkheid vertaalt zich in een zorgplicht jegens de schuldeisers van haar dochter.[251] In dit perspectief is mijns inziens de economische werkelijkheid doorslaggevend.[252]

Anderzijds kan men zich weliswaar realiseren dat moeder en dochter in een vennootschappelijke en vaak ook contractuele verhouding tot elkaar staan, maar tegelijkertijd vasthouden aan het door artikel 2:5 BW gecreëerde onderscheid tussen de verschillende entiteiten in de groep. De moeder is dan eerst en vooral aandeelhouder en heeft uit dien hoofde zeggenschap. Mogelijk is de moeder ook bestuurder bij haar dochter of is er sprake van een personele unie op bestuursniveau, maar in de

248 Vgl. Huizink 2010, p. 16; Klein Wassink 2016, p. 385.

249 Zie o.a. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/828; Bartman e.a. 2016, par. 3.5.

250 Zie ook Huizink 2002.

251 Onjuist lijkt mij het door Van Liere 2015 verdedigde standpunt dat op de moeder onophoudelijk een zorgplicht rust jegens de crediteuren van haar dochter, die als uitwerking daarvan zelfs spreekt van een toezichtsplicht. Van Liere miskent dat in de door haar besproken rechtspraak steeds eerst een zorgplicht moet worden vastgesteld, zodat die zorgplicht niet reeds bestaat en derhalve ook van een onophoudelijke zorgplicht geen sprake kan zijn. In ieder geval kan niet worden aangenomen dat *ab initio* sprake is van een ingrijp- of waarschuwingsplicht, terwijl ook het bestaan en reikwijdte van de door haar bedoelde toezichtsplicht mijns inziens afhangt van de mate van inzicht in en bemoeienis met de dochter alsook de bijzondere inrichting van het concern en dus niet het bestaan van een concernverhouding *sec* (vgl. Van den Ingh 2006, p. 56 en A-G Timmerman, overweging 4.31, in zijn conclusie bij HR 12 september 2008, *JOR* 2008, 297, m.nt. Van Maanen (*Coutts Holding*)), zie hierover de volgende paragraaf; Klein Wassink 2016, p. 386 lijkt een vergelijkbaar standpunt als Van Liere te verdedigen.

252 Zie in deze zin HvJ EU 14 maart 2019, *Ondernemingsrecht* 2019, 74, m.nt. Drijber (*Skanska Industrial Solutions e.a.*). Uit deze uitspraak volgt dat de vraag welke entiteiten aansprakelijk kunnen worden gehouden voor kartelschade aan de hand van het recht van de Europese Unie moet worden beantwoord. Het begrip 'onderneming' uit het mededingingsrecht wordt door het Hof in deze uitspraak ruim uitgelegd als de 'economische eenheid' die ook uit meerdere rechtspersonen kan bestaan. Een moedervennootschap kan in het mededingingsrecht aansprakelijk zijn voor inbreuken die haar dochter heeft begaan, nu zij onderdeel zijn van dezelfde economische eenheid wanneer de moedermaatschappij beslissende invloed uitoefent op het marktgedrag van haar dochter (HvJ EU 10 september 2009, ECLI:EU:C:2009:536 (*Akzo Nobel/Commissie*).

hoedanigheid van aandeelhouder schept dat geen verantwoordelijkheid.[253] Schiet een dochter jegens haar schuldeiser(s) tekort, dan is zij daarvoor zelf verantwoordelijk en aansprakelijk. Een anterieure verantwoordelijkheid van de moeder ontbreekt in dit perspectief, waarin de nadruk juist op de juridische werkelijkheid ligt. Doorbraak van aansprakelijkheid bevindt zich dan in de sfeer van zuiver nalaten, waarbij sprake is van een speciale relatie tussen moeder enerzijds en dochter (dader) anderzijds op basis waarvan een bijzondere zorgplicht bestaat. Als gevolg daarvan dient de moeder in concreto rekening te houden met de belangen van de schuldeisers van haar dochter, in zoverre dat zij deze moet ontzien voor zover zij daartoe in staat is. Bij het duiden van deze speciale relatie zal men in concernverhoudingen echter eveneens al snel wijzen op de centrale leiding vanuit de moeder en haar concernleidingsplicht.

Het uitgangspunt voor het bepalen van de mate van verantwoordelijkheid die van een aandeelhouder in algemene zin mag worden verwacht, moet – nog los van de concernleidingsplicht – worden bezien tegen de achtergrond van het door de aandeelhouder te behartigen belang. In de literatuur bestaat verdeeldheid over de vraag of en in hoeverre de individuele aandeelhouder uitsluitend zijn eigen belang mag behartigen.[254] In het klassieke *Wennex*-arrest en nadien ook in de arresten *Melchers* en *Aurora* oordeelde de Hoge Raad, kort gezegd, dat met het stemrecht de aandeelhouder een eigen recht is gegeven om zijn belangen in de vennootschap te dienen.[255] Dat recht wordt in beginsel slechts beperkt door de leerstukken misbruik van recht en de redelijkheid en billijkheid. Tegenstanders van deze leer van de aandeelhoudersautonomie betogen dat de aandeelhouder zijn bevoegdheden moet uitoefenen met het oog op de belangen van alle betrokkenen bij de vennootschap. Het eigen belang mag daarbij wel een gewichtige rol spelen.[256] Kemp heeft mijns inziens overtuigend betoogd dat de individuele aandeelhouder nochthans zijn eigen belang mag

253 Wat mij betreft is de praktijk gebaat bij een in beginsel duidelijk onderscheid tussen bestuurdersaansprakelijkheid en aandeelhoudersaansprakelijkheid gelet op het verschil, zo niet strikte onderscheid, tussen beide functies binnen de vennootschappelijke organisatie. Dat dit onderscheid in concernverhoudingen naar de achtergrond treedt acht ik op zichzelf niet bezwaarlijk, maar deze ontwikkeling heeft de potentie om de beoordeling van gevallen waarin louter aandeelhoudersaansprakelijkheid aan de orde is, te vertroebelen. De beoordelingskaders voor bestuurdersaansprakelijkheid en aandeelhoudersaansprakelijkheid groeien als gevolg daarvan steeds meer naar elkaar toe. Dat nu lijkt mij niet wenselijk gezien voornoemd verschil in functie.

254 Zie Kemp 2015, p. 187-193 voor een uitgebreide weergave van de verschillende standpunten met verwijzingen; zie ook Olaerts 2017, p. 633-634.

255 HR 30 juni 1944, *NJ* 1944, 465 (*Wennex*), HR 13 november 1959, *NJ* 1960, 472 (*Melchers*) en HR 19 februari 1960, *NJ* 1960, 473, m.nt. Bröring (*Aurora*).

256 Zie Kemp 2015, p. 191 over deze 'gemeenschapsgedachte'; zie ook Assink & Timmerman 2019, p. 871-872 die in het streven naar langetermijnwaardecreatie een meervoudige belangenbehartiging lezen en vanuit dat perspectief ruimte zien om onder omstandigheden aan te nemen dat ook de aandeelhouder het vennootschappelijk belang (meer) in acht dient te nemen.

behartigen.[257] Daarbij merkt hij op dat onder het eigen belang ook de belangen van de aandeelhouder in een andere hoedanigheid een rol kunnen spelen, zoals die van leverancier en afnemer. Als deze belangen uit een andere hoedanigheid niet parallel lopen met het eigen belang als aandeelhouder is sprake van een tegenstrijdig belang. Dat kan een beperkende werking hebben op het eigen belang van de aandeelhouder, aldus Kemp.[258] Tegelijkertijd realiseert hij zich dat de aandeelhouder onderdeel is van een samenwerkingsverband. Vanuit dat perspectief mag volgens Kemp van de aandeelhouder ook een meer op het belang van dat samenwerkingsverband gericht beleid worden verwacht.[259] Olaerts koppelt de mate waarin de aandeelhouder zich het vennootschappelijk belang moet aantrekken daarentegen aan de mate van invloed.[260] Naarmate de invloed van de aandeelhouder toeneemt en deze meer opschuift in de richting van het bestuur, mag een verdergaande behartiging van het vennootschappelijk belang worden verwacht.[261] Daarbij doelt zij overigens niet op het overnemen van de bestuurstaak, maar juist op het opschuiven van de aandeelhouder in de richting van het bestuur, waardoor hij karakteristieken vertoont die het bestuur juist geschikt maken om het vennootschappelijk belang te behartigen.[262] Olaerts merkt terecht op dat de aandeelhouder die meer inzicht heeft in de verschillende belangen, dienaangaande ook een betere afweging kan maken.[263] Zij verdedigt bovendien dat de aandeelhouder zijn eigen belang eerder zal moeten achterstellen bij het vennootschappelijk belang indien het gaat om een aandeelhouder met kennis van zaken wegens een langere dan wel een indringendere betrokkenheid bij de vennootschap.[264] Ik zou dit zo willen begrijpen dat naarmate de betrokkenheid toeneemt, ook het inzicht van de aandeelhouder zal toenemen als gevolg waarvan deze zich in sterkere mate zal moeten laten leiden door het vennootschappelijk belang. Echter, slechts indien aan die betrokkenheid uiting wordt gegeven in de zin van bemoeienis voortvloeiend uit (feitelijke) zeggenschap, meen ik dat op de aandeelhouder ook een zekere mate van verantwoordelijkheid komt te rusten, omdat dan sprake is van de hierboven beschreven kenbaarheid van de belangen alsook de mogelijkheid om deze te ontzien.

257 Zie ook Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/1, waarin dit gedachtegoed als *communis opinio* is neergezet.

258 Kemp 2015, p. 196-197; mijns inziens moet de aandeelhouder zich in geval van een tegenstrijdig belang richten op zijn eigen belang in de hoedanigheid van aandeelhouder en zou hij de belangen uit andere hoedanigheden niet mogen laten meewegen. In die gevallen zou de belangenbehartiging door de aandeelhouder wat mij betreft meer moeten opschuiven naar het vennootschappelijk belang in de zin van het bevorderen van het bestendige succes van de onderneming.

259 Kemp 2019, par. 4.4.

260 Evenzo Schrama 2012, p. 105-106.

261 Zie ook Assink 2019, nr. 10.

262 Olaerts 2017, p. 637-638.

263 Olaerts 2017, p. 638; vgl. Kemp 2015, p. 319.

264 Olaerts 2017, p. 638.

In concernverhoudingen is de moeder vaak, al dan niet indirect, de enig aandeelhouder van haar dochters. De moeder vormt dan (in feite) ook de aandeelhoudersvergadering. Verschilt haar positie dan van die van de individuele aandeelhouder? Volgens Kemp behoort de algemene vergadering het vennootschappelijk belang te behartigen, omdat zij – anders dan de individuele aandeelhouder – een orgaan van de vennootschap is.[265] Nemen wij dat tot uitgangspunt, dan wordt daaraan in concernverhoudingen een extra dimensie toegevoegd: het concernbelang. Voor de moeder is dit belang leidend; voor haar dochter(s) speelt het concernbelang een rol, maar is dit niet aanstonds doorslaggevend.[266] Ingevolge artikel 2:9 BW is (het bestuur van) de moeder als aandeelhouder jegens haar dochter(s) gehouden tot een behoorlijk concernbeleid. Tussen moeder en dochter bestaat een wederzijdse verplichting om elkaar te informeren.[267] Discutabel is of van de moeder mag worden verwacht dat zij een volledig inzicht heeft in de administratie van haar dochter(s) in de zin van artikel 2:10 BW.[268] Een behoorlijk concernbeleid verlangt mijns inziens dat de moeder in ieder geval enig inzicht heeft in de (financiële) gesteldheid van haar dochters en dat veronderstelt een behoorlijke administratie van het concern als zodanig. De moeder vormt de entiteit die centraal leiding geeft aan de groep als geheel en kan tot op zekere hoogte als een met een bestuurder vergelijkbare leidinggevende van de groep worden beschouwd.[269] Buijn en Storm zien in het spanningsveld tussen concernbelang en het vennootschappelijk belang van de dochters de kern van het concernrecht: 'Het gaat in wezen om de vraag welke consequenties het recht verbindt aan moeders machtsuitoefening in de dochter. (…) is de moeder aansprakelijk voor de door die machtsuitoefening veroorzaakte schade?'[270]

---

265 Kemp 2015, p. 315-316; in deze zin ook Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/124 sub d.

266 Zie HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002, 94, m.nt. Maeijer (*Juno*) en *Kamerstukken II* 2010/11, 32 887, nr. 3, p. 16 (MvT); Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/827; Bartman e.a. 2016, par. 1.6.

267 Zie Hof (OK) Amsterdam 10 december 1981, *NJ* 1983, 24, m.nt. Maeijer (*Ford*) en HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 466, m.nt. Maeijer (*Ogem II*); zie ook Raaijmakers 1993, p. 48 die de verplichting tot behoorlijk bestuur als de belangrijkste grondslag voor een plicht tot actieve leiding aanwijst.

268 Vgl. Hof Den Haag 22 augustus 2017, *JOR* 2017, 317, m.nt. Harmsen (*Soxx Holding*) in tegenstelling tot bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 13 juli 2004, *JOR* 2004, 292 (*Van Gils*). Annotator Harmsen lijkt aan te willen sluiten bij laatstgenoemd arrest en overweegt dat de werkzaamheden van een moeder in belangrijke mate zullen bestaan uit het besturen, beheersen en uitoefenen van centrale leiding bij de groepsmaatschappijen. Daarvoor is een adequate administratie op het niveau van de moedermaatschappij noodzakelijk; zie verder Huizink 2017, die in artikel 2:10 BW geen verplichting van de moeder leest om de rechten en verplichtingen van haar dochters te allen tijde moet kunnen kennen; evenzo Verstoep 2018.

269 Vgl. Bartman e.a. 2016, par. 3.5 die de topholding aanmerkt als een quasi-orgaan van het concern, ook zonder dat zij optreedt als formeel bestuurder van haar dochters, en – verderop – spreekt van 'juridische congruentie tussen de statutair bestuurder en de moedermaatschappij'; zie ook Olaerts 2019, par. 5.3, waarin zij betoogt dat het uitoefenen van de aandeelhoudersverantwoordelijkheid op dochterniveau tot de bestuurstaak op het niveau van de concernleiding wordt gerekend.

270 Buijn/Storm 2013, p. 425.

Volgens mij ligt hierin ook de betekenis van de concernleidingsplicht besloten. De op de moeder rustende concernleidingsplicht[271] kleurt haar aansprakelijkheidspositie als aandeelhouder als gevolg waarvan de indirecte doorbraak in concern een eigen, te onderscheiden karakter heeft. Mijns inziens verschilt de reikwijdte van deze verplichting per concern en is zij afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Echter, het concernverband impliceert op zichzelf al bemoeienis met de dochter.[272] Naargelang de verwevenheid binnen de groep toeneemt, onder meer door een sterk geïntegreerde samenwerking, concernfinanciering en contractuele relaties, mag van een moeder worden verwacht dat zij zich haar rol als leidinggevende in verdergaande mate aanmeet en evenredig daaraan ook haar inzicht in de dochter uitbreidt.[273] De moeder moet dus haar verantwoordelijkheid nemen.[274] Met die verantwoordelijkheid komt ook het risico op aansprakelijkheid.

Volgens Klein Wassink hangt met de verplichting tot het aansturen van het concern samen dat binnen concernverband op de moedervennootschap een zorgplicht rust jegens de crediteuren van haar dochtervennootschappen.[275] Dat is mij toch iets te gortig. De verantwoordelijkheid die voor de moeder voortvloeit uit haar concernleidingsplicht brengt mijns inziens niet *aanstonds* een zorgplicht jegens de schuldeisers van haar dochter met zich.[276] Daarvoor is meer vereist, zoals een concrete aanleiding voor de moeder om de belangen van de schuldeisers van haar dochter te ontzien[277] of (mede)beleidsbepaling als ware zij bestuurder (artikel 2:248/138 lid 7 BW).[278]

271 Uiteindelijk berust deze concernleidingsplicht op het bestuur van de moeder, aldus o.m. Bartman e.a. 2016, par. 3.5; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/828 bespreekt het onderwerp daarentegen vanuit het perspectief van de moedervennootschap, zo ook o.m. Van den Ingh 2006, p. 51 e.v., Buijn/Storm 2013, p. 449, Raaijmakers 2015, p. 13 e.v. en Klein Wassink 2016, p. 385 en 386.

272 Huizink 2002.

273 Vgl. Olaerts 2019a, par. 28.3.

274 Vgl. Huizink 2010, p. 17 die spreekt van een verantwoordelijkheid voor de moeder voor het uitoefenen van centrale leiding, waaraan zij zich niet kan onttrekken; alsook Van den Ingh 2006, die de mate van toezicht door de moeder voor een belangrijk deel laat afhangen van de aard en de omvang van de activiteiten van de dochter, alsmede diens financiële positie.

275 Klein Wassink 2016, p. 386.

276 Vgl. Schoonbrood-Wessels 1996; Lennarts 1999, p. 195; Slagter/Assink 2013, p. 2282; zie ook Van der Sangen 2009, p. 150-153 lijkt dit te verdedigen; de Hoge Raad accepteert evenmin een actieve plicht tot het houden van toezicht, zoals blijkt uit HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 96, m.nt. Kortmann (*Sobi/Hurks II*), aldus ook Van Veen in zijn noot bij het arrest in *TvI* 2002, p. 180.

277 Vgl. Rb. Utrecht 12 december 2007, *JOR* 2008, 10, m.nt. Bartman (*Ceteco*), r.o. 6.6 waarin de rechtbank overweegt dat zelfs de omstandigheid dat de moeder zichzelf (feitelijk) verschillende rollen heeft aangemeten, daarmee nog geen sprake is van een zorgplicht. Daarvoor is volgens de rechtbank de feitelijke invulling van die rollen relevant. In dat verband stelt de rechtbank dat de uitvoering van die diverse rollen – in onderling verband en samenhang bezien – een zodanige intensieve bemoeienis *kan* opleveren dat dit rechtens relevante zorgplichten met zich *kan* brengen. Vervolgens beoordeelt de rechtbank of van een zodanige intensieve bemoeienis sprake was.

278 Vgl. voor dit laatste ook Raaijmakers 1993, p. 58-59.

Ik geloof dan ook meer in het door Van den Ingh beschreven driefasenmodel van concernrechtelijk toezicht.[279] Daarin dient de moeder in de eerste fase te volgen wat haar dochter doet en nalaat, waarbij de intensiteit van het 'toezicht' wordt bepaald door de verwevenheid en een gedegen informatie-uitwisseling noodzakelijk is. Zijn er negatieve signalen – wat mij betreft vorenbedoelde aanleiding – dan vangt een tweede fase aan, waarin op de moeder een onderzoeksplicht komt te rusten en van haar een meer actieve opstelling wordt verwacht.[280] De derde fase vangt ten slotte aan als uit het onderzoek duidelijk wordt dat de negatieve signalen juist blijken te zijn. Op dat moment ontstaat, aldus nog steeds Van den Ingh, een plicht tot ingrijpen. Een dergelijke benadering strookt mijns inziens met het hiervoor uiteengezette kader ter zake aansprakelijkheid voor nalaten. Tegelijkertijd wordt hiermee, ook in concernverband, recht gedaan aan het uitgangspunt dat de aandeelhouder in beginsel het voorrecht van beperkte aansprakelijkheid toekomt, terwijl juist met oog op dat concernverband hetgeen van de moeder mag worden verwacht, nader wordt geconcretiseerd.

5.3.2.4 De betekenis van intensieve bemoeienis

Wij zagen dat in de ontwikkeling van de moederlijke zorgplicht in de rechtspraak het begrip intensieve bemoeienis een prominente rol speelt. Ook de voorzienbaarheid, gekoppeld aan het inzicht van de moeder in de dochter, neemt een belangrijke plaats in binnen de beoordeling van aansprakelijkheid. De voorzienbaarheid vormt een wezenlijk element van de beoordeling en kan als constitutief vereiste voor aansprakelijkheid worden aangemerkt. Over de noodzaak en strekking van de intensieve bemoeienis bestaat in dit verband daarentegen onduidelijkheid.

Hoewel Van Andel en Kortmann van mening verschilden over de uitleg van het hiervoor aangehaalde arrest *Heddema/De Coninck*, lijken zij het erover eens te zijn dat een aandeelhouder in beginsel geen verantwoordelijkheid heeft voor het doen en laten van de vennootschap. Het ontbreekt de aandeelhouder in beginsel aan vorenbedoelde bijzondere plicht tot zorg en oplettendheid, omdat louter het zijn van aandeelhouder geen speciale relatie behelst. Kortmann: 'De positie van aandeelhouder is in dit opzicht niet wezenlijk anders dan die van een (belanghebbende) buitenstaander.' Beide auteurs wijzen in dit verband op de betekenis van de intensieve beleidsbemoeienis. Deze vormt de zo-even genoemde speciale relatie tussen de nalatige (de aandeelhouder) en de dader (de vennootschap) die noodzakelijk is om van een bijzondere zorgplicht van de aandeelhouder jegens schuldeisers van de vennootschap te

279 Van den Ingh 2006, p. 52-53.

280 Vgl. P-G Mok in zijn conclusie bij HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 96, m.nt. Kortmann (*Sobi/Hurks II*), overweging 6.3.3.3; evenzo Rb. Utrecht 12 december 2007, *JOR* 2008, 10, m.nt. Bartman (*Ceteco*), r.o. 6.14 waarin de rechtbank aan haar beoordeling uitdrukkelijk de vraag ten grondslag legt wat de moeder met het hoge informatieniveau over haar dochter heeft gedaan.

kunnen spreken.[281] Anders dan Van Andel stelt Kortmann echter dat de aandeelhouder óók aansprakelijk kan zijn wanneer geen sprake is van intensieve bemoeienis, maar slechts aan het minimumvereiste voor aansprakelijkheid wegens zuiver nalaten is voldaan, namelijk dat de aandeelhouder zich ten minste bewust is geweest van de noodzaak om te handelen. Onder verwijzing naar *Sobi/Hurks II* en de daarin door de Hoge Raad gelegde nadruk op de wetenschap van de aandeelhouder, stelt Kortmann: 'Is de aandeelhouder zich bewust van het specifieke gevaar dat bepaalde crediteuren van de vennootschap bedreigt – en mits de overige omstandigheden dusdanig zijn dat niet-ingrijpen in strijd zou zijn met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt – dan kan derhalve ook een aandeelhouder die zich niet intensief met de bedrijfsvoering van de vennootschap bemoeit, aansprakelijk zijn voor zijn stilzitten.'[282]

Hoewel Kortmann als voorwaarde noemt dat de aandeelhouder in staat moet zijn om op zinnige wijze in te grijpen, nuanceert hij dit verderop. Hij acht niet uitgesloten dat een aandeelhouder die wetenschap heeft van benadeling, ondanks het ontbreken van de feitelijke macht om het beleid van de vennootschap te beïnvloeden, toch onder bijzondere omstandigheden tot ingrijpen verplicht kan zijn. Daarmee zegt hij dus eigenlijk dat de aandeelhouder ondanks dat deze niet in staat is om *zelf* in te grijpen, toch aansprakelijk kan zijn omdat er een verplichting tot ingrijpen bestond en de aandeelhouder nalaat daaraan te voldoen. Als mogelijkheden voor de aandeelhouder noemt Kortmann onder meer het informeren van de raad van commissarissen, een externe toezichthouder of het waarschuwen van potentiële gelaedeerden. De hiervoor benoemde handelingsnabijheid impliceert mijns inziens echter dat voor aansprakelijkheid náást bewustzijn *ten minste* ook is vereist dat de aandeelhouder feitelijk zelf kan ingrijpen.[283] Hoewel daaronder wat mij betreft wel het waarschuwen[284] van potentiële gelaedeerden kan worden verstaan, kan ik Kortmann voor het overige niet volgen in zijn vergaande standpunt. Juist de mogelijkheid voor de aandeelhouder om iets te doen tegen het ontstaan van schade waarvan men zich

281 Van Andel 2006a, par. 4 en Kortmann 2006, par. 4.

282 Kortmann 2006, par. 4.

283 Vgl. Slagter/Assink 2013, p. 2281 die meent dat voor aansprakelijkheid de mogelijkheid tot ingrijpen kan volstaan.

284 Dat moet dan feitelijk wel mogelijk zijn, terwijl de aandeelhouder die zich niet intensief met het beleid bemoeit niet zonder meer over die mogelijkheid beschikt, bijvoorbeeld omdat zij niet tot in detail op de hoogte is van de crediteuren van haar dochter of nieuwe schulden die worden aangegaan. Ik zou bovendien menen dat de aandeelhouder die overweegt om crediteuren van haar dochter te waarschuwen, wel erg zeker van zijn zaak moet zijn. Gewaarschuwde crediteuren kunnen onder meer leveranties staken of trachten hun verhaalspositie te versterken, denk aan conservatoire beslaglegging. Waarschuwen betekent immers ook een risico dat de vennootschap van de regen in de drup raakt. Mijn voorkeur gaat ernaar uit dat de aandeelhouder dan eerst tracht tot een oplossing te komen in overleg met het bestuur en de eventuele RvC, een interne oplossing dus, en indien dat geen zoden aan de dijk zet uiteindelijk zelf maatregelen treft. Een dergelijke benadering doet meer recht aan de verdeling van verantwoordelijkheden binnen de vennootschappelijk organisatie.

bewust is en het verkeren in een betere positie dan de schuldeisers om dat ontstaan af te wenden, maakt mijns inziens immers dat sprake kan zijn van een nalaten.[285] Als de aandeelhouder feitelijk niet in staat is om de belangen van de schuldeisers te ontzien, kan hem ook niet het verwijt worden gemaakt dat hij dat wel had moeten doen om de enkele reden dat hij zich bewust was van de potentiële belangenschending. Anders dan van bestuurders en commissarissen kan van een aandeelhouder in beginsel niet worden verwacht dat deze steeds als een soort toezichthouder fungeert. De onpraktische aard van een dergelijke taak is juist de reden waarom (van oudsher) een onderscheid wordt gemaakt tussen aandeelhouders en bestuurders.[286]

In zijn dissertatie wijst Bartman bij zijn bespreking van het arrest *Albada Jelgersma II* de intensieve beleidsbemoeienis en zeggenschap over het beleid aan als de bepalende factor die doorbraak van aansprakelijkheid oplevert.[287] Zijns inziens leidt de beheersingsfactor, waarmee hij doelt op de aard van de concernverhouding, in casu tot aansprakelijkheid en niet zozeer de beleidsbepaling an sich.[288] Deze factor is volgens Bartman niet te herleiden tot een zorgvuldigheidsnorm, maar uitsluitend tot een vennootschapsrechtelijke norm: het beginsel van bestuursautonomie. Dit beginsel strekt mede ter bescherming van crediteuren, die mogen verwachten dat het bestuur van de dochter rekening houdt met hun belangen. Wordt inbreuk gemaakt op de bestuursautonomie, dan rechtvaardigt dat anderszins compensatie van de crediteuren in die zin dat sneller kan worden geconcludeerd tot aansprakelijkheid van de moeder.[289] Bartman schrijft verder dat intensieve bemoeienis van de moeder leidt tot toerekening van wetenschap van benadeling in die zin dat wanneer de intensieve bemoeienis vaststaat, de moeder haar zorgplicht heeft geschonden door het benadelende handelen van de dochter in de hand te werken of toe te staan.[290] Ook Lennarts zoekt aansluiting bij de bestuursautonomie en stelt, zo begrijp ik haar, dat intensieve bemoeienis van de moeder in feite een vergaande inbreuk vormt op vorenbedoeld beginsel, als gevolg waarvan de moeder – net als het bestuur van de dochter – over adequaat inzicht in de dochter moet beschikken en moet aanvaarden dat de rechter aan haar dezelfde zorgplichten oplegt als aan het bestuur van de dochter.[291] Lennarts kiest evenwel een andere benadering dan Bartman en plaatst de aansprakelijkheid van de moeder tegen de achtergrond van de aansprakelijkheid voor bestuurders van

285 Evenzo Olaerts 2007, p. 219.
286 Zie hoofdstuk 2.2.
287 Bartman 1989, p. 83.
288 Vgl. Bartman e.a. 2016, p. 265 waar hij stelt dat met de hechte aard van de concernstructuur de ingrijpmacht van de moeder is gegeven, terwijl deze hechte aard in samenhang met intensieve beleidsbemoeienis moeders' zorgplicht doet ontstaan; uitdrukkelijk anders: Houwen e.a. 1993, p. 937.
289 Bartman 1989, p. 84-85.
290 Bartman e.a. 2016, p. 262.
291 Lennarts 1999, p. 208; vgl. Van der Grinten in zijn noot bij HR 19 februari 1988, *NJ* 1988, 487 (*Albada Jelgersma II*).

haar dochter. Zodra intensieve bemoeienis en inzicht in de dochter gepaard gaan met wetenschap van benadeling, kan dat tot aansprakelijkheid van de moeder leiden. Het bestaan van een zorgplicht van de moeder is volgens Lennarts dus afhankelijk van de aanwezigheid van intensieve bemoeienis met de dochter, welke bemoeienis voorts intensiever moet zijn dan in een normale concernverhouding. De bemoeienis moet haars inziens zo ver gaan dat de moeder kan worden beschouwd als feitelijk bestuurder.[292] Voorts vormt de intensieve bemoeienis volgens Lennarts juist aanleiding voor de moeder om bij haar dochter een vinger aan de pols te houden; een voortdurende toezichtsplicht wegens het uitoefenen van centrale leiding verwerpt zij.[293] Schoonbrood-Wessels brengt de intensieve bemoeienis eveneens in verband met het beginsel van bestuursautonomie en vindt een verplichting van de moeder tot ingrijpen als gevolg daarvan beter te aanvaarden.[294] In beginsel is een moeder echter niet verplicht om haar macht te gebruiken teneinde crediteuren van haar dochter te beschermen, ook niet in geval van centrale leiding. Reeds voor Lennarts achtte zij verdedigbaar dat de maatstaven voor bestuurdersaansprakelijkheid gelden voor de moeder die zich intensief met het beleid van haar dochter bemoeit.[295] Interessant is vooral het perspectief van de auteur op de verhouding tot de voorzienbaarheid. Zij stelt dat naarmate de moeder meer inzicht over en invloed heeft op het beleid van de dochter, de meer kenbare informatie over de dochter bij de moeder als bekend mag worden verondersteld.[296] De mate van bemoeienis kleurt dus hetgeen de moeder behoort te kennen. Olaerts schaart zich ten slotte meer aan de kant van Bartman als zij schrijft dat de moeder die zich intensief met haar dochter bemoeit, geacht wordt op de hoogte te zijn van de financiële problemen bij de dochter en eventuele benadeling van schuldeisers.[297] Ze betoogt verder dat het inzicht en de zeggenschap, die uit de intensieve bemoeienis blijkt, de zorgplicht van de moeder jegens de schuldeisers van haar dochter creëert.[298] De intensieve bemoeienis bewerkstelligt zowel een zorgplicht als een vermoeden van wetenschap van benadeling in vorenbedoelde zin, terwijl in concernverhoudingen de mogelijkheid tot ingrijpen bij de dochter aanwezig wordt geacht, aldus Olaerts.[299] Ik begrijp haar betoog zo dat moeders zorgplicht is

292 Lennarts 1999, p. 188; anders: Olaerts 2007, p. 212 en 217.

293 Lennarts 1999, p. 195 en haar annotatie bij HR 21 december 2001 (*Sobi/Hurks II*) in *Ondernemingsrecht* 2002, 9; daarvoor reeds Schoonbrood-Wessels 1996; in deze zin ook A-G Timmerman in zijn conclusie bij HR 12 september 2008, *JOR* 2008, 297, m.nt. Van Maanen (*Coutts Holding*) die in overweging 4.31 het bestaan van een toezichtsplicht van de moeder afhankelijk stelt van de *bijzondere* concernstructuur en dus niet zonder meer de aanwezigheid van die plicht veronderstelt.

294 Houwen e.a. 1993, p. 927.

295 Zij haast zich daarbij op te merken dat de Hoge Raad dienaangaande nog geen standpunt heeft ingenomen.

296 Houwen e.a. 1993, p. 898-902 en Schoonbrood-Wessels 1996.

297 Olaerts 2007, p. 212.

298 Olaerts 2007, p. 210.

299 Olaerts 2007, p. 212 en 219.

gegeven met het enkele bestaan van intensieve bemoeienis en daarmee tegelijkertijd de wetenschap van benadeling is gegeven.[300]

In het *Ceteco*-vonnis vormt de intensieve bemoeienis van moeder Hagemeyer voor de rechtbank de basis voor moeders aansprakelijkheid jegens de schuldeisers van haar dochter Ceteco. De rechtbank onderscheidt eerst drie formele banden tussen moeder en dochter: (a) Hagemeyer was de meerderheidsaandeelhouder en had een consolidatieplicht, (b) er was sprake van een gedeeltelijke personele unie bij de raad van commissarissen van Ceteco met het bestuur van Hagemeyer[301] en (c) één van hen was de voorzitter van de Audit Committee van Ceteco (r.o. 6.5). Bij het beoordelen van de vraag of Hagemeyer een zorgplicht heeft geschonden acht de rechtbank niet zozeer de (al dan niet formele) rollen van Hagemeyer relevant, als wel de wijze waarop feitelijk aan die rollen invulling is gegeven. Door het aannemen van meerdere rollen heeft Hagemeyer zichzelf in een zodanige positie gebracht dat, in onderling verband bezien, de uitvoering van deze verschillende rollen een zodanige intensieve bemoeienis *kan* opleveren dat dit rechtens relevante zorgplichten met zich *kan* brengen (r.o. 6.6). Uit de gekozen bewoording mag mijns inziens worden afgeleid dat (i) het vervullen van verschillende rollen binnen (de organisatie van) van de dochter ertoe kan leiden dat sprake is van intensieve bemoeienis en (ii) de aanwezigheid van die bemoeienis op zichzelf nog geen, althans niet onmiddellijk ('kan'), zorgplichten voor de moeder met zich brengt. Volgens de rechtbank is voor het bestaan van een zorgplicht van de moeder relevant of de feitelijke bemoeienis een zodanig inzicht in en zeggenschap over het beleid van de dochter heeft gegeven, dat gelet op die aanwezige kennis van zaken een zorgplicht op de moeder is komen te rusten in die zin dat zij had moeten inzien dat het (ingezette) beleid van de dochter tot benadeling van schuldeisers zou leiden (r.o. 6.7). Hier laat zich de vergelijking trekken met bovengenoemde verantwoordelijkheid van een 'toezichthouder' die beschikt over bijzondere kennis enerzijds en de mogelijkheid om op te treden anderzijds. Op die lijn gaat de rechtbank ook verder als zij in haar oordeel betrekt dat Hagemeyer – op haar eigen (dringende) verzoek – bijzonder goed was geïnformeerd ten aanzien van onder meer en met name de financiële situatie bij Ceteco (r.o. 6.9), terwijl Hagemeyer rechtstreeks met Ceteco contact had over beleidsrelevante onderwerpen en in gedetailleerde mate aanwijzingen gaf waarbij haar eigen belangen een rol speelden (r.o. 6.10.7).[302] De rechtbank stelt verder vast dat sprake was van een zeer hechte relatie met het bestuur van Ceteco en Hagemeyer een grote invloed had op de door de raad van commissarissen van Ceteco behandelde onderwerpen

300 Zie Olaerts 2007, p. 220.

301 Drie van de zes leden van de RvC van Ceteco waren leden van de raad van bestuur van Hagemeyer. Voor hun benoeming op 12 april 1996 in de RvC van Ceteco woonden zij vanaf 11 oktober 1995 de RvC-vergaderingen van Ceteco bij in hun hoedanigheid van vertegenwoordigers van Hagemeyer.

302 Het laten meespelen van eigen belangen door Hagemeyer acht de rechtbank op zichzelf niet onrechtmatig, maar is volgens haar wel relevant voor de vraag of Hagemeyer onrechtmatig heeft gehandeld.

(r.o. 6.11.6). Ten slotte is de rechtbank gebleken dat Hagemeyer een zodanige invloed op Ceteco had, dat zij – zonder gebruik te hoeven maken van haar aandeelhoudersbevoegdheden – haar wil aan Ceteco kon opleggen ter zake belangrijke beleidsonderwerpen (r.o. 6.12.5). Het geheel van deze omstandigheden brengt de rechtbank tot de conclusie dat Hagemeyer over voor het beleid van Ceteco relevante, actuele en gedetailleerde informatie beschikte. Hagemeyer was ten aanzien van beleidsrelevante onderwerpen bovendien aanzienlijk beter geïnformeerd dan een deel van de commissarissen van Ceteco.[303] Daardoor had Hagemeyer een nauwkeurig inzicht in de bedrijfseconomische situatie van Ceteco (r.o. 6.13). Het bestaan van een zorgplicht relateert de rechtbank vervolgens aan de wijze waarop Hagemeyer is omgegaan met haar verkregen nauwkeurige inzicht: Hagemeyer hield zich actief bezig met de gang van zaken bij Ceteco, hetgeen zich heeft geconcretiseerd in een intensieve bemoeienis (r.o. 6.14).

Opmerkelijk is hier dat de rechtbank niet levert wat zij belooft. Haar redenering is immers dat de intensieve bemoeienis van de moeder kan leiden tot een zodanig inzicht in en zeggenschap over het beleid van de dochter, dat daaruit een zorgplicht voor de moeder voortvloeit. Zij stelt vervolgens het bestaan van vorenbedoeld inzicht en zeggenschap vast en concludeert dááruit dat sprake is geweest van intensieve bemoeienis. Zij draait dus haar aanvankelijke redenering om. Ten slotte merkt de rechtbank Hagemeyers *plicht tot ingrijpen* aan als concrete zorgplicht (r.o. 6.6 in samenhang met 6.15). Aanleiding voor het bestaan van deze plicht is vorenbedoelde intensieve bemoeienis. Voor de vraag of de ingrijpplicht is geschonden acht de rechtbank uitsluitend relevant of Hagemeyer over mogelijkheden beschikte om maatregelen te nemen waardoor verdere benadeling van de schuldeisers kon worden voorkomen. De rechtbank beantwoordt die vraag bevestigend, aangezien Hagemeyer niet alleen haar aandeelhoudersbevoegdheden kon inzetten, maar ook een zodanige invloed had bij Ceteco dat zij zelfs zonder gebruikmaking van deze bevoegdheden had kunnen ingrijpen (r.o. 6.15).[304]

De intensieve bemoeienis vormt in het Ceteco-vonnis enerzijds het startpunt voor het aannemen van een zorgplicht van de moeder, nu daaruit het vereiste inzicht in en zeggenschap over de dochter blijkt.[305] Die zorgplicht houdt in concreto in dat wanneer de moeder een zekere – ik zou menen vergaande – mate van inzicht in en zeggenschap over beleidsrelevante onderwerpen[306] heeft, van haar mag worden

303 Namelijk de commissarissen die niet tevens bestuurder waren van Hagemeyer.

304 Zie Van de Klift 2008, p. 166-170 voor een andere bespreking ter zake het vaststellen van de peildatum, de benadeling van schuldeisers en de vaststelling van de schade.

305 Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 22 augustus 2002, *JOR* 2002, 209; Hof Leeuwarden 19 januari 2005, JOR 2005, 138, m.nt. Borrius; Rb. 's-Gravenhage 30 mei 2007, *JOR* 2007, 201, *RO* 2007, 64; Rb. Den Haag 9 januari 2013, *JOR* 2013, 96, m.nt. Barneveld.

306 Waaronder mijns inziens kan worden verstaan onderwerpen die verband houden met de (dis)continuïteit van de dochter, alsook die beleidsterreinen die in het concrete geval verband houden met de benadeling van schuldeisers.

verwacht dat zij – voor zover zij daartoe in staat is – maatregelen treft om te voorkomen dat de schuldeisers van haar dochter worden benadeeld.[307] Aldus laat de zorgplicht zich concretiseren in een ingrijpplicht die in principe is beperkt tot een *daadwerkelijke* mogelijkheid voor de moeder om in te grijpen. Anderzijds laat de intensieve bemoeienis zich gelden bij beantwoording van de vraag of de moeder aan haar ingrijpplicht heeft voldaan. De mogelijkheid om (verdere) benadeling van schuldeisers te voorkomen is bij deze vraag doorslaggevend. Nog afgezien van aandeelhoudersbevoegdheden, kan die mogelijkheid tot ingrijpen reeds bestaan gelet op de intensiteit van de bemoeienis die de moeder met haar dochter heeft.

Moet de factor intensieve bemoeienis dan worden aangeduid als een constitutief vereiste voor aansprakelijkheid van de moeder? Assink beantwoordt deze vraag onder verwijzing naar *Sobi/Hurks II* ontkennend en stelt dat ook de *mogelijkheid* tot ingrijpen kan volstaan.[308] Ik meen evenwel dat de voorafgaande intensieve bemoeienis van de moeder ook in dit arrest van doorslaggevende betekenis is geweest. Dit wordt duidelijk als r.o. 5.3.3 in samenhang wordt gelezen met r.o. 5.3.8.1-5.3.8.3. Uit deze overwegingen blijkt dat het inzicht van de moeder in de dochter, waaruit ook de voorzienbaarheid van benadeling volgt, leidt tot een verplichting tot actief toezicht. Dit inzicht van de moeder werd mede gebaseerd op de bijzondere concernstructuur[309] en de daaraan feitelijk gegeven uitvoering. Juist in deze laatste omstandigheid schuilt de intensieve bemoeienis die de moeder had bij haar dochter; een bemoeienis die zich toespitste op een beleidsrelevant onderwerp.[310] Voor de wijze waarop feitelijk uitvoering is gegeven aan de concernstructuur verwijst de Hoge Raad naar r.o. 4.9 van het hof.[311] Daaruit blijkt een intensieve bemoeienis van de moeder met het financiële beleid van de dochter, dusdanig dat de dochter in financieel opzicht door de moeder werd geleid. Moeder hield zich intensief bezig met de financiële positie van haar dochter en zag daarop toe. Niet dus slechts de mogelijkheid om maatregelen te treffen leidde in *Sobi/Hurks II* tot aansprakelijkheid, maar met name ook de

307 De voorzienbaarheid van schade is mijns inziens in deze maatstaf verdisconteerd, in zoverre dat deze in beginsel voortvloeit uit de intensieve bemoeienis met beleidsrelevante onderwerpen. In *Coral/Stalt* gaat de Hoge Raad zelfs zo ver om aan te nemen dat door een intensieve bemoeienis met beleidsrelevante onderwerpen, de moeder geacht moet worden over dezelfde gegevens als haar dochter beschikken. Volgens Lennarts 2002, p. 64-65 vloeit deze fictie voort uit het feit dat de moeder zich als quasi-bestuurder is gaan gedragen, waarmee zij mijns inziens impliceert dat de intensieve bemoeienis dusdanig ver moet gaan dat de moeder handelde 'als ware zij bestuurder'.

308 Vgl. Slagter/Assink 2013, p. 2281.

309 Niet louter het aandelenbezit kwalificeert deze bijzondere structuur, maar ook (a) de omstandigheid dat bepaalde bestuursbesluiten statutair aan de goedkeuring van de AV waren onderworpen, (b) de directeur van de dochter op grond van zijn arbeidsovereenkomst was gehouden tot naleving van door de AV gegeven richtlijnen, alsook (c) de financieringsstructuur van het concern, zie r.o. 3.1 onder iv.

310 Vgl. Lennarts 1999, p. 198 over *Sobi/Hurks I* en haar annotatie bij *Sobi/Hurks II* in *Ondernemingsrecht* 2002, 9.

311 Kenbaar uit HR 13 januari 1995, *NJ* 1995, 482 (*Sobi/Hurks I*).

intensieve bemoeienis van de moeder met het financiële beleid van de dochter. Het inzicht in en de zeggenschap over het financiële beleid van de dochter dat daaruit voortvloeit verlangt verantwoordelijkheid van de moeder. Die had zij moeten nemen door actief toezicht te houden en zo nodig in te grijpen.

De overwegingen passen ten slotte in de hiervoor beschreven driefasenbenadering, waarbij in casu de door de moeder ontvangen, althans bekende, negatieve signalen (fase 1) aanleiding vormen voor een onderzoeksplicht (fase 2) die de Hoge Raad met het hof aanduidt als een verplichting om actief toezicht te houden. De mate van inzicht in de dochter brengt in *Sobi/Hurks II* logischerwijs met zich dat de benadeling van diens schuldeisers voor de moeder voorzienbaar was (fase 3). De moeder was voorts feitelijk in staat om de belangen van haar dochters schuldeisers te ontzien (als bedoeld in r.o. 5. 3.8.1), waardoor op haar een verplichting tot ingrijpen rustte.

5.3.2.5 Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid bij indirecte doorbraak

Het voorgaande brengt ons het inzicht dat in geval van indirecte doorbraak van aansprakelijkheid één element, dat niet expliciet terugkomt in de rechtspraak, op de achtergrond een belangrijke rol speelt: verantwoordelijkheid. Binnen dit leerstuk is het immers een verantwoordelijkheid van de moeder die uiteindelijk tot aansprakelijkheid kan leiden, of die nu anterieur is en op enig moment omslaat[312] in aansprakelijkheid dan wel dat deze op enig moment ontstaat en een zorgplicht vormt, waarvan de schending kan uitmonden in aansprakelijkheid. In hoeverre leidt verantwoordelijkheid van de aandeelhouder, in het bijzonder in concernverhoudingen, nu tot aansprakelijkheid?

Het feit dat ik bij het stellen van deze vraag reeds een onderscheid moet maken tussen de verantwoordelijkheid van de aandeelhouder in het algemeen en die van de moeder in concernverhoudingen, illustreert de problematiek bij het bepalen van hetgeen van een aandeelhouder mag worden verwacht en wanneer dat mag worden verwacht. Die verwachting wordt namelijk steeds gekleurd door de concrete omstandigheden van het geval. Daarom is dus onder meer relevant of de aandeelhouder ook bestuurder is, dan wel of sprake is van een personele unie op bestuursniveau. Denk op dit punt alleen al aan de vraag over toerekening van wetenschap en kennis.[313] Evenzeer is relevant om wat voor soort vennootschap het gaat en de toestand waarin zij zich bevindt, alsook met welke aandeelhouder we te maken hebben en de mate van invloed van deze aandeelhouder.[314] Bovendien is deze verwachting

312 Vgl. Huizink 2002.
313 Waarover onder meer Jansen 2012 en Katan 2017.
314 Vgl. Kemp 2015, hoofdstuk 10, waarin hij de invloed van de omstandigheden van het geval op de verantwoordelijkheid van aandeelhouders bespreekt.

mede afhankelijk van de invulling die aan het aandeelhouderschap is gegeven.[315] Ik heb hiervoor betoogd dat de concernleidingsplicht hetgeen van de aandeelhouder mag worden verwacht in belangrijke mate concretiseert. De mate van verantwoordelijkheid houdt in ieder geval nauw verband met de mate van zeggenschap van de aandeelhouder.[316] Wij zagen dat de handelingsnabijheid, de mogelijkheid om te kunnen ingrijpen, een wezenlijk element vormt bij aansprakelijkheid voor nalaten. In de verhouding tussen moeder en dochter kan een potentiële ingrijpmacht veelal geacht worden aanwezig te zijn.[317] De verantwoordelijkheid wordt echter vooral bepaald door de mate van inzicht van de aandeelhouder en de daaruit voortvloeiende voorzienbaarheid van schade, zo blijkt uit het voorgaande.[318]

Uit de concernleidingsplicht kan onder omstandigheden een bepaalde mate van inzicht, alsook een verplichting tot ingrijpen worden afgeleid, maar het enkele bestaan daarvan is onvoldoende voor het aannemen van een concrete zorgplicht. Daarvoor is mijns inziens vooral de intensieve bemoeienis van de moeder bepalend, waaruit inzicht in en zeggenschap over (een deel van) het beleid van dochter kan voortvloeien. Tegelijkertijd zou men deze verantwoordelijkheid van de moeder naar mijn mening ook moeten afzetten tegen de mate waarin van schuldeisers mag worden verwacht dat zij voor zichzelf zorgen, dus het opkomen voor en veiligstellen van de belangen, alsook in hoeverre crediteuren van een dochter mogen vertrouwen op de moeder.[319] Een eenduidig antwoord op deze vraag kan dan ook niet worden gegeven. Het maken van een strikt onderscheid tussen gewoon nalaten en zuiver nalaten biedt gezien voornoemde perspectieven niet bepaald duidelijkheid, doch slechts gezichtspunten. Met Timmerman,[320] Assink[321] en Koster[322] zou ik dan ook willen bepleiten dat gevallen van indirecte doorbraak van aansprakelijkheid vooral moeten worden beoordeeld op grond van een gedegen weging en motivering van de omstandigheden van het geval. Ik realiseer mij overigens dat ik daarmee casuïstische rechtspraak op dit punt propageer, zodat het verwijt van rechtsonzekerheid mij ten deel kan vallen,

315 Vgl. Olaerts 2007, p. 24 en p. 218.
316 Vgl. Assink & De Jongh 2015, p. 12; Olaerts 2007, p. 212 en 218.
317 Aldus HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 466 (*Ogem II*); Huizink 2002 en Huizink 2010, p. 17.
318 Inzicht kan enerzijds resulteren in een onderzoeksplicht en constitueert anderzijds mede de vereiste voorzienbaarheid waardoor onder omstandigheden een ingrijpen mag worden verlangd. Zie hierover ook Jansen 2012, par. 4.3.3 en vgl. Van den Ingh 2006, p. 52-53.
319 In het kader van vertrouwen spelen onder meer uitingen, uitlatingen en toezeggingen vervolgens weer een grote rol. Denk aan het in HR 18 november 1994, *NJ* 1995, 170, m.nt. Maeijer (*Securicor*) aan de orde zijnde geval of de strekking en reikwijdte van bijvoorbeeld letters of comfort (waarover uitgebreid Leber 2017).
320 A-G Timmerman in zijn conclusie bij HR 12 september 2008, *JOR* 2008, 297, m.nt. Van Maanen (*Coutts Holding*), overweging 3.1.
321 Slagter/Assink 2013, p. 2284.
322 Koster 2017, par. 15.2.3.

doch uitsluitend een beoordeling op basis van de omstandigheden van het geval doet recht aan de uiteenlopende, wat ik maar noem, 'verschijningsvormen' van het concern. Een nadeel van ons vennootschapsrecht is nu eenmaal dat het is toegespitst op de enkelvoudige vennootschap en tegen die achtergrond geen rekening houdt met de eigenzinnigheid van groepsverbanden.[323] Indien de rechtsonzekerheid als gevolg van casuïstische rechtspraak in geval van doorbraak van aansprakelijkheid onwenselijk wordt geacht, is mijns inziens de wetgever aan zet om in concernrechtelijke bepalingen ter zake te voorzien.[324]

5.3.3 De (mede)beleidsbepalende moeder

Hiervoor werd duidelijk dat de intensieve bemoeienis van een moeder met het beleid van haar dochter een belangrijke factor is bij de beantwoording van de vraag of op de moeder een zorgplicht rust jegens de schuldeisers van haar dochter. De beleidsbemoeienissen van de moeder kunnen aanleiding vormen om een dergelijke zorgplicht aan te nemen, met als gevolg dat de moeder de belangen van deze schuldeisers behoort te ontzien. Laat zij dat na, dan kan dat nalaten tot aansprakelijkheid leiden. In het vorige hoofdstuk ben ik uitgebreid ingegaan op de achtergrond en toepassing van de met de invoering van de WBA en WBF geïntroduceerde figuur die ik heb aangeduid als de eigenlijke (mede)beleidsbepaler. De wettelijke definitie van deze figuur maakt geen onderscheid tussen actoren die als zodanig kunnen worden aangemerkt. In beginsel kan dus eenieder met toepassing van de bepalingen waarin een gelijkstelling met de formele bestuurders is opgenomen, worden aangesproken voor verplichtingen die diegene strikt genomen niet aangaan. Dat betekent dat ook de (mede)beleidsbepalende moeder als zodanig kan worden aangesproken. In deze paragraaf borduur ik voort op het in het vorige hoofdstuk uiteengezette kader en richt ik mij specifiek op vraag of en in hoeverre in concernverhoudingen een moeder als eigenlijke (mede)beleidsbepaler kan worden aangemerkt. Hoewel de hiermee verband houdende aansprakelijkheid vanuit dogmatisch oogpunt moet worden gekwalificeerd als een *directe* doorbraak,[325] ga ik toch op deze plaats in op de

323 Over de (on)wenselijkheid hiervan zie Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/814 met verwijzingen die dit als onwenselijk beschouwen, alsook Timmerman 2002, p. 1-11 die bepleit dat er wel degelijk behoefte bestaat aan concernrecht.

324 Denkbaar is bijvoorbeeld dat naar Duits model een vorm van 'Schutzrecht' wordt geïntroduceerd, waarbij bescherming van de afhankelijke dochter en onder meer haar crediteuren centraal staat, zie hierover Lennarts 1999, p. 50; zie ook Bartman e.a. 2016, par. 3.4.8. waar wordt geconstateerd dat het Nederlandse concernaansprakelijkheidsrecht geleidelijk evolueert van zuiver misbruikbestrijdingsrecht naar (meer) organisatierecht. Men kan zich de vraag stellen in hoeverre die op rechtspraak gebaseerde ontwikkeling nog wenselijk en toekomstbestendig is en blijft.

325 Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/836; vgl. ook *Kamerstukken II* 1980/81, 16 530, nrs. 3-4, p. 8 (MvT), waarin wordt gesproken over *'doorbraak van rechtspersoonlijkheid'*, welke eigenschap uitsluitend de directe doorbraak kenmerkt. Daarnaast *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 37 (MvA), waar tot uitdrukking wordt gebracht dat de WBA beoogd *'de grens tussen*

kwalificatievraag om deze af te kunnen zetten tegen de voor indirecte doorbraak gehanteerde maatstaven. Hierna bespreek ik of en in hoeverre een aandeelhouder als (mede)beleidsbepaler kan worden aangemerkt. Vervolgens onderzoek ik de verhouding tussen de hiervoor besproken indirecte doorbraak en de aansprakelijkheid als (mede)beleidsbepaler.

5.3.3.1 Kwalificatie als (mede)beleidsbepaler

Bij de kwalificatievraag moet tot uitgangspunt worden genomen dat de moeder naast aandeelhouder niet tevens ook de bestuurder van haar dochter is. Is zij dat namelijk wel dan is niet vereist dat zij het beleid bij haar dochter heeft (mede) bepaald als ware zij bestuurder, nu zij reeds in haar hoedanigheid van formeel bestuurder kan worden aangesproken. Met toepassing van artikel 2:11 BW of 36 lid 5 onder c IW kan dan ook het bestuur van de moeder worden aangesproken. Anders dan wel eens wordt gedacht is ook niet vereist dat *eerst* komt vast te staan dat sprake is geweest van onbehoorlijk bestuur bij de dochter.[326] Kennelijke onbehoorlijke taakvervulling is een voor aansprakelijkheid vereist criterium;[327] ook indien slechts de beleidsbepaler zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld, kan collectieve aansprakelijkheid volgen.[328] De vraag of sprake is van een (mede)beleidsbepaler in de zin van de wet gaat daaraan vooraf.[329] Voor zowel aansprakelijkheid uit hoofde van artikel 36 IW als de artikelen 2:207, 208 en 216 BW speelt de kwalificatievraag dus te allen tijde. Voor aansprakelijkheid uit hoofde van artikel 2:248 (138) BW is deze vraag daarentegen alleen aan de orde indien de dochtervennootschap is gefailleerd. Wanneer een moeder als (mede)beleidsbepaler kan worden aangemerkt, verschilt haar aansprakelijkheidspositie in beginsel niet van die van andere (mede)beleidsbepalers zoals ik deze in het vorige hoofdstuk heb besproken. Ten slotte veronderstelt de gelijkstelling een *handelen* als ware men bestuurder. Daaruit vloeit reeds voort dat, zoals in het vorige hoofdstuk bepleit, sprake moet zijn van een *actief* optreden waarbij de moeder samen met het dochterbestuur optrekt en feitelijk het beleid mede bepaalt, dan wel aan het

---

aanvaardbaar en onaanvaardbaar gebruik van de rechtspersoonlijkheid bezittende vennootschap zo scherp mogelijk te trekken.'

326 Zie bijv. Honée 1986, p. 115; Lennarts 1999, p. 177; Bartman e.a. 2016, p. 280-281.

327 Bij de toepassing van artikel 2:248 (138) BW en 36 IW. Voor het opleggen van een bestuursverbod moet de onbehoorlijke taakvervulling eveneens zijn vastgesteld, zie artikel 106a lid 1 aanhef en onder a Fw. In geval van aansprakelijkheid op grond van artikel 2:207, 208 en 216 BW geldt daarentegen het voorzienbaarheidsvereiste.

328 Evenzo Buijn/Storm 2013, p. 449.

329 Dus zelfs wanneer de dochter géén formeel bestuur zou hebben – stel zij hebben samen een noodlottig ongeval gehad en de moeder benoemt geen nieuwe bestuurders – kan de moeder als (mede) beleidsbepaler worden gekwalificeerd, wordt zij met een formele bestuurder gelijkgesteld en kan zij aansprakelijk zijn indien zij haar taak als bestuurder – welke rol zij zichzelf heeft aangemeten – kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld.

dochterbestuur voorbijgaat en zelfstandig het beleid van de dochter bepaalt.[330] Het enkel verwijtbaar achteroverleunen waar handelen was geboden kan mijns inziens niet tot een kwalificatie als (mede)beleidsbepaler leiden.

Een referentie naar de kwalificatie van een aandeelhouder of de moedervennootschap als zodanig, kan in de parlementaire geschiedenis van de bepalingen waarin deze figuur is opgenomen op verschillende plaatsen worden teruggevonden. Duidelijk is dat de (groot)aandeelhouder als (mede)beleidsbepaler kan worden aangemerkt, maar de enkele omstandigheid dat deze het beleid van de vennootschap heeft (mede) bepaald is daarvoor kennelijk onvoldoende. In algemene zin geldt bij de kwalificatievraag dat een sterke of zelfs beslissende invloed op het bestuursbeleid onvoldoende is.[331] Ook een intensief bemoeien met het bestuur maakt een aandeelhouder nog geen (mede)beleidsbepaler in de zin van de wet.[332] De aandeelhouder moet de bestuurstaak *daadwerkelijk* hebben uitgeoefend, hetgeen voortvloeit uit het vereiste dat hij het beleid moet hebben (mede) bepaald 'als ware hij bestuurder'. Opgemerkt zij dat het hierbij uitdrukkelijk niet gaat om invloed op het bestuur in de zin van de bestuurders, maar om beïnvloeding van het door de vennootschap gevoerde beleid. De bevoegdheid tot vaststelling daarvan berust bij het bestuur. Herhaaldelijk wordt opgemerkt dat zolang de aandeelhouder binnen zijn door de wet en statuten gegeven bevoegdheid blijft opereren – ook al wordt daardoor het beleid (mede) bepaald – hij geen aansprakelijkheid heeft te duchten.[333] Bij de kwalificatievraag zijn aldus niet de formele bevoegdheden relevant, maar juist de *feitelijke* machtspositie van waaruit het bestuur wordt beheerst en het beleid wordt (mede) bepaald.[334] Onjuist is mijns inziens dan ook de opmerking, gemaakt bij de parlementaire behandeling van artikel 106d Fw, dat van belang is hoe de *uit de aandelen* voortvloeiende zeggenschap wordt aangewend.[335]

Ook vanuit concernrechtelijk perspectief wordt een dergelijke benadering gehanteerd in die zin dat de moeder – die niet tevens bestuurder is van de dochter[336] – in feite uit hoofde van haar machtspositie de leiding van de dochter in handen neemt en rechtstreeks haar wil oplegt aan de formele bestuurders.[337] Naar aanleiding van de

330 Vgl. Buijn/Storm 2013, p. 449.
331 *Kamerstukken II* 1980/81, 16 530, nrs. 3-4, p. 18 (MvT); *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 6 (MvT).
332 *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 74 (MvT).
333 Zie o.m. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 23-24 (MvA) en *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 9, p. 6 (NnavE).
334 Vgl. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 42 (MvA).
335 Zie paragraaf 4.2.1.5.
336 In dat geval wordt immers niet toegekomen aan de vraag of de moeder als (mede)beleidsbepaler is aan te merken, nu zij als formele bestuurder reeds op de voet van artikel 2:248 lid 1 BW kan worden aangesproken.
337 *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 24 (MvA) en *Handelingen II* 29 augustus 1985, p. 6343.

behandeling van de WBF in de Tweede Kamer legde Honée de vereisten voor gelijkstelling zo uit dat (onder meer) sprake moet zijn van een aantoonbare dominante invloed op het bestuursbeleid.[338] Die uitleg werd tijdens de parlementaire behandeling in de Eerste Kamer door de minister van de hand gewezen. Het criterium van Honée bracht een te ruime kring van personen onder het begrip beleidsbepaler, terwijl dat nu juist niet de bedoeling van de wetgever was. Er bestaat volgens de minister geen enkele aanleiding om in concernverhoudingen de vraag of een moeder als (mede)beleidsbepaler kan worden aangemerkt eerder bevestigend te beantwoorden dan buiten die situatie.[339]

De meeste auteurs zoeken, ter beantwoording van de vraag of iemand als (mede) beleidsbepaler in de zin van de wet kan worden aangemerkt, aansluiting bij de in de parlementaire geschiedenis gebezigde bewoordingen. Zo ook voor wat betreft de vraag of een aandeelhouder of moedervennootschap als zodanig kan worden aangemerkt. In de (concernrechtelijke) literatuur wordt, anders dan door verwijzingen naar de parlementaire geschiedenis, slechts in beperkte mate aandacht besteed aan de kwalificatievraag. Wellicht is het gebrek aan rechtspraak daar mede debet aan. Ik vat hierna de opvattingen van verschillende schrijvers samen en voorzie deze van persoonlijk commentaar, waar mogelijk onder verwijzing naar rechtspraak.

Als *communis opinio* kan mijns inziens worden gesteld dat een moeder, ondanks de kenmerkende centrale leiding in het groepsverband en de aanwezigheid van een concernleidingsplicht, niet per definitie als (mede)beleidsbepaler moet worden aangemerkt.[340] Daarbij is met name van belang dat de centrale leiding zich in beginsel slechts uitstrekt tot de dochter, terwijl voor de kwalificatie als (mede)beleidsbepaler uitsluitend relevant is of de moeder als ware zij bestuurder van de dochter is opgetreden.[341] Volgens Uniken Venema is een doorslaggevende stemverhouding onvoldoende en moet sprake zijn van een meer intensieve bemoeienis, die vergelijkbaar is met de wijze waarop het bestuur van een NV of BV zijn bestuurstaak pleegt uit te oefenen.[342] Daarmee parafraseert hij slechts het eerste[343] vereiste voor gelijkstelling, (mede)beleidsbepaling, tot intensieve bemoeienis. Impliciet stipt hij echter een belangrijk onderscheid aan: de zinsnede 'als ware hij bestuurder' moet worden

338 Zie Honée 1986, p. 114-115, die daarnaast als vereiste stelde dat beleidsbepalers deze invloed moeten hebben gehad ter wille van een door hen nagestreefd buitenvennootschappelijk belang en met voorbijgaan van de andere bij het bestuursbeleid in het geding zijnde belangen die de beleidsbepaler zich onder de gegeven omstandigheden had behoren aan te trekken.

339 *Kamerstukken I* 1985/86, 16 631, nr. 27b, p. 21 (MvA).

340 Zie o.m. Honée 1986, p. 113-115; Houwen e.a. 1993, p. 859-860; Lennarts 1999, p. 180; Olaerts 2007, p. 195; Buijn/Storm 2013, p. 448; Handboek 2013, nr. 339.1; Bartman e.a. 2016, p. 274.

341 Houwen e.a. 1993, p. 863.

342 Uniken Venema 1981, p. 588 en 591

343 Voor gelijkstelling is vereist (1) het bepalen of mede bepalen van het beleid van de vennootschap (2) als ware men bestuurder.

opgevat als een vergelijking. De moeder moet zich hebben gedragen als een bestuurder van de dochter, maar niet is bedoeld dat zij zich heeft voorgedaan als bestuurder van de dochter.[344] Terecht merkt Bartman[345] op dat enkel de intensieve bemoeienis onvoldoende is voor de kwalificatie als (mede)beleidsbepaler, nu daaruit slechts de beleidsbepaling als zodanig volgt, maar daarmee nog niet vaststaat dat de moeder het beleid heeft bepaald *als ware zij bestuurder*. Schreurs stelt verder terecht dat de gelijkstelling niet alleen betrekking heeft op de externe verhouding, maar – ik zou in concernverhouding menen *vooral* – ook betrekking heeft op interne beïnvloeding.[346] Zijns inziens gaat het erom of de beleidsbepaling voor het merendeel wordt overgelaten aan de concernleiding, waarna de taak van het dochterbestuur wordt gereduceerd tot het uitvoeren van dit beleid. Zoals blijkt uit de parlementaire geschiedenis dient deze bestuursusurpatie, al dan niet met volledige terzijdestelling van het formele bestuur, plaats te vinden met gebruikmaking van de feitelijke machtspositie.[347] In het algemeen wordt wel aangenomen dat die feitelijke machtspositie nu juist, naast uiteraard overleg, in concernverhoudingen het instrument vormt om centraal beleid te voeren. Formele instructies zijn eerder uitzondering dan regel.[348] Indien de moeder inderdaad buiten haar rol als 'centraal leidinggevende' treedt, het dochterbestuur dit gedoogt – daadwerkelijke terzijdestelling is niet vereist – en vanuit de feitelijke machtspositie rechtstreeks leiding geeft aan de dagelijkse gang van zaken bij haar dochter, dan kan zij mijns inziens als beleidsbepaler in de zin van de wet worden aangeduid.

Volgens Schreurs impliceert feitelijk beleid bepalen verder dat geen of onvoldoende recht wordt gedaan aan de zelfstandigheid van het dochterbestuur.[349] Daarmee doet hij de reikwijdte van de gelijkstelling mijns inziens enigszins tekort. Aansprakelijkheid dreigt ook voor de *mede*beleidspaler. Indien de moeder samen met het dochterbestuur het beleid bepaalt, wordt de zelfstandigheid van het bestuur niet per definitie[350] aangetast, doch kan de moeder wel degelijk een aansprakelijkheidsrisico lopen. Beleidsbemoeienis an sich is toelaatbaar en vloeit voor organen van de

344 Evenzo Houwen e.a. 1993, p. 861.
345 Bartman e.a. 2016, p. 274.
346 Houwen e.a. 1993, p. 863.
347 Houwen e.a. 1993, p. 864; vgl. Hof Arnhem 10 november 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BL8324 (*Atlanco*), in stand gelaten door HR 2 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ8104; Hof Amsterdam 27 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2015; Hof 's-Hertogenbosch 18 november 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4748.
348 Vgl. o.m. Lennarts 1999, p. 181.
349 Houwen e.a. 1993, p. 866; vgl. Lennarts 1999, p. 181 die de schending van de bestuursautonomie als vereiste voor de kwalificatie als (mede)beleidsbepaler neerzet.
350 Ik beken dat dit een uiterst theoretisch onderwerp is. Naar mijn inschatting is de invloed van een (mede)beleidsbepaler steeds zo vergaand dat de rol van de andere bestuurders is te verwaarlozen, althans dat van hen niet langer kan worden gezegd dat zij – het formele bestuur vormend – zelfstandig het beleid van de vennootschap hebben bepaald.

vennootschap zelfs voort uit wettelijke en statutaire bepalingen. Het zich begeven op het bestuursterrein leidt op zichzelf niet tot aansprakelijkheid. De moeder zal dat moeten doen *als ware zij bestuurder*. Iets anders is mijns inziens dat het dochterbestuur door de rol van de moeder niet meer in staat is om een zelfstandige belangenafweging te maken.[351] Het afwegen van belangen vormt een wezenlijk element van de bestuurstaak. Daar waar het dochterbestuur ondergeschikt is aan de moeder, in die zin dat het maken van een eigen belangenafweging onmogelijk is, althans wanneer de uitkomst daarvan in feite door de moeder wordt voorgeschreven, moet de moeder mijns inziens worden aangemerkt als (mede)beleidsbepaler.[352] Door het bestuur de mogelijkheid te ontnemen zelf een belangenafweging te maken, zijn wettelijke plicht op grond van artikel 2:239 lid 5 BW, neemt de moeder immers plaats op de stoel van het bestuur van de dochter en handelt zij als ware zij bestuurder door de aan het dochterbestuur voorbehouden (uitkomst van de) belangenafweging zelf te bepalen.

Anders dan sommige auteurs beschouw ik de concrete dreiging vanuit de moeder om het dochterbestuur te ontslaan, teneinde door haar gewenst beleid af te dwingen, niet als een omstandigheid waardoor de moeder als (mede)beleidsbepaler kan worden aangemerkt.[353] Zo stelt Bartman dat van (mede)beleidsbepaling in ieder geval sprake is als de moeder het kennelijk onbehoorlijk bestuur bij de dochter heeft afgedwongen onder dreiging van schorsing of ontslag van bestuurders, omdat de moeder met haar ontslagbevoegdheid feitelijk haar wil in de dagelijkse gang van zaken laat regeren.[354] Integendeel, de bevoegdheid om bestuurders te ontslaan is een van de kernbevoegdheden van de aandeelhoudersvergadering.[355] Niet alleen handelt de moeder dan per definitie als aandeelhouder, waardoor aan het criterium 'als ware hij bestuurder' niet is voldaan, maar zij heeft daarnaast hooguit slechts op indirecte wijze invloed op het beleid van de vennootschap. Het blijft aan de opvolgende bestuurders om het beleid van de vennootschap te bepalen. In de regel worden zulke middelen slechts ingezet als sprake is van fundamentele of hoogoplopende onenigheid over bepaalde beleidsonderwerpen, waarbij de opvattingen van het bestuur behoren te zijn ingegeven door het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Kan het bestuur, dat belang indachtig, niet de door de moeder onder dreiging van ontslag verlangde koers varen, dan moet het bestuur wel weigeren de vennootschap in de betreffende richting te sturen. De dreiging van ontslag staat niet aan een zelfstandige belangenafweging door het bestuur in de weg, terwijl de omstandigheid dat een negatief bestuursbesluit tot ontslag kan leiden bij het nemen van dat bestuursbesluit geen rol mag spelen. Bestuurders die in een dergelijk geval niettemin slaafs

351 Houwen e.a. 1993, p. 868 lijkt deze begrippen door elkaar te gebruiken.
352 Houwen e.a. 1993, p. 870-871 komt ondanks vorenbedoelde ogenschijnlijke verwarring van begrippen tot eenzelfde conclusie.
353 Bartman e.a. 2016, p. 275; Lennarts 1999, p. 181.
354 Bartman e.a. 2016, p. 275.
355 Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/319; Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/214.

– hun beslissing laten leiden door de dreiging van ontslag – doen wat de moeder opdraagt, zijn mijns inziens niet voor hun taak berekend en handelen als zodanig onbehoorlijk. De moeder verwordt daarmee niet tot beleidsbepaler van de vennootschap, maar heeft slechts met gebruikmaking van haar wettelijke bevoegdheden dat beleid beïnvloed, althans een poging daartoe ondernomen. De moeder behoudt mijns inziens haar hoedanigheid van aandeelhouder, wanneer zij haar ontslagbevoegdheid gebruikt om het door haar gewenste beleid – in zekere zin – af te dwingen. Het *regeren* van de dagelijkse gang van zaken is daarmee niet op een lijn te stellen. Iets anders is wanneer de moeder haar ontslagbevoegdheid gebruikt *teneinde het kennelijk onbehoorlijk bestuur af te dwingen*. Ik zou menen dat de aandeelhouder een dergelijke bevoegdheid niet heeft en dáárom moet worden aangenomen dat de moeder in een dergelijke situatie buiten haar bevoegdheden treedt, waardoor zij zich op ontoelaatbare wijze op het bestuursterrein begeeft en dientengevolge als (mede) beleidsbepaler kan worden aangesproken.

5.3.3.2 Competentie-afhankelijkheid van de kwalificatie

Dit laatste brengt mij op de in de literatuur wel gevoerde discussie met betrekking tot wat ik noem de *competentie-afhankelijkheid* van de aansprakelijkheid voor (mede) beleidsbepalers.[356] Uit de parlementaire geschiedenis blijkt uitdrukkelijk dat de zinsnede 'als ware hij bestuurder' is opgenomen om (i) de kring van aansprakelijke personen te beperken en (ii) te onderscheiden tussen hen die opereren binnen de wettelijke, statutaire en/of contractuele bevoegdheden om het beleid van de vennootschap te beïnvloeden enerzijds en zij die deze grenzen overschrijden anderzijds. Dit laatste vereiste komt mijns inziens neer op een ontoelaatbare overschrijding van de eigen bevoegdheden: men begeeft zich buiten die toegekende bevoegdheden *daadwerkelijk* op het bestuursterrein.

In geval van een dergelijke overschrijding acht de wetgever het gerechtvaardigd dat diegene ook het collectieve lot van de formele bestuurders deelt en aansprakelijk *kan* zijn voor het tekort in faillissement. Het handelen *als ware men bestuurder* heeft dan ook een doorslaggevende betekenis voor de kwalificatievraag. Van aansprakelijkheid is eerst dan sprake indien aan de vereisten van het eerste lid is voldaan én de (mede)beleidsbepaler zich niet kan disculperen. De kwalificatie als (mede)beleidsbepaler is dan ook wel degelijk afhankelijk van de bevoegdhedenverdeling binnen de vennootschappelijke orde, of – ten aanzien van derden – een eventuele contractuele toebedeling daarvan. De competenties van vennootschapsorganen kaderen de handelingsvrijheid af. Ieder orgaan heeft een eigen rol te vervullen binnen de vennootschap en krijgt ten behoeve daarvan bevoegdheden aangereikt. Door middel van deze

356 Bartman 1989, p. 105 noemt het begrip 'feitelijk beleidsbepaler' competentie-neutraal, waartegen Schreurs zich verzet in Houwen e.a. 1999, p. 865-872; verder hierover ook Lennarts 1999, p. 177-179; Olaerts 2007, p. 196-197.

bevoegdheden kunnen de organen enerzijds hun rol vervullen en anderzijds tot op zekere hoogte en in overeenstemming met hun rol invloed uitoefenen op de andere organen – het beginsel van *checks and balances* – terwijl zeker aan de kapitaalverschaffer, die aan de vennootschap risicodragend vermogen verstrekt teneinde te kunnen ondernemen, bevoegdheden zijn toegekend om het beleid van de vennootschap te kunnen medebepalen en daarop (zelfs) beslissende invloed te hebben. Zolang die beïnvloeding plaatsvindt met gebruikmaking van de daartoe toegekende bevoegdheden, is een kwalificatie als (mede)beleidsbepaler uitgesloten. Pas indien de beïnvloeding geschiedt op basis van een *feitelijke* machtspositie, en dus de hoedanigheid van aandeelhouder wordt verlaten, om het beleid van de vennootschap *rechtstreeks* te kunnen bepalen, samen met het formele bestuur of deze terzijde stellend, dán kan de aandeelhouder als (mede)beleidsbepaler worden aangemerkt.[357] Een en ander is het noodzakelijke gevolg van het vereiste dat de (mede)beleidsbepaling *als ware men bestuurder* moet plaatsvinden.

Helaas verschaft de competentie-afhankelijkheid bij beoordeling van de vraag of een moeder als (mede)beleidsbepaler kan worden aangemerkt, geen extra duidelijkheid. Buiten concernverhoudingen is de kwalificatievraag al lastig te duiden. Niet slechts omdat de omstandigheden van het geval steeds beslissend zijn, maar ook omdat Boek 2 BW niet voorziet in een strikte, vastomlijnde verdeling van bevoegdheden tussen vennootschapsorganen. In het tweede hoofdstuk bleek dat geen limitatieve opsomming kan worden gegeven van de bevoegdheden die aan het bestuur toekomen, omdat hetgeen tot de bestuurstaak wordt gerekend als open norm is geformuleerd. Tegelijkertijd komt aan de aandeelhoudersvergadering alle bevoegdheid toe die niet aan het bestuur of anderen is toegekend.[358] Dat veroorzaakt het bestaan van een grijs gebied aan potentiële bevoegdheden waarvan niet duidelijk is aan wie deze toebehoren. Dientengevolge kan niet steeds worden vastgesteld of het ene orgaan zich op het terrein van de ander begeeft. De abstractie van het begrip 'besturen' in artikel 2:239 (129) lid 1 BW staat eraan in de weg dat de grens van de bestuursbevoegdheid kan worden vastgesteld. Zonder een duidelijke grens, kan een overschrijding daarvan maar moeilijk worden aangenomen. Tegelijkertijd geeft de wet maar beperkt aanknopingspunten over de mate van invloed die andere organen op het bestuur mogen uitoefenen. Ten slotte is ook feitelijke invloed, het gebruikmaken van een machtspositie, moeilijk bepaalbaar. In concernverhoudingen vormt de veronderstelde 'centrale leiding' binnen dit geheel een complicerende factor. Daarmee verkrijgt de moeder een taak zonder dat haar daarmee corresponderende, wellicht noodzakelijke bevoegdheden worden toegekend. De moeder moet dus in beginsel roeien met de riemen die haar door Boek 2 BW worden gegeven. De Hoge Raad heeft daaraan bovendien toegevoegd dat de moeder haar feitelijke machtspositie

357 Vgl. A-G Timmerman in zijn conclusie bij HR 2 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ8104 (*Atlanco*).
358 Art. 2:217 lid 1 BW.

moet aanwenden om ervoor te zorgen dat het concernbeleid zoveel mogelijk wordt nageleefd of gevolgd.[359] De feitelijke machtspositie impliceert dat het dochterbestuur zich daaraan niet eenvoudig kan onttrekken. Men zou dit zo kunnen opvatten dat het de moeder, gelet op de concernverhouding, rechtens is toegestaan om zich in verdergaande mate dan daarbuiten, op het bestuursterrein van haar dochter te begeven. Binnen het systeem van Boek 2 BW, dat uitgaat van de enkelvoudige vennootschap, draagt het dochterbestuur echter nog steeds in beginsel alle verantwoordelijkheid voor deze 'toelaatbare' inbreuk op diens autonomie. Mijns inziens is de moeder niet aansprakelijk voor een eventuele onbehoorlijke taakvervulling op het niveau van haar dochter, tenzij zij zich daadwerkelijk met dagelijkse gang van zaken gaat bezighouden – daden van bestuur verricht[360] – en dus niet langer louter het concernbeleid nastreeft, maar het beleid van de dochter (mede)bepaalt, dan wel wanneer zij feitelijk het beleid van de dochter reduceert tot het concernbeleid en het dochterbestuur slechts als uitvoerende macht is te beschouwen.[361] Deze benadering strookt met de achtergrond en bedoeling van de wettelijke gelijkstelling en past in het huidige systeem van het vennootschapsrecht. Een andere benadering verlangt naar mijn inzicht op concernverhoudingen toegespitste wettelijke bepalingen.

5.3.3.3 De (mede)beleidsbepaler en indirecte doorbraak

In het voorgaande bleek dat moeders intensieve bemoeienis met het beleid van haar dochter een belangrijke voorwaarde vormt om een indirecte doorbraak te bewerkstelligen. Tegelijkertijd noopt deze bemoeienis ook tot het aannemen van bepaalde veronderstellingen voor wat betreft de noodzaak en mogelijkheid voor de moeder om de belangen van de crediteuren van haar dochter te ontzien. De intensieve bemoeienis impliceert een bepaalde mate van inzicht van de moeder in het reilen en zeilen bij haar dochter. Dat inzicht kan mijns inziens niet reeds worden aangenomen op grond van het bestaan van een concernleidingsplicht. De uit haar inzicht voortvloeiende informatiepositie leidt ertoe dat de wetenschap van benadeling van de schuldeisers van haar dochter aanwezig wordt geacht. Op de moeder rust daardoor een zorgplicht om de belangen van vorenbedoelde schuldeisers te ontzien; zij mag de benadeling niet in de hand werken noch toestaan. Het bestaan van een zorgplicht impliceert dat de moeder ook een mogelijkheid heeft om deze belangen te ontzien en bovendien dat zij in de gegeven omstandigheden daartoe is gehouden. In de intensieve bemoeienis is die mogelijkheid eveneens verdisconteerd. Er ligt een bepaalde mate van zeggenschap in besloten die ook moet worden aangewend, teneinde aan de zorgplicht te kunnen voldoen. Laat zij na om haar zeggenschap – uit welke hoofde dan ook – te gebruiken om de door haar inzicht voorzienbare benadeling van schuldeisers af te wenden of te compenseren, dan handelt zij jegens die schuldeisers onrechtmatig.

359 Vgl. HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 466, m.nt. Maeijer (*Ogem II*).
360 Vgl. Dahmen 2009, p. 70 en Van Veen 2018, p. 41.
361 In deze laatste zin ook Schreurs in Houwen e.a. 1993, p. 864.

Dergelijke veronderstellingen spelen in geval van aansprakelijkheid van de moeder als (mede)beleidsbepaler geen relevante rol van betekenis. Haar intensieve bemoeienis vormt daarentegen wel een factor die van belang is voor de vraag of de moeder als zodanig kan worden aangemerkt, zij het dat deze bemoeienis niet op één lijn kan worden gesteld met de betekenis van het begrip '(mede) beleidsbepalen' in de zin van de wet. Integendeel, de intensieve bemoeienis die voor indirecte doorbraak van belang is, wordt mijns inziens gekleurd door de vorenbedoelde veronderstellingen die daaruit voortvloeien. Relevant is, met andere woorden, dat de moeder dóór haar intensieve bemoeienis een bepaalde mate van inzicht en zeggenschap heeft binnen haar dochter. De beantwoording van de vraag of zij zich intensief met het beleid van de dochter heeft bemoeid, spitst zich dan ook vooral toe op die omstandigheden waaruit kan worden afgeleid dat de moeder een dergelijk inzicht en zeggenschap heeft verkregen. De vraag hoe zij zich met het beleid van de dochter heeft bemoeid, is van ondergeschikt belang ten opzichte van de vraag óf zij zich intensief met het beleid heeft bemoeid. Een bevestigende beantwoording van die laatste vraag verlangt van de moeder dat zij actief gaat optreden. Anders is het wanneer de intensieve bemoeienis wordt aangegrepen om de moeder als (mede)beleidsbepaler in de zin van de wet te kwalificeren. Niet haar inzicht noch haar zeggenschap zijn dan van meet af aan[362] relevant. De moeder moet zich hebben bemoeid met het *besturen* van de dochter in die zin dat zij het beleid heeft bepaald of heeft mede bepaald. Zij treedt reeds actief op, namelijk feitelijk als bestuurder.[363] Een al dan niet bewust stilzitten, maakt haar geen (mede)beleidsbepaler. Haar bemoeienis hoeft overigens niet intensief te zijn geweest, terwijl zelfs beslissende invloed op het beleid niet zonder meer leidt tot de kwalificatie van de moeder als (mede)beleidsbepaler. In de zin van de wet beperkt (mede)beleidsbepaling zich tot het handelen als ware men bestuurder. Uitsluitend wanneer de moeder het beleid van haar dochter heeft bepaald op een wijze zoals bestuurders dat plegen te doen, loopt zij een risico op aansprakelijkheid. Dat risico verwezenlijkt zich pas wanneer sprake is van kennelijke onbehoorlijke taakvervulling, die een belangrijke oorzaak van het faillissement vormt. Moeders eventuele wetenschap van benadeling is daarvoor niet vereist.[364] Ook de mate van inzicht en zeggenschap spelen in beginsel geen rol van betekenis. De moeder wordt met de formele bestuurders gelijkgesteld en wordt dientengevolge geacht in dezelfde informatiepositie te verkeren en mogelijkheden te hebben om maatregelen te treffen.

Dit laatste doet, mede gelet op de vrijwel gelijkluidende disculpatiemogelijkheden in de verschillende aansprakelijkheidsbepalingen, de vraag rijzen op welke wijze de moeder maatregelen moet treffen teneinde zich te kunnen disculperen. Bartman

362 Wanneer aansprakelijkheid berust op 2:207, 208 of 216 BW zal met name het inzicht van de moeder wel degelijk relevant zijn, nu deze bepalingen een voorzienbaarheidstoets vereisen om tot aansprakelijkheid te kunnen concluderen.

363 Vgl. Olaerts 2007, p. 212.

364 Evenzo Bartman e.a. 2016, p. 278.

acht een kans op disculpatie aanwezig indien elk verband tussen de invloed van de moeder en het kennelijk onbehoorlijk bestuur ontbreekt. Als voorbeeld noemt hij het geval dat het dochterbestuur volstrekt autonoom optreedt, terwijl moeder aantoonbaar pogingen heeft gedaan om de schadegevolgen daarvan af te wenden.[365] Ik merk hierbij op dat de moeder in dit voorbeeld kennelijk om redenen buiten het gewraakte optreden van het dochterbestuur als (mede)beleidsbepaler in de zin van de wet is opgetreden, omdat anders aan aansprakelijkheid en dus ook disculpatie niet wordt toegekomen. Maar welke maatregelen mogen van de (mede) beleidsbepalende moeder worden verwacht? Gaat het uitsluitend om de pogingen die zij in haar hoedanigheid van (mede)beleidsbepaler onderneemt? Men bedenke dat de moeder óók (indirect) aandeelhouder van de vennootschap is en uit dien hoofde bevoegdheden heeft die zij mogelijk kan gebruiken om het kennelijk onbehoorlijk bestuur af te wenden. Het treffen van maatregelen om de *gevolgen* van (bijvoorbeeld) onbehoorlijk bestuur af te wenden, impliceert dat het onbehoorlijk bestuur reeds een voldongen feit is. Het aanwenden van de ontslagbevoegdheid zal in zo'n geval niet zonder meer zoden aan de dijk zetten. Denkbaar is wel dat de moeder op korte termijn nieuwe bestuurders kan vinden, die in staat zijn om adequaat te handelen. Doorgaans zijn de bevoegdheden van de aandeelhoudersvergadering echter niet erop gericht om in de hier bedoelde situaties op zodanige wijze maatregelen treffen dat de gevolgen van het onbehoorlijk bestuur kunnen worden afgewend. Dat geldt ook voor een eventuele statutaire bevoegdheid om het dochterbestuur instructies te geven. Daarmee wordt het dochterbestuur slechts aangespoord om bepaalde maatregelen te treffen, maar de afdwingbaarheid van instructies laat in dit soort situaties te wensen over. Ik zou menen dat de door de moeder te treffen maatregelen dienen voort te vloeien uit haar feitelijke machtspositie, die in de eerste plaats heeft bijgedragen aan het oordeel dat zij als (mede)beleidsbepaler kon worden aangemerkt. Het geval waarin de moeder weliswaar als (mede)beleidsbepaler is aan te merken, maar het dochterbestuur niettemin autonoom optreedt, is mijns inziens echter hoogst theoretisch. In de regel zal de (mede) beleidsbepalende moeder over een zodanige feitelijke machtspositie beschikken dat het dochterbestuur ofwel slechts uitvoerder is ofwel samen met de moeder optrekt. Het ligt, zoals voor de (mede)beleidsbepaler in het algemeen geldt, niet voor de hand dat een beroep op disculpatie succesvol is.

5.4 Samenvatting

Waar de in het vorige hoofdstuk besproken bepalingen een doorbraak van aansprakelijkheid realiseerden op grond van een wettelijke gelijkstelling met de bestuurders van de vennootschap, kwamen in dit hoofdstuk vormen van doorbraak aan de orde waarbij een dergelijke wettelijke gelijkstelling ontbreekt. In geval van directe

365 Bartman e.a. 2016, p. 270 met verwijzingen.

doorbraak vormt vereenzelviging een zelfstandige, niet op de wet gebaseerde grondslag voor aansprakelijkheid. Gevallen van indirecte doorbraak zijn daarentegen steeds gegrond op een onrechtmatige daad, zodat van een daadwerkelijke doorbraak eigenlijk geen sprake is. De laedens is jegens de gelaedeerde tot schadevergoeding verplicht wegens een *eigen* verbintenis jegens die gelaedeerde. Deze zelfstandige verbintenis ontbreekt bij vereenzelviging; toepassing leidt ertoe dat twee of meer (rechts)personen vermogensrechtelijk als één worden beschouwd, waardoor een reeds bestaande verbintenis voor de een óók de verbintenis van een ander wordt.

Vereenzelviging wordt door de Hoge Raad in het algemeen beschouwd als een vorm van doorbraak die te ver gaat. De kans dat vergoedingsplicht enerzijds en de omvang daarvan anderzijds uit elkaar lopen, maakt dat vereenzelviging in de regel niet de aangewezen vorm van redres is. Het toepassingskader van dit leerstuk beperkt zich tot gevallen waarin misbruik is gemaakt van identiteitsverschil op zodanige wijze dat de aan rechtspersoonlijkheid verbonden gevolgen terzijde mogen worden gesteld. Het vermogensrechtelijke onderscheid tussen entiteiten wordt dan weggedacht. De Hoge Raad geeft er de voorkeur aan om ook deze gevallen met toepassing van artikel 6:162 BW op te lossen, omdat daarmee een meer genuanceerd resultaat kan worden bereikt. De vergoedingsplicht en de omvang van de vergoeding kunnen beter op elkaar worden afgestemd. Wanneer iemand met volledige of overheersende zeggenschap over twee of meer rechtspersonen misbruik maakt van het identiteitsverschil tussen deze rechtspersonen, levert dat in de regel een onrechtmatige daad op. Uitsluitend de schade die als gevolg van het misbruik is ontstaan dient te worden vergoed, terwijl de vergoedingsplicht niet alleen rust op de persoon die met zijn zeggenschap de betrokken rechtspersonen tot medewerking aan het misbruik heeft bewogen, maar ook op de betrokken rechtspersonen zelf. De Hoge Raad komt de laedens namelijk tegemoet door het oogmerk van de beheerser van de vennootschappen aan die vennootschappen toe te rekenen. Bij de beoordeling van aansprakelijkheid vormt (feitelijke) zeggenschap een belangrijke factor, doch de nadruk is in de regel gelegen bij het onderscheiden van omstandigheden die de conclusie rechtvaardigen dat het identiteitsverschil tussen (rechts)personen moet worden weggedacht. Hoewel de Hoge Raad vereenzelviging als zelfstandige grondslag voor aansprakelijkheid niet als zodanig heeft weggeschreven, is de toepassing van het leerstuk feitelijk wel beperkt tot niet nader genoemde uitzonderingsgevallen. In lagere rechtspraak wordt het nog wel eens toegepast, maar een duidelijke lijn is daarin niet te ontdekken. Ook in de literatuur is de heersende opvatting dat vereenzelviging vrijwel nooit een aangewezen vorm van redres is en beter in het verdomhoekje kan worden gelaten. Met de onrechtmatige daad is de laedens meer dan genoeg geëquipeerd om óók in geval van misbruik van identiteitsverschil zijn schade te kunnen verhalen, zo is de gedachte. Ik heb niettemin een lans gebroken voor een meer ruimhartige toepassing van dit leerstuk, zonder afbreuk te willen doen aan het uitzonderlijke karakter ervan. Het leerstuk deed zijn intrede in een tijd die zich kenmerkte door misbruik van met name besloten vennootschappen. Een dergelijke misbruiktendens

ligt ook thans op de loer, terwijl een toename van het aantal BV's is te verwachten. Naar mijn mening kan met vereenzelviging een meer evenwichtige verdeling van ondernemersrisico's worden gestimuleerd, als tegemoetkoming voor schuldeisers die zich in toenemende mate geconfronteerd zien met lege vennootschappen, onvermogende bestuurders en fraudefaillissementen. Daartoe zou bij de beoordeling van aansprakelijkheid bij het perspectief van de benadeelde schuldeiser kunnen worden aangesloten.

De indirecte doorbraak heb ik benaderd vanuit concernperspectief, waarbij de aansprakelijkheidspositie van de moeder voor schulden van haar dochter aan de orde is gesteld. Deze positie heb ik niet beredeneerd door de ogen van de benadeelde schuldeiser, maar juist vanuit de rol van aandeelhouder en leidinggevende van een groep vennootschappen. De rechtspraak laat een ontwikkeling zien waarin de moeder ook jegens schuldeisers van haar dochter aansprakelijk kan zijn wegens het schenden van een op haar rustende zorgplicht. Die zorgplicht houdt in dat de moeder onder omstandigheden de belangen van haar dochters schuldeisers moet ontzien door, wanneer zij wetenschap heeft van benadeling, in te grijpen en maatregelen te treffen om die benadeling af te wenden. Een dergelijke zorgplicht bestaat mijns inziens eerst dan wanneer de moeder zich intensief met het beleid van haar dochter bemoeit of heeft bemoeid. Het enkele bestaan van een concernleidingsplicht is daarvoor onvoldoende. Juist uit haar intensieve bemoeienis vloeit een mate van inzicht in en zeggenschap over haar dochter voort, waarmee de moeder een eigen verantwoordelijkheid jegens haar dochters schuldeisers over zich roept. Laat zij na om die verantwoordelijkheid te nemen, dan loopt zij het risico op aansprakelijkheid. Daarvoor is ten minste ook vereist dat de moeder feitelijk in staat is om op zinnige wijze in te grijpen. Ontbreekt die mogelijkheid, dan is voor aansprakelijkheid mijns inziens geen plaats. In de regel ligt die mogelijkheid echter besloten in de omstandigheid dat de moeder zich intensief met het beleid van haar dochter bemoeit. Ik meen dat, *in the end*, de aansprakelijkheid van de moeder in concernverhoudingen, gezien haar grondslag, moet worden vastgesteld aan de hand van een gedegen beoordeling van de concrete omstandigheden van het geval. Zou men de voorkeur geven aan een bijzondere behandeling van dit soort gevallen, dan ligt het in de rede om specifieke concernrechtelijke bepalingen in het leven te roepen. De aansprakelijkheid van (mede) beleidsbepalers door middel van een wettelijke gelijkstelling is op deze gevallen niet toegespitst en heeft een geheel eigen karakter. De moeder kwalificeert bovendien niet zonder meer als (mede)beleidsbepaler in de zin van de wet, terwijl verwijtbaar stilzitten met deze vorm van directe doorbraak niet kan worden aangepakt. Voor aansprakelijkheid wegens (mede)beleidsbepaling is uitsluitend plaats indien de moeder heeft gehandeld als ware zij bestuurder van de dochter. Dat vereist mijns inziens een actief handelen van de moeder. Daartoe zal zij bovendien buiten haar rol als aandeelhouder moeten treden, bijvoorbeeld doordat zij feitelijk haar wil aan het dochterbestuur oplegt of het dochterbestuur feitelijk de mogelijkheid ontneemt een

zelfstandige belangenafweging te maken. De wetgever heeft niet beoogt de uitoefening van wettelijke en statutaire aandeelhoudersrechten als (mede)beleidsbepaling aan te merken. Evenals in geval van indirecte doorbraak is haar feitelijke machtspositie allesbepalend.

Hoofdstuk 6

AANSPRAKELIJKHEID VAN DE COMMANDITAIRE VENNOOT

6.1 Inleiding

In de vorige twee hoofdstukken ben ik ingegaan op de aansprakelijkheidspositie van beleidsbepalende actoren van rechtspersoonlijkheid bezittende vennootschappen, in het bijzonder de besloten vennootschap. Nu richt ik mij op de personenvennootschap, waarvan het Nederlandse recht drie verschijningsvormen kent: maatschap, vennootschap onder firma (VOF) en commanditaire vennootschap (CV). Mijn focus ligt bij deze laatste. Geen van deze rechtsvormen heeft rechtspersoonlijkheid. Anders dan de rechtspersonen van Boek 2 BW kunnen zij strikt genomen niet worden aangemerkt als rechtssubject. Wanneer de vennoten handelen in naam van de vennootschap, handelen zij namens de gezamenlijke vennoten, die als collectief door de vertegenwoordigingshandeling worden gebonden. Zij kunnen – kort gezegd – elkaar aan derden gebonden doen raken.[1] Eén van de kenmerkende verschillen tussen deze drie rechtsvormen is de aansprakelijkheidspositie van de vennoten jegens deze derden. Waar de maten der maatschap ieder voor gelijke delen aansprakelijk zijn, zijn de vennoten die samen een vennootschap onder firma vormen steeds hoofdelijk verbonden.[2] De commanditaire vennootschap kent op haar beurt twee soorten vennoten: enerzijds de gewone, hoofdelijk verbonden vennoten[3] en anderzijds de commanditaire vennoten. Laatstgenoemden treden slechts als geldschieter tot de samenwerking toe en zijn jegens derden in beginsel niet aansprakelijk. Ten opzichte van de gewone vennoten is de commanditaire vennoot alleen gehouden zijn overeengekomen inbreng te voldoen. Daarboven bestaat geen draagplicht in de verliezen van de vennootschap.[4]

---

1 Vgl. HR 18 december 1959, *NJ* 1960, 121 (*De Gouw/De Hamer*).

2 Zie artikel 7A:1679 BW voor de maatschap en 18 WvK.

3 Met 'gewone vennoot' doel ik op de vennoten die niet commanditair vennoot zijn en zich kenmerken door persoonlijke en hoofdelijke verbondenheid. Uit HR 6 mei 1966, *NJ* 1966, 287, m.nt. Scholten (*Voogt/Wilders*) blijkt dat er twee soorten gewone vennoten zijn te onderscheiden, namelijk (i) de gewone vennoot, die niet alleen hoofdelijk verbonden, maar ook besturend vennoot is en (ii) de gewone vennoot, die weliswaar hoofdelijk verbonden vennoot is, maar geen bestuursbevoegdheid heeft. Tervoort 2013, p. 21 duidt de onder (i) bedoelde vennoot aangeduid als de 'besturend vennoot' en de onder (ii) bedoelde vennoot als 'gecommanditeerde vennoot'.

4 Zie artikel 20 lid 3 WvK.

Als de vennootschapsvorm die aan de wieg stond van de NV, die op haar beurt als basis voor de BV mag worden beschouwd,[5] heeft de commanditaire vennootschap een nauwe verwantschap met de meer moderne kapitaalvennootschappen. Evenals de aandeelhouder van een kapitaalvennootschap heeft de commanditaire vennoot geen groter verlies te duchten dan de overeengekomen inbreng.[6] Het Wetboek van Koophandel maakt op die gunstige positie een belangrijke en unieke uitzondering. Ingevolge artikel 20 lid 1 WvK mag de naam van een commanditaire vennoot niet in de naam van de vennootschap worden gebezigd.[7] Op grond van het tweede lid mag deze vennoot geen daad van beheer verrichten of in de zaken van de vennootschap werkzaam zijn, ook niet krachtens volmacht. Overtreedt de commanditaire vennoot een van deze bepalingen, dan is hij op grond van artikel 21 WvK net als de gewone vennoten hoofdelijk verbonden voor de schulden van de vennootschap.[8]

Vorenbedoeld bestuursverbod maakt dat de commanditaire vennoot van beleidsbepaling is uitgesloten, wil hij tenminste zijn bijzondere aansprakelijkheidspositie behouden. Daarmee wordt een scheiding tussen *ownership* en *control*, zoals wij die ook bij de kapitaalvennootschappen kennen, bewerkstelligd. Voor de kapitaalvennootschappen biedt Boek 2 BW een veelheid aan organisatorische regels, te complementeren of nader in te vullen door statuten, reglementen en besluiten. In de vorige hoofdstukken kwam naar voren dat het bestuursprimaat bij deze rechtsvormen weliswaar bij het bestuur is gelegen, maar de kapitaalverschaffers legio mogelijkheden hebben om hun invloed te doen gevoelen. Evenmin is het aandeelhouders verboden om de vennootschap te vertegenwoordigen; de wet alloceert die bevoegdheid slechts als uitgangspunt bij het bestuur. Aansprakelijkheid voor beleidsbepaling is alleen aan de orde onder zeer bijzondere omstandigheden, waarin de kapitaalverschaffer zich feitelijk en daadwerkelijk als bestuurder heeft gedragen of gezien zijn inzicht en invloed had moeten ingrijpen. Het Wetboek van Koophandel schept daarentegen weinig duidelijkheid over de positie van de commanditaire vennoot. Met de summiere regeling voor de personenvennootschap kan zelfs de vraag wat de commanditaire vennoot nu precies is verboden maar moeilijk worden beantwoord.

Evident is echter dat de aansprakelijkheid van commanditaire vennoten rechtstreeks is gekoppeld aan het bepalen van beleid. Wat daaronder moet worden verstaan en hoe de aansprakelijkheidspositie van de commanditaire vennoot moet worden geduid, is het onderwerp van dit hoofdstuk. Eerst ga ik kort in op het rechtskarakter van de CV en bespreek ik het besturen en de vertegenwoordiging daarvan in het algemeen. Ik

5 Zie Handboek 2013, nrs. 2.1 en 29.
6 Vgl. voor de NV 2:64 lid 1 BW en voor de BV 2:175 lid 1 BW.
7 Artikel 30 WvK maakt daarop een uitzondering voor het geval dat de naam van een gewone vennoot, die vervolgens commanditaire vennoot wordt, in de naam van de vennootschap wordt gebezigd.
8 Hij blijft echter commanditaire vennoot en wordt dus geen gewone vennoot, zie Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/383.

ga vervolgens eerst in op (de discussie over) de reikwijdte van het bestuursverbod als zodanig. Na behandeling van de aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot, waaronder de verhouding tot (mede)beleidsbepaling, kijk ik vooruit. Dat doe ik aan de hand van het in 2016 verschenen rapport van de Werkgroep Modernisering Personenvennootschappen[9] en het nadien verschenen ambtelijk voorontwerp.[10] Het hoofdstuk wordt afgesloten met een samenvattende conclusie.

6.2 De CV in het algemeen

Van een commanditaire vennootschap is sprake wanneer zij (i) als maatschap in de zin van artikel 7A:1655 BW kwalificeert en (ii) haar ook de kenmerken van artikel 19 lid 1 WvK kunnen worden toegedicht. De maatschap is de grondfiguur voor zowel de VOF als de CV.[11] In artikel 7A:1655 BW wordt de maatschap beschreven als de overeenkomst waarbij twee of meer personen zich verbinden om iets in gemeenschap te brengen met het oogmerk om het daaruit onstane voordeel met elkaar te delen. De VOF en CV zijn beide maatschappen die tot de uitoefening van een bedrijf onder een gemeenschappelijke naam worden aangegaan.[12] De CV onderscheidt zich van de VOF doordat zij haar bedrijf mede uitoefent voor vennoten die uitsluitend risico dragen tot het bedrag van hun inbreng.[13] Ten aanzien van de gewone vennoten van een CV gelden óók de voor de VOF toepasselijke bepalingen.[14]

6.2.1 De CV als overeenkomst

De definitie van maatschap typeert alle personenvennootschappen eerst en vooral als een *overeenkomst*, een rechtsbetrekking tussen twee of meer personen. Niet alleen haar totstandkoming, maar ook de wijze waarop de samenwerking wordt ingericht is (nagenoeg) vormvrij. De rechtsbetrekking beheerst evenwel niet slechts de relatie tussen de samenwerkende partners, maar beïnvloedt ook hun verhouding ten opzichte van derden.[15] Dat geldt met name voor de samenwerkingen die onder een gemeenschappelijke naam naar buiten treden.[16] De kenbaarheid van de associatie,

9 Zie Bijlage bij *Kamerstukken II* 2016/17, 29 752, nr. 9 (brief van de minister van V&J van 9 december 2016); Van Olffen e.a. 2016.

10 Zie: https://www.internetconsultatie.nl/moderniseringpersonenvennootschap, laatst geraadpleegd op 23 februari 2020.

11 Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/5.

12 Artikel 16 WvK.

13 Artikel 20 lid 3 WvK; vgl. Hof Amsterdam 12 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:811, *JOR* 2015, 133, m.nt. Stokkermans en Rb. Den Haag 15 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:12603.

14 Artikel 19 lid 2 WvK; Mohr/Meijers 2018, p. 87; met Van Olffen beschouw ik de CV echter niet als gekwalificeerde vorm van de VOF, zie Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/351.

15 Mohr/Meijers 2018, p. 6.

16 Vgl. Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/15.

de samenwerking, maakt dat kan worden gesproken van een bepaalde eenheid die tot op zekere hoogte een eigen identiteit heeft.[17] In het algemeen wordt bovendien thans aangenomen dat iedere personenvennootschap een afgescheiden vermogen heeft, waarop zaakscrediteuren zich met voorrang kunnen verhalen, onverminderd hun verhaalsrecht op de individuele vennoten.[18] Rechtspersoonlijkheid wordt door de wet echter niet aan deze rechtsbetrekking verbonden.[19] De vennootschap als overeenkomst heeft dan ook een bijzonder karakter, aldus Raaijmakers, omdat zij een door een overeenkomst beheerste organisatie tot het beheer en exploitatie van een onderneming als *going concern* schept en in wezen dus ook een beheersregeling voor een gebonden gemeenschap van die onderneming.[20] De overeenkomst is de grondslag voor de organisatie van de samenwerking, die gericht is op een gemeenschappelijk doel. Deze samenwerking wordt op gelijkwaardige basis aangegaan (*affectio societas*). Raaijmakers beschrijft dit kernvereiste als de voortdurende en objectieve wil tot samenwerking in de onderneming op voet van gelijkheid om met ieders inbreng voordeel te behalen.[21] Maeijer en Van Olffen hebben het over de uit de inhoud van de overeenkomst af te leiden wil van de vennoten tot samenwerken op voet van gelijkheid.[22] Volgens Mohr en Meijers moeten partijen bij het sluiten van de overeenkomst de bedoeling hebben, of althans aan hen moet aan de hand van de inhoud en strekking van de door hen gesloten overeenkomst de bedoeling kunnen worden toegeschreven, om onderling op voet van gelijkheid samen te werken.[23]

Voornoemde wil en objectieve bedoeling van de partners moet mijns inziens onder alle vennoten aanwezig zijn, voor wat betreft de CV dus zowel bij de gewone als de commanditaire vennoten.[24] De commanditaire vennoot is niet slechts geldschieter, maar als partij bij de rechtsbetrekking lid van de personenassociatie. De consensuele aard van de personenvennootschap en de centraliteit van samenwerking als basis voor het bestaan daarvan, bepalen in belangrijke mate haar karakter. Waar de zeggenschapsverhoudingen en bevoegdhedenallocatie bij kapitaalvennootschappen in vergaande mate door de wet worden bepaald, is de gelijkwaardigheid in belangrijke

17 Mohr/Meijers 2018, p. 7.

18 Zie Mohr/Meijers 2018, p. 104 (stille maatschap), 122 (openbare maatschap), 137 e.v. (VOF), 159 e.v. (CV); Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/173 (algemeen), 176 (VOF), 182 (openbare maatschap), 189 (stille maatschap), 404 (CV); Pitlo/Raaijmakers 2017, p. 137-139.

19 Door de Hoge Raad nog eens benadrukt voor wat betreft de openbare maatschap in HR 15 maart 2013, *NJ* 2013, 290, m.nt. Van Schilfgaarde (*Biek Holding*) en de VOF in HR 6 februari 2015, *RvdW* 2015, 253 (*VDV/Totaalbouw*); zie ook Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/13; Pitlo/Raaijmakers 2017, par. 2.2.7.

20 Pitlo/Raaijmakers 2017, p. 83-84.

21 Pitlo/Raaijmakers 2017, p. 87-88; vgl. voor een geval waarin de elementen van maatschap stapsgewijs werden getoetst Hof 's-Hertogenbosch 28 juli 2009, *JOR* 2009, 315, m.nt. Stokkermans (*Dierenartsenpraktijk*).

22 Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/29.

23 Mohr/Meijers 2018, p. 22.

24 Vgl. Hof Amsterdam 27 januari 2015, *JOR* 2015, 164, m.nt. Stokkermans (*Distriport*).

mate bepalend voor het functioneren, of de organisatie, van de vennootschap, alsook de rechtspositie van haar deelnemers. Met Mohr en Meijers meen ik dat de samenwerking van de vennoten in essentie erin bestaat dat zij steeds samen het beleid bepalen dat tot verwezenlijking van het gemeenschappelijk doel moet leiden. In beginsel besturen zij de vennootschap in onderling overleg en komen alle bevoegdheden aan de vennoten gezamenlijk toe. Als uitgangspunt vereist besluitvorming aangaande de vennootschappelijke organisatie en de verwezenlijking van haar doel(en) steeds unanimiteit.[25]

De onderlinge, interne verhouding tussen de vennoten wordt dus sterk beheerst door de aard van de tussen hen bestaande rechtsbetrekking. Jegens elkaar moeten de vennoten zich gedragen zoals een goed vennoot betaamt.[26] Niet alleen de contractuele bepalingen, maar ook de redelijkheid en billijkheid bepalen de wijze waarop de vennoten moeten samenwerken. Het onderlinge vertrouwen tussen de vennoten vormt een wezenlijke basis van de vennootschap.[27] De vennoten moeten zich positief, naar vermogen en naar hetgeen redelijkerwijs van ieder van hen mag worden verwacht, inzetten tot verwezenlijking van het vennootschappelijke doel.[28] In ieder geval moet als zodanig worden aangemerkt het behalen van vermogensrechtelijk[29] voordeel; daarin is volgens de wet immers de reden gelegen waarom de vennoten zich verbinden tot een inbreng in gemeenschap. Deze gemeenschap moet worden aangemerkt als zijnde gebonden.[30] Hetgeen de vennoten aan de vennootschap beschikbaar stellen en zij gedurende haar bestaan in het kader van de samenwerking verwerft, is onderworpen aan voornoemd doel. Het vennootschapsvermogen moet dan ook worden aangewend tot verwezenlijking daarvan. De vennoten dienen bij hun handelen niet alleen hun eigen belangen na te streven, maar steeds ook die van de andere vennoten en met name het belang van het samenwerkingsverband als zodanig te overwegen.[31] Het belang van de CV bestaat uit het gezamenlijk belang van zowel de gewone als de commanditaire vennoten.[32] Dat ook het belang van de commanditaire vennoten gestalte geeft aan het belang van de CV vloeit reeds voort uit de omstandigheid dat

25 Pitlo/Raaijmakers 2017, p. 86; Mohr/Meijers 2018, p. 23.

26 Mohr/Meijers 2018, p. 33; Pitlo/Raaijmakers 2017, p. 114-115; Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/46.

27 Mohr/Meijers 2018, p. 33; zie voor een geval waarin een 'ontwrichte relatie en de daardoor verstoorde samenwerking' tussen de vennoten een gewichtige reden (art. 7A:1684 BW) voor ontbinding van de vennootschap opleverde Rb. Midden-Nederland 1 november 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5588; partijen waren het eens over de onmogelijkheid tot verdere samenwerking in Rb. Overijssel 8 augustus 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:3747.

28 Pitlo/Raaijmakers 2017, p. 115.

29 Kritisch over de vermogensrechtelijke aard van het voordeel is Stokkermans 2017, par. 2.3.5.

30 Mohr/Meijers 2018, p. 51-54; Hamers & Van Vliet 2019, p. 79-80; zie expliciet HR 17 december 1993, *NJ* 1994, 301, m.nt. Maeijer (*Van den Broeke/Van der Linde*).

31 Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/46; Pitlo/Raaijmakers 2017, p. 89.

32 HR 22 september 2017, *NJ* 2017, 395, m.nt. Van Schilfgaarde (*Stichting Participanten Warmond/Lexence*).

ook zij als zodanig onderdeel uitmaken van het samenwerkingsverband. Is aan de CV een onderneming verbonden dan omvat het gezamenlijk belang van de vennoten tevens het ondernemingsbelang.[33]

Bij de CV (alsook de VOF en openbare maatschap) blijkt van het bestaan van het samenwerkingsverband naar buiten doordat onder een gemeenschappelijke naam wordt geopereerd. Daarmee wordt bedoeld dat de vennootschap op een voor derden duidelijk kenbare wijze onder een bepaalde naam deelneemt aan het rechtsverkeer.[34] De CV is dus een *openbare* vennootschap.[35] Die aanduiding is relevant, omdat de openbaarheid van de samenwerking de rechtsbetrekking tussen de vennoten van een externe dimensie voorziet. Het handelen onder een gemeenschappelijke naam is medebepalend voor de doorwerking van de rechtsbetrekking tussen de vennoten in relatie tot derden.[36] Voor de CV vloeit daar onder meer uit voort dat zij door alle gewone vennoten kan worden verbonden, hetgeen op grond van artikel 18 WvK ook tot een hoofdelijke verbondenheid van deze vennoten leidt. De commanditaire vennoot kan ingevolge artikel 20 lid 3 WvK evenwel niet door derden worden aangesproken. In de navolgende paragrafen bespreek ik in het licht van het voorgaande eerst het bestuur van de CV en vervolgens de vertegenwoordiging daarvan.

6.2.2 Het bestuur van de CV

Op grond van artikel 20 lid 2 WvK mag de commanditaire vennoot geen daden van beheer verrichten of in de zaken van de vennootschap werkzaam zijn. De 'daden van beheer' pleegt men af te korten tot het 'beheren' van de vennootschap. Sommige auteurs bezigen in dit verband ook de term 'bestuur'.[37] Anderen menen echter dat het begrip 'bestuur' meeromvattend is dan 'beheer' en deze begrippen dus niet inwisselbaar zijn.[38]

Bij gebrek aan een wettelijke definitie van het begrip *beheer* is niet geheel duidelijk wat daaronder moet worden verstaan. Zo hebben Hamers en Van Vliet het over 'het

33 Vgl. Stokkermans in zijn annotatie bij HR 22 september 2017 in *Ondernemingsrecht* 2017, 149.

34 Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/15; Hamers & Van Vliet 2019, p. 83-84 die overigens spreken van 'het economisch en juridisch verkeer'; Pitlo/Raaijmakers 2017, p. 133 en 135, die zich beperkt tot deelname aan het economisch verkeer; de term 'rechtsverkeer' verdient mijns inziens de voorkeur, vgl. HR 5 november 1976, *NJ* 1977, 586, m.nt. Heemskerk (*Moret Gudde Brinkman*).

35 Zie HR 4 januari 1937, *NJ* 1937, 586, m.nt. Scholten (*Erik Schaaper*); evenzo Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/352.

36 Mohr/Meijers 2018, par. 3.5; Hamers & Van Vliet 2019, p. 86.

37 Tervoort 2013, p. 19 en Tervoort 2015a, p. 74; Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/74; Pitlo/Raaijmakers 2017, p. 127; Hamers & Van Vliet 2019, p. 92; Slagter/Assink 2013, p. 1937 noemt daden van beheer 'in zekere zin "bestuurshandelingen"'.

38 Zie Stokkermans 2017, p. 84 en de verwijzingen aldaar.

zorg dragen voor de verwezenlijking van het doel van het samenwerkingsverband'[39] en handelingen die 'voortvloeien dan wel samenhangen met de dagelijkse gang van zaken in de vennootschap. Het zijn die handelingen die gelet op het vennootschappelijk doel tot de dagelijkse en normale werkzaamheden van de vennootschap behoren.'[40] Van Olffen legt ook een verbinding tot het doel van de samenwerking, maar heeft het over 'alle handelingen die, gelet op het concrete doel van de vennootschap, behoren tot haar normale maatschappelijke werkzaamheden, tot de normale exploitatie', waarbij het concrete doel betrekking heeft op de vennootschappelijke werkzaamheid.[41] De handelingen moeten daadwerkelijk tot het doel behoren.[42] Raaijmakers heeft het over de 'interne leiding ('*Geschäftsführung*') van de vennootschappelijke organisatie en haar onderneming en alles wat daartoe op grond van de overeenkomst behoort' en beperkt dit eveneens tot het doel van de vennootschap. Hij onderscheidt dit besturen expliciet van 'de bevoegdheid om voor en namens de vennootschap met derden te handelen ('*Vertretung*', vertegenwoordiging).[43] Mohr en Meijers parafraseren de vraag hoe het *bestuur* van de vennootschap is geregeld daarentegen tot 'de vraag of en in hoeverre vennoten bevoegd zijn voor de vennootschap (dat wil zeggen de gezamenlijke vennoten) te handelen'. Van beheer spreken zij 'wanneer het handelingen betreft die de gewone "alledaagse" gang van zaken in de betrokken vennootschap met zich meebrengt. Die handelingen dus die in het licht van de doelstelling van de betrokken vennootschap tot de normale werkzaamheden behoren.' Daartoe rekenen zij zowel rechtshandelingen als feitelijke handelingen.[44] In gelijke zin duidt Stokkermans beheershandelingen aan als 'de rechtshandelingen en feitelijke handelingen vallend binnen de normale werkzaamheden die in maatschapsverband worden uitgeoefend'. De term 'bestuur' reserveert hij voor het bepalen van de strategie en het verrichten van handelingen die buiten de normale bedrijfsuitoefening vallen.[45] Volgens Assink wordt algemeen aangenomen dat beheer ziet 'op – het verrichten van – alle handelingen die passen bij de normale gang van zaken in en (ondernemings-)activiteiten van de maatschap of de VOF (CV) in kwestie, zoals die zich op dagelijkse basis plegen voor te doen'.[46] Tervoort rekent ten slotte tot beheren 'slechts die handelingen die de dagelijkse leiding van de vennootschap betreffen'. Het gaat daarbij zijns inziens om 'die categorie van bestuurshandelingen die, gelet op het doel van de vennootschap, betrekking hebben op de normale bedrijfsvoering'.[47]

39 Hamers & Van Vliet 2019, p. 92.
40 Hamers & Van Vliet 2019, p. 93.
41 Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/74.
42 Vgl. Mathey-Bal 2016, p. 42.
43 Pitlo/Raaijmakers 2017, p. 127 en 129.
44 Mohr/Meijers 2018, p. 26-27; zo ook Hamers & Van Vliet 2019, p. 93.
45 Stokkermans 2017, p. 83-84
46 Slagter/Assink 2013, p. 1937.
47 Tervoort 2015a, p. 74.

Behalve bij Raaijmakers is in voorgaande omschrijvingen van het begrip 'beheren' geen onderscheid tussen intern en extern handelen te bespeuren. Handelingen die het beheer van de personenvennootschap betreffen kunnen zowel betrekking hebben op de interne organisatie, vergelijkbaar met de *deelrechtsorde* zoals we die kennen bij de kapitaalvennootschap,[48] doch ook rechtshandelingen en feitelijke handelingen die zich tot derden richten. Uit de strekking van artikel 20 lid 2 WvK,[49] waarin de term beheer eveneens wordt gebezigd, volgt mijns inziens reeds dat daaronder ook extern handelen moet worden verstaan. Van beheershandelingen moeten beschikkingshandelingen[50] worden onderscheiden. Met deze laatste term worden aangeduid de handelingen die buiten de normale bedrijfsuitoefening vallen. Waar de vennoten in beginsel bevoegd zijn tot het verrichten van beheershandelingen, behoeven beschikkingshandelingen in de regel instemming van alle vennoten. Welke handelingen tot beheer respectievelijk tot beschikking moeten worden gerekend, is gelet op het onderscheidende criterium – de normale bedrijfsuitoefening – niet in algemene zin te bepalen. Het onderscheid is evenwel relevant om te bepalen welke handelingen vennoten afzonderlijk, dan wel met toestemming van de andere vennoten, ten laste van het vennootschapsvermogen kunnen brengen.[51]

Tot de normale bedrijfsuitoefening behoren mijns inziens die handelingen die vallen onder de normale verwezenlijking van het concrete doel, de feitelijke werkzaamheid van de vennootschap.[52] Daaronder schaar ik ook de dagelijkse leiding, zonder welke verwezenlijking van dat doel niet in zicht zal kunnen komen, alsook het voeren van een administratie, het beheren van het vennootschapsvermogen en het zorg dragen voor de interne organisatie van de onderneming. Beheer wordt ook aangeduid als het *operationeel management* van de personenvennootschap, te onderscheiden van het strategisch en tactisch management dat tot de beschikkingshandelingen moet worden gerekend.[53] Gelet op bovengenoemde essentie van de samenwerking tussen de vennoten, kan tot het beheer niet het bepalen van de strategie worden gerekend.[54] De bevoegdheid dienaangaande en ter zake beschikkingshandelingen berust in beginsel bij de gezamenlijke, waaronder dus ook de commanditaire, vennoten. Het consensuele karakter van de personenvennootschap maakt dat deze uitgangspunten kunnen worden verlaten. Het staat de vennoten vrij om in de vennootschapsovereenkomst

48 Vgl. Van Schilfgaarde 2017, p. 18.

49 Er bestaat immers geen discussie over de vraag of het de commanditaire vennoot op grond van deze bepaling verboden is om extern te handelen, zie nader paragraaf 6.3.

50 Niet te verwarren met het goederenrechtelijke 'beschikken', zie Mohr/Meijers 2018, p. 27 en Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/75; Tervoort 2015a, p. 74; Hamers & Van Vliet 2019, p. 64.

51 Zie voor een geval waarin het aangaan van geldleningen tot de normale bedrijfsuitoefening van een VOF werd gerekend en dus gebondenheid van de vennootschap en de vennoten tot gevolg had Rb. Maastricht 5 september 2007, ECLI:NL:RBMAA:2007:BB3201.

52 Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/73.

53 Zie Tervoort 2015a, p. 74-79.

54 Vgl. Mohr/Meijers 2018, p. 27; Pitlo/Raaijmakers 2017, p. 126; Tervoort 2015a, p. 78.

andersluidende afspraken te maken, óók voor wat betreft onderwerpen die gelet op de normale bedrijfsuitoefening tot beschikkingshandelingen moeten worden gerekend. Niettemin zal het beheer telkens indachtig het doel van de vennootschap, conform de wet, met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid en in het belang van de gezamenlijke vennoten moeten plaatsvinden.[55] Behoudens een andersluidende regeling zijn alle gewone vennoten beheersbevoegd, aldus artikel 7A:1674 BW.

De wet geeft een summiere regeling over de verdeling van de beheersbevoegdheden, voor zover daarin niet bij de vennootschapsovereenkomst is voorzien (artikel 7A:1676 BW). Ten eerste zijn alle vennoten in beginsel zelfstandig bevoegd om beheersdaden te verrichten, met dien verstande echter dat iedere vennoot een voorgenomen beheershandeling kan tegenhouden. Iedere vennoot heeft een *preventief* vetorecht. Ook de commanditaire vennoot kan mijns inziens een veto uitspreken. Het vereiste van voorafgaand verzet brengt met zich dat het vetorecht slechts nuttig is wanneer de andere vennoten op de hoogte zijn van een ongewenste beheershandeling en die handeling tevens niet terstond moet plaatsvinden. Ik leid daaruit af dat toch enig voorafgaand overleg op zijn plaats is. Het vetorecht geldt verder slechts voor zich naar buiten manifesterende bestuurshandelingen; interne beslissingen kunnen er niet mee worden voorkomen.[56] De uitoefening ervan heeft vooral een intern effect (de handeling komt wel/niet ten laste van de vennootschap); of de vennootschap na uitoefening van het vetorecht is gebonden jegens een derde betreft een kwestie van vertegenwoordiging.[57] Bovendien is de uitoefening van het vetorecht onderworpen aan de redelijkheid en billijkheid en kunnen de andere vennoten onder omstandigheden een beroep doen op artikel 3:13 BW (misbruik van bevoegdheid). Van Olffen verdedigt dat deze regeling niet geldt voor de VOF, omdat hij uit de door artikel 17 WvK toegekende vertegenwoordigingsbevoegdheid voor alle vennoten ook een individuele en onbeperkte beheersbevoegdheid afleidt ten aanzien van de normale maatschappelijke werkzaamheden van de vennootschap.[58] Deze bevoegdheid wordt zijns inziens niet beheerst door het 7A:1676 BW vervatte preventieve

55 Vgl. Tervoort 2015a, p. 75; Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/77-80.

56 Vgl. Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/83.

57 Tervoort 2015a, p. 77; Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/83, die ook de situatie beschrijven waarin de derde op de hoogte is gebracht van de uitoefening van het vetorecht. In die situatie zijn zowel de kennisgevende vennoot, alsook de overige vennoten niet aansprakelijk jegens de derde, doch wel de handelende vennoot. De handeling komt niet voor rekening van de vennootschap. Hoewel in deze opvatting de interne beheersregeling een effect heeft op de externe vertegenwoordiging, komt deze mij juist voor. Het is te vergelijken met een in het handelsregister ingeschreven beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid. De derde die voor het aangaan van een rechtshandeling weet dat deze rechtshandeling niet voor rekening van de vennootschap mag worden gebracht, zou inderdaad slechts de handelende vennoot kunnen aanspreken, vgl. in dit verband voor wat betreft vertegenwoordiging Pitlo/Raaijmakers 2017, p. 131; Hamers & Van Vliet 2019, p. 122-123; Mohr/Meijers 2018, p. 127-128; Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/137.

58 Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/92; evenzo Wery 2003, p. 89.

vetorecht. Dat zou betekenen dat dit vetorecht evenmin een rol speelt bij de commanditaire vennootschap. Anders dan Van Olffen meen ik echter niet dat uit de vertegenwoordigingsbevoegdheid ook per definitie een beheersbevoegdheid voortvloeit. Een externe bevoegdheid impliceert niet noodzakelijkerwijs een interne bevoegdheid.[59] De gekozen bewoordingen in artikel 17 WvK geven duidelijk blijk van een regeling betreffende de vertegenwoordiging van de vennootschap. Ingeval de vennoten geen beheersregeling zijn overeengekomen gelden voor wat betreft het beheer van de CV de artikelen 7A:1673-1678 BW. Naar mijn mening kent artikel 17 WvK aan de vennoten een volledige[60] vertegenwoordigingsbevoegdheid toe, terwijl tegelijkertijd geldt dat de interne beheersbevoegdheid beperkter van omvang kan zijn en door het preventieve vetorecht van artikel 7A:1676 kan worden geraakt. Indien van het vetorecht tijdig gebruik wordt gemaakt, raken de vennootschap en de vennoten weliswaar extern verbonden door de ingevolge artikel 17 WvK bevoegde vertegenwoordiging, doch zal de handelende vennoot intern verantwoording moeten afleggen ter zake het overschrijden van zijn beheersbevoegdheid.[61]

Terug naar de wettelijke beheersregeling: ten tweede mogen alle vennoten de aan de vennootschap ter beschikking gestelde zaken[62] gebruiken voor zover dat gebruik dienstbaar is aan de verwezenlijking van het doel van de vennootschap, in overeenstemming met de normale bestemming van de desbetreffende zaak en met inachtneming van de rechten van de andere vennoten. Er bestaat mijns inziens geen aanleiding om niet-beherende vennoten van deze regeling uit te sluiten.[63] Ook de commanditaire vennoot heeft een dergelijk gebruiksrecht. Alle vennoten dienen ten derde in de kosten van het behoud van deze zaken bij te dragen; het maken van dergelijke kosten kan niet met het vetorecht worden voorkomen.[64] Hoewel ik de commanditaire vennoot een gebruiksrecht toedicht, acht ik hem niet gehouden bij te dragen in deze kosten: hij is slechts verplicht zijn overeengekomen inbreng te voldoen, tenzij voor wat betreft deze kosten anders is overeengekomen. Ik vat artikel 7A:1676 sub 3 BW zo op dat daaruit blijkt welke kosten in ieder geval steeds ten laste van het vennootschapsvermogen kunnen worden gebracht.[65] In die uitleg

59 In deze zin ook Mohr/Meijers 2018, p. 110: 'een enkele beheersbevoegdheid in de zin van art. 7A1673 e.v. BW impliceert geen vertegenwoordigingsbevoegdheid doch slechts de zekerheid van een intern regresrecht'.

60 Zie echter artikel 17 lid 2 WvK.

61 Vgl. Mohr/Meijers 2018, p. 127-128; Hamers & Van Vliet 2019, p. 121.

62 Dus ook slechts tot gebruik ingebrachte zaken, zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 12 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6357 met verwijzing naar HR 24 januari 1947, ECLI:NL:HR:1947:BG9451 en HR 2 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ3876.

63 Evenzo Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/84; anders: Tervoort 2015a, 78 die zich beperkt tot de beherende vennoten.

64 Zie Tervoort 2015a, p. 77; Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/85; anders: Mohr/Meijers 2018, p. 29 die voor kosten van behoud in beginsel ook eenstemmigheid verlangen.

65 Vgl. voor deze uitleg Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/85.

past dat de commanditaire vennoot enerzijds de vennootschapszaken mag gebruiken, maar tegelijkertijd niet hoeft bij te dragen in de kosten van het behoud van die zaken, nu artikel 20 lid 3 WvK hem daarvan uitzondert. Als vierde en laatste uitgangspunt geldt dat 'nieuwigheden' betreffende aan de vennootschap ter beschikking gestelde onroerende zaken slechts met instemming van alle vennoten kunnen worden aangebracht. Ik meen dat daarvoor ook de instemming van de commanditaire vennoten is vereist.[66]

De commanditaire vennoot is uitgesloten van deelname aan het beheer als zodanig; contractuele regelingen waarbij aan deze vennoot beheersbevoegdheid wordt toegekend, al dan niet gezamenlijk met een gewone vennoot, zijn mijns inziens in strijd met artikel 20 lid 2 WvK en daarom nietig. Van geheel andere aard is de mogelijkheid dat bepaalde beheershandelingen van de gewone vennoten onderworpen kunnen zijn aan de goedkeuring van de commanditaire vennoot en zij uit hoofde daarvan diens medewerking behoeven,[67] dan wel de omstandigheid dat de commanditaire vennoot intern gebruik kan maken van een vetorecht. Het gaat hierbij telkens om een passieve bevoegdheid tot beleidsbeïnvloeding; een actieve beheershandeling wordt in een dergelijk geval door de commanditaire vennoot niet verricht. Contractueel kan de bevoegdheid ter zake bepaalde aangelegenheden, de interne organisatie betreffende, ook voor zover die als daad van beschikking moeten worden aangemerkt, aan bepaalde vennoten worden toegekend. Ik zou menen dat het dan ook mogelijk moet worden geacht dat bepaalde, interne beslissingen uitsluitend door de commanditaire vennoot worden genomen. In het bijzonder denk ik dan aan de toekenning of ontneming van de bestuursbevoegdheid van een of meer gewone vennoten.[68] Of en in hoeverre de commanditaire vennoot anderszins aan de beleidsbepaling binnen de CV kan deelnemen, zal ik hierna nog bespreken.

6.2.3 Vertegenwoordiging van de CV

Aan de vraag of de CV rechtsgeldig is vertegenwoordigd, gaat een vraag vooraf. Eerst is relevant of de handelende persoon namens de vennootschap is opgetreden. Zoals hiervoor[69] reeds aan de orde kwam is het antwoord op de vraag wie partij is

66 Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/86 duidt de regeling aan als een beperking van de bestuursbevoegdheid, waarbij de wet een uitzondering maakt op de algemene beheersregeling door de toestemming van alle vennoten te verlangen.

67 Dergelijke goedkeuringsrechten zijn een algemeen geaccepteerd verschijnsel, zie Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/371 en Mohr/Meijers 2018, p. 154.

68 Zie ook Tervoort 2013, p. 62 met verwijzingen en Tervoort 2015a, p. 81; vgl. in dit verband Rb. Amsterdam 20 juli 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX2641waarin volgens de voorzieningenrechter ook door een meerderheid van de commanditaire vennoten kon worden besloten over de schorsing van de enig beherend vennoot, zij het dat van de vereiste gewichtige reden (7A:1673 lid 2 BW) in dit geval naar het oordeel van de voorzieningenrechter geen sprake was.

69 Zie paragraaf 3.5.2.

bij een overeenkomst afhankelijk van hetgeen de wederpartij uit de verklaringen en gedragingen van de handelende persoon heeft afgeleid en in de gegeven omstandigheden mocht afleiden, waarbij ook omstandigheden na het sluiten van de overeenkomst een rol kunnen spelen.[70] Daarentegen is niet bepalend of uitdrukkelijk de naam van de CV is gebruikt.[71]

Artikel 17 lid 1 WvK maakt alle gewone vennoten zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegd. Ieder van hen kan in beginsel de vennootschap en haar vennoten aan derden binden. Deze algemene bevoegdheid wordt ingevolge het tweede lid beperkt door de doelomschrijving van de vennootschap enerzijds en tussen de vennoten bestaande afspraken anderzijds. Dit laatste maakt ook uitsluiting van een of meer vennoten mogelijk. Er zijn legio mogelijkheden om de vertegenwoordigingsbevoegdheid van vennoten in de vennootschapsovereenkomst te beperken.[72] Dergelijke beperkingen kunnen slechts jegens derden worden ingeroepen voor zover zij daarmee bekend zijn. De inschrijving van deze beperkingen in het handelsregister kan daarbij helpen.[73] Ter beantwoording van de vraag of de vennootschap rechtsgeldig is vertegenwoordigd, kan het dus zo zijn dat haar doel moet worden uitgelegd. In dat geval ligt een objectieve uitleg daarvan in het voordeel van de derde voor de hand.[74] Anders dan voor rechtspersonen leidt doeloverschrijding bij de personenvennootschappen tot vertegenwoordigings*on*bevoegdheid.[75] De beperking van vertegenwoordigingshandelingen tot de doelomschrijving van de vennootschap wordt in artikel 17 lid 2 WvK uitgedrukt als handelingen 'welke niet tot de vennootschap betrekkelijk zijn'. Anders[76] dan voor wat betreft de bestuursbevoegdheid, zijn de gewone vennoten ook

70 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 12 mei 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1830, *JIN* 2015, 179 (eenmanszaak of CV?).

71 HR 3 december 1971, *NJ* 1972, 117 (*Hotel Jan Luyken*).

72 Denk aan gezamenlijke bevoegdheid, bevoegdheid ter zake specifieke handelingen en bevoegdheid tot een maximale bedragen. Anders dan de BV geeft de wet geen limitatieve opsomming van mogelijkheden tot beperking met derdenwerking. Vereist is slechts dat de vennootschap is ingeschreven, zie artikel 29 WvK jo. 25 lid 4 sub a HregW, alsook de desbetreffende beperking van de bevoegdheid.

73 Zie artikel 19 Hregb; de wet verplicht niet expliciet tot inschrijving van het doel (zoals in Mohr/Meijers 2018, p. 127 wordt gesuggereerd), maar artikel 11 aanhef onder b HregB verplicht wel tot de inschrijving van een korte aanduiding van de uitgeoefende activiteit of activiteiten.

74 Zie Hamers & Van Vliet 2019, p. 122; Tervoort 2015a, p. 124.

75 Vgl. artikel 2:7 BW, waar een rechtshandeling in strijd met het doel wordt bedreigd met vernietigbaarheid. In beginsel is de rechtshandeling dus geldig. Bestuurders hebben in geval van doeloverschrijding interne aansprakelijkheid te duchten, vgl. Van Schilfgaarde 2017 onder verwijzing naar HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 455 (*Berghuizer Papierfabriek*).

76 Vgl. Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/74, die tot het beheer niet rekent 'alle handelingen die redelijkerwijze tot verwezenlijking van het doel van de vennootschap dienstig *kunnen* zijn' en Hamers & Van Vliet 2019, p. 122 die daarbij verwijzen naar *Kamerstukken II* 2002/03, 28 746, nr. 3, p. 18; in HR 8 juni 1990, *NJ* 1990, 607 (*Kruithof/Wittenberg*) bezigt de Hoge Raad eenzelfde omschrijving met betrekking tot de verhouding tussen de vertegenwoordigingsbevoegdheid en het doel van de vennootschap als hij overweegt dat ingevolge artikel 17 WvK 'elk der vennoten, die daarvan niet is uitgesloten bij de overeenkomst van vennootschap, [is] bevoegd de vennootschap te

bevoegd tot het verrichten van handelingen die aan de verwezenlijking van de doelen van de vennootschap dienstig *kunnen* zijn.[77] Verder behoren hiertoe ook handelingen die niet rechtstreeks dienstig zijn aan het verwezenlijken van het doel van de vennootschap, maar naar gebruik en billijkheid uit het doel voortvloeien en daarmee samenhangen.[78] De vertegenwoordigingsbevoegdheid reikt dan ook verder dan de beheersbevoegdheid.[79] Zolang de gewone vennoot binnen de grenzen van zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid blijft, raken de vennootschap en haar vennoten jegens de derde verbonden; gaat de handelende vennoot daarbij zijn beheersbevoegdheid te buiten, dan komt zijn handeling intern voor eigen rekening. Voor bevoegdelijk handelen buiten deze toegekende vertegenwoordigingsbevoegdheid, is een volmacht van de andere vennoten vereist. Naar mijn mening is dan ook de instemming van de commanditaire vennoot vereist, omdat in deze gevallen wordt teruggrepen naar het uitgangspunt van de samenwerking dat ter zake de instemming van alle vennoten is vereist.[80]

Ondanks het ontbreken van vertegenwoordigingsbevoegdheid, al dan niet krachtens volmacht, kunnen de vennootschap en haar gewone vennoten toch gebonden raken in geval van schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid,[81] bekrachtiging (artikel 3:69 lid 1 BW) of wanneer de beperking van de bevoegdheid niet uit het handelsregister blijkt.[82] Daar bekrachtiging evenmin uitdrukkelijk behoeft plaats te vinden, kan de schijn daarvan eveneens de vennootschap gebonden doen zijn.[83] Verder kan ook baattrekking in de zin van artikel 7A:1681 BW tot gebondenheid van de vennootschap leiden. Volgens de Hoge Raad heeft 'de zaak ten voordeele der maatschap gestrekt' wanneer de handeling per saldo, dus uiteindelijk, voor de vennootschap tot een voordeel heeft geleid.[84] De bewijslast ter zake rust op de wederpartij.[85] Ten slotte kan ook het leerstuk betreffende zaakwaarneming tot gebondenheid leiden. Daarvan is sprake wanneer de handelende persoon zich willens en wetens en

---

vertegenwoordigen voor zover de op naam van de vennootschap verrichte handeling dienstig *kan* [curs. JN] zijn tot verwezenlijking van het doel der vennootschap'.

77 Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/132.

78 Tervoort 2015a, p. 124; Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/133.

79 Vgl. Mathey-Bal 2016, p. 43.

80 Vgl. voor wat betreft beschikkingshandelingen Hamers & Van Vliet 2019, p. 134-135.

81 Waarover paragraaf 3.5.2; zie voor een geval waarin schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid ten aanzien van een VOF werd aangenomen Hof Amsterdam 26 september 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3924.

82 Zie voor dit laatste artikel 29 WvK jo. 25 HregW; een dergelijk geval deed zich voor in Rb. Rotterdam 8 juni 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ9931, *JIN* 2011, 629.

83 Asser/Kortmann 3-III 2017/86; dezelfde omstandigheden als bij schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kunnen daartoe aanleiding geven, aldus HR 12 januari 2001, *NJ* 2001, 157 (*Kuijpers/Wijnveen*), zie ook Hamers & Van Vliet 2019, p. 116-117.

84 HR 13 juni 1958, *NJ* 1958, 352 (*Dieselgarage II*).

85 Hamers & Van Vliet 2019, p. 118; Tervoort 2015a, p. 132; Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/114.

op redelijke grond inlaat met de behartiging van het belang van de vennootschap, zonder de bevoegdheid daartoe aan een rechtshandeling of een elders in de wet geregelde rechtsverhouding te ontlenen.[86] Een zaakwaarnemer is bevoegd rechtshandelingen te verrichten in naam van de vennootschap, voor zover haar belang daardoor naar behoren wordt behartigd.[87] Heeft de vennoot onbevoegd gehandeld en leidt ook geen van de voornoemde rechtsfiguren tot gebondenheid van de vennootschap, dan is uitsluitend de vennoot zelf gebonden. Deze gebondenheid vloeit voort uit artikel 7A:1681 BW. Noch de vennootschap, noch de overige vennoten kunnen dan worden aangesproken. De commanditaire vennoot kan overigens nooit rechtstreeks worden aangesproken voor handelingen die de gewone vennoten namens de vennootschap hebben verricht.[88]

Het leerstuk van vertegenwoordiging speelt maar een beperkte rol ten aanzien van de commanditaire vennoot. Ingevolge artikel 20 lid 2 WvK is hij daartoe niet bevoegd, zelfs niet krachtens volmacht. Een vertegenwoordigend optreden van de commanditaire vennoot leidt niet tot gebondenheid van de vennootschap, maar heeft twee gevolgen.[89] De commanditaire vennoot raakt ingevolge artikel 7A:1681 BW zelf jegens de wederpartij verbonden[90] en op grond van 21 WvK is hij alsdan ook hoofdelijk verbonden voor alle schulden en verbintenissen van de vennootschap. Mohr en Meijers stellen dat noch de commanditaire vennoot noch de vennootschap noch de overige vennoten jegens de wederpartij gebonden raken, maar dat de commanditaire vennoot wel op grond van artikel 3:70 BW jegens de wederpartij aansprakelijk zal zijn.[91] Toepassing van artikel 7A:1681 BW heeft evenwel mijn voorkeur. Waar de gebondenheid en de omvang van aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot reeds voortvloeit uit deze bepaling, rust bij de toepassing van artikel 3:70 BW de nodige bewijslast op de wederpartij.[92] Bovendien vloeit uit deze laatste bepaling uitsluitend een plicht tot vergoeding van schade voort, terwijl de wederpartij op grond van artikel 7A:1681 BW de commanditaire vennoot tot nakoming van de overeengekomen verbintenis kan aanspreken;[93] hij heeft immers zichzelf gebonden.

86 Artikel 6:198 BW.

87 Artikel 6:201 BW.

88 Tenzij hij het bestuursverbod heeft overtreden, zie artikel 21 WvK; zie ook Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/385.

89 De vennootschap raakt wel gebonden in geval van schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid en (schijn van) baattrekking, maar dat laat de aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot op grond van artikel 21 WvK onverlet. Een handelen van de commanditaire vennoot in het kader van zaakwaarneming wordt door Tervoort hetzelfde behandeld als een handelen krachtens volmacht, zie Tervoort, *GS Personenassociaties*, aant. 2.9.1.3.

90 Vgl. Hamers & Van Vliet 2019, p. 128; Asser/Maeijer 5-V 1995/383 en herhaald in Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/383; Tervoort 2015a, p. 125.

91 Mohr/Meijers 2018, p. 158.

92 Met name ter zake de (omvang van de) schade, zie Asser/Kortmann 3-III 2017/98.

93 Bij de toepassing van artikel 3:70 BW kan de rechter overigens wel een vergoeding 'in natura' toekennen (artikel 6:103); dat ligt veelal echter niet voor de hand, aldus Asser/Kortmann 3-III 2017/97,

Ten slotte leidt artikel 3:70 BW uitzondering wanneer de wederpartij weet of behoort te begrijpen dat een toereikende volmacht ontbreekt. Indien de wederpartij weet dat zij met een commanditaire vennoot van doen heeft, strandt een beroep op artikel 3:70 BW en kan zij – in de opvatting van Mohr en Meijers – niemand aanspreken. Dat lijkt mij een onwenselijke uitkomst, te meer omdat voor de commanditaire vennoot zonneklaar is dat hij de vennootschap niet mag vertegenwoordigen.[94]

6.3 Vennootschappelijke betrokkenheid van de commanditaire vennoot

De commanditaire vennoot neemt een bijzondere positie in binnen de commanditaire vennootschap. Hij is weliswaar lid van de associatie, maar volgens de wet slechts bij wijze van geldschieting. Hiervoor bleek al dat hij wel degelijk als volwaardig vennoot moet worden beschouwd; de inbreng van de commanditaire vennoot is geen geldlening.[95] In beginsel is deze inbreng het enige dat hij kan verliezen bij zijn deelname aan de avonturen van de personenvennootschap. Anders dan de gewone vennoten (artikel 18 WvK) raakt hij niet jegens derden gebonden voor verbintenissen van de vennootschap, derden kunnen hem dus ook niet rechtstreeks aanspreken,[96] en ten opzichte van de gewone vennoten is hij tot niet meer gehouden dan zijn inbreng. Draagplichtig voor de verliezen van de vennootschap is hij slechts voor zover hij zich daartoe bij de vennootschapsovereenkomst heeft gecommitteerd.[97]

De beperking van aansprakelijkheid noopt de commanditaire vennoot ook tot een beperking van zijn betrokkenheid bij de vennootschap. Behoudens het bepaalde in artikel 30 WvK mag zijn naam niet voorkomen in de naam van de CV (*naamvoeringsverbod*).[98] Veel verder gaan de in artikel 20 lid 2 WvK opgenomen beperkingen: de commanditaire vennoot mag geen daden van beheer verrichten noch mag hij in de zaken van de vennootschap werkzaam zijn, zelfs niet als hij daartoe is gevolmachtigd (*bestuursverbod*). Overtreding van (een van) deze verboden kan de commanditaire vennoot duur komen te staan. Ingevolge artikel 21 WvK verliest hij zijn bevoorrechte positie als beperkt aansprakelijke vennoot. Evenals de gewone vennoten raakt

terwijl dat evenmin op een lijn kan worden gesteld met nakoming van de overeenkomst.

94 Vgl. HR 29 mei 2015, *NJ* 2015, 380, m.nt. Van Schilfgaarde (*Katterug*), r.o. 3.4.6 waarin de Hoge Raad overweegt 'dat een commanditaire vennoot ervan op de hoogte behoort te zijn dat hij geen daden van beheer mag verrichten.'

95 Vgl. Mohr/Meijers 2018, p. 151; Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/349; Wery 2003, p. 100-101.

96 Zie hierover Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/385; Hamers & Van Vliet 2019, p. 108; Mohr/Meijers 2018, p. 155; dat is wel het geval wanneer de commanditaire vennoot het bestuursverbod heeft overtreden.

97 De commanditaire vennoot kan nadien zijn inbreng verhogen; de opgave van het totaal ingebrachte kapitaal bij het handelsregister moet dan worden gewijzigd (artikel 18 sub b Hregb); zie over draagplicht ook Tervoort 2013, p. 79-80 met veel verwijzingen.

98 Artikel 20 lid 1 WvK.

hij dan hoofdelijk verbonden voor alle schulden en verbintenissen van de vennootschap. In deze paragraaf sta ik stil bij de mate waarin de commanditaire vennoot gelet op artikel 20 WvK bij de vennootschap betrokken mag en kan zijn. Zijn aansprakelijkheidspositie, artikel 21 WvK, komt in paragraaf 6.4 aan de orde.

6.3.1 Achtergrond bestuursverbod

Anders dan de kapitaalvennootschappen, kent de commanditaire vennootschap een lange historie. De huidige regeling in het Wetboek van Koophandel dateert van 1838. De ontstaansgeschiedenis van deze rechtsvorm gaat nog veel verder terug. In zijn dissertatie heeft Tervoort de oorsprong van het bestuursverbod en de ontwikkeling daarvan tot de codificatie uitvoerig uiteengezet.[99] Voordat ik toekom aan de huidige gedachten over artikel 20 WvK, vat ik mede aan de hand van zijn uiteenzetting in deze paragraaf kort de achtergrond van het bestuursverbod samen.

In het door Maeijer beschreven beknopte historisch overzicht van de CV vormt het *commenda*-contract dat zich in de Italiaanse handelssteden heeft ontwikkeld het startpunt.[100] Bij Van der Heijden,[101] en meer recent, Tervoort lezen wij dat de rechtsvorm *commenda* vanaf de 10e eeuw zijn intrede doet. Kort gezegd, een vorm van kapitaalverschaffing, door de *commendator*, om handel te drijven, door de *tractator*, in ruil voor een aandeel in de winst.[102] Anders dan de huidige CV trad de *commenda* niet als zodanig op naar buiten, maar betrof het slechts een interne regeling tussen de deelnemers.[103] Omdat transacties plaatsvonden tegen contante betaling, speelde de aansprakelijkheid van de commendator in dat verband geen rol. De tractator handelde voor eigen rekening en risico, terwijl de commendator niet extern optrad en niet bekend was bij derden. Deze omstandigheden maakten dat er geen behoefte bestond aan een regeling omtrent de rechtspositie van de commendator. Bij deze rechtsvorm kan volgens Tervoort dan ook niet de oorsprong van het bestuursverbod worden gevonden.[104]

Die is volgens hem bij de *accomandita* te vinden, die zich eveneens in de Italiaanse handelssteden ontwikkelde, zij het enkele eeuwen later (in de 15e en 16e eeuw), geïnspireerd door de *commenda*.[105] Deze door de betreffende[106] handelssteden toegestane

99 Tervoort 2013, hoofdstuk 4.
100 Asser/Maeijer 5-V 1995/3, thans Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/3.
101 Van der Heijden 1908, p. 13.
102 Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/3; Tervoort 2013, p 185-186.
103 Van der Heijden 1908, p. 14.
104 Tervoort 2013, p. 186.
105 Tervoort 2013, p. 189-190; ook Van der Heijden 1908, p. 15-16 schrijft dat de commenda de 'historische identiteit' stelt van onze commanditaire vennootschap en overigens verderop, p. 17 en 23, weerspreekt dat deze commenda ook de rechtstreekse basis voor onze NV heeft gevormd.
106 Tervoort 2013, p. 184 noemt Florence, Bologna, Lucca, Siena en Rome.

rechtsvorm kon als zodanig naar buiten optreden en worden aangegaan tussen een of meer werkende en onbeperkt aansprakelijke vennoten (*accomendatarii*) enerzijds, alsmede een of meer vennoten die uitsluitend kapitaal inbrachten (*accommendantes*) en op grond van de wet slechts tot het bedrag van hun inbreng aansprakelijk waren voor vennootschapsschulden anderzijds. Aan deze beperking van aansprakelijkheid werd onder meer de voorwaarde verbonden dat de accomendantes niet mochten deelnemen aan de ondernemingsleiding.[107] Voor dit verbod op bemoeienis met de ondernemingsleiding werden verschillende motieven geopperd. Zo werd wel gedacht dat iemand niet onbeperkt aansprakelijk kon zijn voor de gevolgen van verbintenissen die hij niet zelf tot stand heeft doen komen of kunnen beïnvloeden.[108] Hoewel ook werd geopperd dat, bij gebrek aan een uitdrukkelijke wetsbepaling, van een bestuursverbod geen sprake was, konden accomendantes geen beroep doen op de beperking van hun aansprakelijkheid indien de accomendatarii niet meer waren dan aan instructies van de accomendantes gebonden stromannen.[109]

Deze Italiaanse rechtsvorm werd door de Fransen overgenomen en gecodificeerd ter gelegenheid van de invoering van de *Ordonnance de Commerce* in 1673.[110] Hierin treffen wij onder meer aan de *société en commandite*, die als vorm van vennootschap werd beschreven. Hoewel de rechtsvorm niet werd gedefinieerd, zijn de contouren van de huidige CV in de diverse bepalingen zichtbaar. Zo waren alle vennoten hoofdelijk aansprakelijk voor de vennootschapsschulden, maar was de aansprakelijkheid van de commanditaire vennoten beperkt tot de overeengekomen inbreng.[111] Een bestuursverbod bevatte deze wetgeving evenwel niet. Een verklaring daarvoor wordt door Tervoort gezocht in de omstandigheid dat een bestuursverbod het aantrekken van commanditair kapitaal zou bemoeilijken.[112] Wie wil immers investeren zonder enige invloed te hebben op het bestuur? Een gangbare uitleg onder de vigeur van de Ordonnance de Commerce was dat het de commanditaire vennoot wel was toegestaan actief de algemene beleidslijn van de onderneming te bepalen, maar zich niet

107 Tervoort 2013, p. 191.

108 Tervoort 2013, p. 191-193, beschrijft verder nog dat de beschrijving van de accomendantes als louter geldverstrekkers aan beleidsbemoeienis door hen in de weg staat en dat er zou behoefte zou hebben bestaan aan een juridische rechtvaardiging voor de beperking van aansprakelijkheid waar als uitgangspunt had te gelden dat men steeds onbeperkt en met het hele vermogen instond voor schulden, in welk kader de beperking als een voorrecht werd getypeerd en de rechtvaardiging werd gezocht in de regel dat accomendantes zich niet met de bedrijfsvoering mochten bemoeien. Bovendien zou het verbod voor de accomendantes om zich te onthouden van externe bestuurshandelingen als een regel van gewoonterecht moeten worden beschouwd, waarbij de toelaatbaarheid van interne beleidsbemoeienis overigens niet ter discussie stond.

109 Tervoort 2013, p. 193.

110 Tervoort 2013, p. 184 en 195-196; Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/3.

111 Artikel 7 en 8 Titel IV Ordonnance de Commerce, waarover Tervoort 2013, p. 198 en Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/3.

112 Tervoort 2013, p. 199.

bezig hoefde te houden met de dagelijkse werkzaamheden.[113] Tegen het einde van de 18e eeuw werd de betrokkenheid van de commanditaire vennoot bij het bestuur van de vennootschap echter als onverenigbaar met het wezen van diens functie aangemerkt.[114] Tot die betrokkenheid werd ook een raadgevende stem tijdens de vennotenvergadering gerekend.[115] De bestuursbemoeienis van de commanditaire vennoot deed het Franse Hooggerechtshof herhaaldelijk beslissen dat geen sprake was van een société en commandite, maar van een *société générale* die slechts hoofdelijk verbonden vennoten kende en is te vergelijken met de ons bekende vennootschap onder firma.[116] Een verklaring voor deze gewijzigde opvatting wordt gezocht in het rond deze tijd gesignaleerde misbruik van de société en commandite. Dit misbruik kwam erop neer dat de commanditaire vennoot bij derden bewust de schijn wekte hoofdelijk aansprakelijk te zijn voor vennootschapsschulden. Eenmaal aangesproken door deze derden wegens het uitblijven van betaling, deed de commanditaire vennoot een beroep op zijn beperkte aansprakelijkheid. Daarnaast gebeurde het wel dat de commanditaire vennoot alle zeggenschap had en (feitelijk) de onderneming dreef, terwijl een onvermogende gewone vennoot weliswaar onbeperkt aansprakelijk was voor vennootschapsschulden, maar geen verhaal bood.[117]

Met de invoering van de *Code de Commerce* in 1807 werden de commanditaire vennoten onder meer hoofdelijk aansprakelijk geacht jegens schuldeisers indien hun naam in de naam van de vennootschap werd gebezigd. Bovendien werd de commanditaire vennoot die bestuurshandelingen had verricht, voor alle vennootschapsschulden aansprakelijk gesteld als ware hij een beherend vennoot.[118] Het werd de commanditaire vennoot verboden de vennootschap te besturen en zich namens de vennootschap extern te manifesteren, maar interne bemoeienis door toezicht op het bestuur en het bedingen van goedkeuringsrechten ter zake bestuursbesluiten werden hem niet ontzegd.[119] Het Nederlandse Wetboek van Koophandel van 1838 sloot goeddeels aan bij de Code de Commerce.[120] Volgens Tervoort werd het bestuursverbod hier te lande geïntroduceerd door slaafse navolging van het Franse voorbeeld.[121] Tijdens de parlementaire behandeling in 1826 werd aan het bestuursverbod onder meer de functie toegedicht een waarborg te creëren tegen roekeloos handelen, zulks

113 Tervoort 2013, p. 199-200.
114 Tervoort 2013, p. 201.
115 Zo blijkt uit het door Tervoort 2013, p. 201 aangehaalde arrest van het Franse Cour de Cassation *Bruley c.s./Lenoble*, onder meer beschreven in Sirey 1822, p. 274-277.
116 Zie Tervoort 2013, p. 201-202 voor deze rechtspraak en p. 196 over het karakter van de société générale, waarover ook Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/2.
117 Tervoort 2013, p. 203; Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/3.
118 Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/3.
119 Tervoort 2013, p. 211.
120 Tervoort 2013, p. 216; Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/3.
121 Tervoort 2013, p. 217.

in het belang van een welvarend handelsverkeer en het publieke vertrouwen.[122] De beperking van aansprakelijkheid werd hier kennelijk reeds beschouwd als een voorrecht, dat de commanditaire vennoot kon verliezen door zich in te laten met het besturen van de vennootschap, teneinde roekeloos handelen te voorkomen.

6.3.2 De reikwijdte van het bestuursverbod

De achtergrond van het bestuursverbod laat zien dat de reikwijdte ervan telkens verschillend is geweest. De mate waarin de commanditaire vennoot bij de vennootschap betrokken kon zijn, wisselde tussen louter het verbieden van extern handelen enerzijds en het zowel verbieden van extern als intern handelen anderzijds. Met name valt op dat hoewel onder de vigeur van de Ordonnance de Commerce de redactie van het bestuursverbod niet werd gewijzigd, de reikwijdte van de bepaling in de praktijk niettemin werd opgerekt.[123] Kennelijk noopte de wijze waarop destijds met deze bijzondere rechtsvorm – de beperking van aansprakelijkheid was toen redelijk uniek – werd omgesprongen de autoriteiten tot een gewijzigde interpretatie. Die interpretatie beoogde paal en perk te stellen aan het misbruik van het voorrecht van beperkte aansprakelijkheid. De Fransen beoogden met het bestuursverbod te voorkomen dat bij derden de indruk zou ontstaan dat de commanditaire vennoot een onbeperkt aansprakelijke beherend vennoot is. Daarnaast wilde men voorkomen dat de CV kon worden gebruikt om onder bescherming van beperkte aansprakelijkheid roekeloos te handelen of lichtvaardig zaken te doen.[124] Anders dan Tervoort zou ik niet willen aannemen dat toen Nederland vervolgens de Code de Commerce nagenoeg kopieerde en het bestuursverbod hier te lande werd geïntroduceerd, geen behoefte zou hebben gehad aan een dergelijk verbod, omdat het misbruik waartegen het verbod is gericht zich in Nederland niet heeft voorgedaan. Voor de invoering van de commanditaire vennootschap kende Nederland deze rechtsvorm niet. Een vergelijkbare rechtsvorm verbood de commanditaire vennoot om zich extern als vennoot te presenteren.[125] Ik vind het geen vreemde gedachte om na praktische beproeving van een rechtsvorm een verbod over te nemen dat tijdens deze beproeving noodzakelijk is gebleken.[126] Een concrete aanleiding is daarmee gegeven.

---

122 Tervoort 2013, p. 220.

123 Tervoort 2013, p. 203.

124 Vgl. HR 29 mei 2015, *NJ* 2015, 380, m.nt. Van Schilfgaarde (*Katterug*), r.o. 3.4.2 naar aanleiding van Tervoort 2013, p. 223 (door de A-G Timmerman geciteerd in zijn conclusie bij het arrest in overweging 3.5). Tervoort 2013, p. 220 heeft overigens betoogd dat bij derden de indruk zou kunnen ontstaan dat de commanditaire vennoot een onbeperkt aansprakelijke vennoot zou zijn, bij de invoering van het bestuursverbod in Nederland geen rol heeft gespeeld.

125 Tervoort 2013, p. 182.

126 Tervoort 2013, p. 218 lijkt dit te erkennen; zie ook Tervoort 2013, p. 27 waar hij schrijft dat de wetgever zich ook bewust was van het misbruik dat van beperkte aansprakelijkheid zou kunnen worden gemaakt en beperkte aansprakelijkheid met wantrouwen werd bejegend.

De voorkoming van roekeloos of lichtvaardig handelen, zagen wij bij de kapitaalvennootschappen eerder voorbijkomen als een belangrijke rechtvaardiging voor bestuurdersaansprakelijkheid in het algemeen[127] en de uitbreiding van het bestuurdersbegrip tot (mede)beleidsbepalers in het bijzonder.[128] Het bestuursverbod bij de commanditaire vennootschap kan als een vroege vorm van antimisbruikwetgeving worden getypeerd.[129] Tijdens de parlementaire behandeling van de WBAwerd expliciet naar artikel 20 WvK verwezen en stelde de minister zich op het standpunt dat 'een commanditaire vennoot die intern de touwtjes in handen heeft en zodoende een beslissende invloed op het gevoerde beleid heeft' het bestuursverbod overtreedt. Het voorkomen van roekeloos of lichtvaardig handelen zou alleen kunnen worden bereikt als artikel 20 WvK zo wordt uitgelegd dat daaronder ook het intern bepalen of medebepalen van beleid als ware hij beherend vennoot zou worden verstaan.[130] De minister erkende overigens wel dat voornamelijk de commanditaire vennoten vanwege hun financiële inbreng het beleid willen (mede)bepalen, maar dat zou de commanditaire vennoot dus een hoofdelijke aansprakelijkheid opleveren.[131] Ten tijde van de invoering van de WBA en WBF leek er voor de wetgever in ieder geval geen discussie te bestaan over de reikwijdte van artikel 20 lid 2 WvK: het verrichten van beheersdaden door de commanditaire vennoot had dezelfde strekking als het bepalen of medebepalen van het beleid van een NV of BV als ware men bestuurder.

Thans kunnen twee stromingen worden onderscheiden met betrekking tot de reikwijdte van het bestuursverbod. Enerzijds is er de enge opvatting, waarbinnen men het standpunt inneemt dat het bestuursverbod is beperkt tot louter externe, zich naar buiten manifesterende (bestuurs-)handelingen. Daartegenover staat de ruime opvatting, waarbinnen het de commanditaire vennoot in het geheel verboden is om beheershandelingen te verrichten, ongeacht of deze zich slechts intern dan wel extern manifesteren.[132] Deze ruime opvatting kent thans een zekere aftakking, die meer genuanceerd van aard is. Wij treffen deze eerst aan bij Maeijer, die tot het bestuursverbod in ieder geval extern handelen rekende, maar niet zo ver wilde gaan daar ook *alle* interne bemoeienis van de commanditaire vennoot onder te scharen. Het zou de commanditaire vennoot wel verboden zijn om (intern) een overheersende invloed te hebben op het naar buiten toe optreden van de CV. Het is de commanditaire

127 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken I* 1985/86, 16 631, nr. 27b, p. 1 (MvA).
128 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 18 (MvT).
129 Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/369; Mohr/Meijers 2018, p. 147; Heyman 1988, p. 12; Westbroek 1988, p. 402; en kan volgens Blanco Fernández ook nu nog het beste als zodanig worden beschouwd, zie zijn noot in *JOR* 2016, 326 bij HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2516 (*Distriport*).
130 *Kamerstukken I* 1985/86, 16 530, nr. 26b, p. 8 (MvA).
131 *Kamerstukken I* 1985/86, 16 530, nr. 26b, p. 9 (MvA).
132 Zie Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/369 met verwijzingen; Tervoort 2013, p. 30-67 beschrijft de ontwikkelingen van deze leren uitgebreid en met veel verwijzingen.

vennoot zijns inziens, in meer algemene termen, verboden om zich te gedragen als ware hij beherend vennoot.[133] In ieder geval laat deze genuanceerde leer enige ruimte voor de commanditaire vennoot om zich intern te manifesteren en zich tot op zekere hoogte met het beleid te bemoeien. Opmerkelijk is dat, hoewel de wetgever zich bij de hiervoor aangehaalde parlementaire behandeling van de WBA liet inspireren door Maeijer,[134] door de minister ten stelligste wordt verkondigd dat een interne bemoeienis van de commanditaire vennoot in het geheel is uitgesloten.

Mijns inziens heeft de Hoge Raad inmiddels meer duidelijkheid verschaft over de reikwijdte van het bestuursverbod in zijn arrest *Stichting Participanten Warmond/Lexence*.[135] In deze kwestie stond niet de overtreding van het bestuursverbod centraal, maar ging het om de beroepsaansprakelijkheid van de advocaat[136] die een CV had geadviseerd. Op enig moment was er sprake van tegenstrijdigheid tussen enerzijds de belangen van de beherend vennoot en anderzijds de belangen van de commanditaire vennoten. De advocaat, die optrad namens de CV, heeft miskend dat hij zich diende te richten op het belang van de CV en dat dit bestond uit het gezamenlijk belang van de vennoten, waaronder dus ook de belangen van de commanditaire vennoten. Tot deze omschrijving van het belang van de CV komt de Hoge Raad nadat hij eerst enkele algemene uitgangspunten heeft geformuleerd. In r.o. 3.5.3. overweegt hij:

"Op grond van art. 20 lid 2 WvK mag een commanditaire vennoot geen daden van beheer verrichten en niet in de zaken van de vennootschap werkzaam zijn (...). Deze verboden staan niet eraan in de weg dat de vennootschapsovereenkomst de commanditaire vennoten bepaalde zeggenschapsrechten toekent. [onderstreping JN]"

Die overweging kan niet anders worden begrepen dan dat de Hoge Raad enige mate van interne beleidsbeïnvloeding toestaat. Let wel, er wordt niet gesproken van *medezeggenschap* maar het mijns inziens ruimere *zeggenschap*. Tot het geven van een oordeel ter zake werd hij duidelijk uitgenodigd, nu in de cassatiemiddelen expliciet werd betoogd dat de commanditaire vennoot, in het arrest wordt de term *participant* gebezigd, (mede)zeggenschap kan uitoefenen binnen de vennootschap, zolang hij zich beweegt binnen de grenzen van het bestuursverbod.[137] Het hof had namelijk bij

133 Zie Asser/Maeijer 5-V 1995/371, overgenomen in Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/371.

134 Zie *Kamerstukken I* 1985/86, 16 530, nr. 26d, p. 3 (NnavV).

135 HR 22 september 2017, *NJ* 2017, 395, m.nt. Van Schilfgaarde, *JOR* 2017, 285, m.nt. Blanco Fernández, *Ondernemingsrecht* 2017, 149, m.nt. Stokkermans, *JIN* 2017, 192, m.nt. Poelsema, *JA* 2017, 153, m.nt. Vaessen, *RO* 2018, 1 met wenk van Mathey-Bal en geannoteerd door Assink in AA20180043.

136 Althans het advocatenkantoor.

137 Zie het cassatiemiddel onder 3.6; hetgeen algemeen aanvaard is, zie Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/371, waarin het woord 'zeggenschap' wordt gebezigd, waar Maeijer in eerdere drukken nog sprak van 'medezeggenschap', zie Asser/Maeijer 5-V 1995/371.

zijn beoordeling betrokken dat 'de – zelfverkozen – rechtsverhouding tussen de stille vennoten en de CV zich kenmerkt door het volledig ontbreken van zeggenschap van de participanten.'[138] De vennootschapsovereenkomst in casu bood de commanditaire vennoten onder meer de mogelijkheid om zeggenschap uit te oefenen binnen de vennootschapsvergadering, waarin zij gezamenlijk meer stemmen (!) hadden dan de beherend vennoot, en de instelling van een Raad van Advies die uit drie van de commanditaire vennoten bestond, welke raad fungeerde als klankbord bij het nemen van belangrijke besluiten en regelmatig op de hoogte moest worden gesteld van de voortgang van de investering. De cassatiemiddelen nodigden ook A-G Timmerman uit om enkele algemene opmerkingen over de CV te maken. Hij schrijft onder meer 'De commanditaire vennoot heeft dus een bijzondere positie, maar is wel een volwaardig partner in het samenwerkingsverband. (…) Het bestuursverbod van art. 20 lid 3 WvK [bedoeld is lid 2, JN] staat er mijns inziens niet aan in de weg dat de commanditaire vennoot intern invloed uitoefent op de koers van de vennootschap.'[139] En verderop: 'Overigens zijn de commanditaire vennoten niet "slechts geldschieters", althans niet (…) in die zin dat zij intern in het geheel geen zeggenschap zouden kunnen uitoefenen.'[140] Daarbij verwijst de A-G naar Assink, die een ogenschijnlijke ruimere opvatting heeft over de mate van zeggenschap als hij schrijft dat de 'commanditair overigens meer dan de positie van geldschieter in[neemt], onder meer nu hij zich binnen de CV – waaronder besluitvorming – met het *feitelijk beheer* [cursivering JN] kan bezighouden en daarbij zeggenschap kan uitoefenen.'[141]

Mijns inziens valt met deze uitspraak van de Hoge Raad het doek voor de hierboven beschreven ruime opvatting. De zorgvuldige, voorzichtige woordkeuze van de Hoge Raad wekt tegelijkertijd de indruk dat ook de enge opvatting niet langer houdbaar is. Er wordt immers ruimte gelaten – de Hoge Raad heeft het over *bepaalde* zeggenschapsrechten, die in de vennootschapsovereenkomst zijn toegekend[142] – om te concluderen dat de mate van interne beleidsbeïnvloeding is begrensd, zodat de beperking van het bestuursverbod tot louter extern handelen evenmin juist zou zijn. Kortom, onder de reikwijdte van artikel 20 lid 2 WvK vallen zowel zich extern manifesterende handelingen van de commanditaire vennoot, waaronder enig handelen krachtens volmacht, als *bepaalde* interne beleidsbemoeienissen. Onduidelijk blijft dan evenwel in hoeverre de commanditaire vennoot zich binnen de interne verhouding moet onthouden van deze bemoeienis.

138 Hof Amsterdam 23 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:635, *JOR* 2016, 93, m.nt. Stokkermans, r.o. 3.14; zie echter reeds HR 27 januari 1960, *NJ* 1960, 235.

139 Zie zijn conclusie, overweging 3.5 onder meer verwijzend naar Asser/Maeijer 5-V 1995/371.

140 Zie zijn conclusie, overweging 4.9.

141 Slagter/Assink 2013, p. 1895.

142 Onduidelijk is of de toekenning van zeggenschap *in* de vennootschapsovereenkomst als vereiste moet worden aangemerkt, dan wel of (toekenning van) zeggenschap ook daarbuiten is geoorloofd.

De rechtspraak kan ons bij de beantwoording van die vraag niet echt ter wille zijn. In de schaarse rechtspraak over de overtreding van het bestuursverbod komen beslissingen waarin de interne beleidsbeïnvloeding aan de orde kwam niet voor.[143] Op zichzelf is dat ook niet verwonderlijk: het gros van de schuldeisers zal geen zicht hebben op hetgeen zich binnen de vennootschap afspeelt, laat staan de (aard van de) betrokkenheid daarbij van de verschillende vennoten. Zouden wij de hiervoor beschreven genuanceerde opvatting volgen dan dient sprake te zijn van een commanditaire vennoot die zich heeft gedragen als ware hij beherend vennoot. Een parallel met de WBA en WBF is hierin duidelijk zichtbaar. Problematisch ter zake de interne beleidsbeïnvloeding blijft evenwel de bewijslast voor de schuldeiser. Men bedenke dat deze aansprakelijkheidsgrondslag wezenlijk verschilt van de antimisbruikwetgeving uit de jaren 80. Zowel de curator als de Ontvanger (en in mindere mate het bedrijfstakpensioenfonds) zijn in de gelegenheid om uitgebreid onderzoek te doen naar de gang van zaken binnen de vennootschap. Zij hebben ieder vergaande bevoegdheden en mogelijkheden om stukken in te zien, betrokkenen te horen en anderszins inzicht te verkrijgen in hetgeen zich intern heeft afgespeeld. Zelfs met die middelen lukt het hen veelal niet het vereiste feitelijke bewijs voor interne beleidsbeïnvloeding aan te leveren.[144] Voor Van Mourik is deze bewijsproblematiek zelfs aanleiding om te concluderen dat het bestuursverbod is beperkt tot zich extern manifesterende handelingen.[145]

Curator Hartogs van de commanditaire vennootschap ACS Collection Cars CV (ACS) was van mening dat De Veste Investment BV als commanditaire vennoot het bestuursverbod had overtreden, onder meer door het verrichten van interne handelingen. Zijn opgedane inzichten legde hij voor aan de Arnhemse rechtbank.[146]

---

143 Vgl. Schwarz 2008 en Tervoort 2013, p. 59 en voor een bespreking van de voorhanden zijnde rechtspraak p. 52-56, waar verwezen wordt naar HR 24 april 1970, *NJ* 1970, 406, m.nt. Scholten (*Romano*); HR 30 juni 1989, *NJ* 1989, 819, m.nt. Maeijer (*Toetanchamon*); Hof Leeuwarden 2 maart 2007, ECLI:NL:GHLEE:2007:BA0187; HR 23 januari 2009, *BNB* 2009, 99, m.nt. Essers; Rb. Amsterdam 17 april 1996, *V-N* 1996, 1998.25; Rb. Leeuwarden 31 januari 2001, *V-N* 2001, 55.13; Hof Arnhem-Leeuwarden 21 juli 2009, *JOR* 2010, 37, m.nt. Stokkermans; Hof Amsterdam 4 juni 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ3362; Rb. Almelo 7 april 2010, ECLI:NL:RBALM:2010:BM1696; Rb. Zeeland-West-Brabant 30 januari 2013, *JOR* 2013, 71, m.nt. Stokkermans, waar thans het hoger beroep bij Hof 's-Hertogenbosch 6 mei 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1276 en cassatie HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1413 (*Katterug*) aan kan worden toegevoegd. Verder zij nog toegevoegd HR 4 november 2016, *NJ* 2017, 61, m.nt. Van Schilfgaarde, *JOR* 2016, 326, m.nt. Blanco Fernández (*Distriport*) en het arrest na verwijzing Hof Den Haag 18 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3706; Rb. Rotterdam 10 augustus 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6313; Rb. Haarlem 26 juni 2007, ECLI:NL:RBHAA:2007:BK1193; zie ook Tervoort 2015a, p. 126-128.

144 Zie paragraaf 4.2.3.2 en 4.2.3.3.

145 Van Mourik 1993, p. 54.

146 Rb. Arnhem 2 november 2000, *JOR* 2001, 52, m.nt. Blanco Fernández.

De interne[147] handelingen die de curator naar voren bracht, waren dat de commanditaire vennoot zich had beziggehouden met het feitelijke beleid en bestuur van ACS, (beleids-)adviezen had gegeven en frequent op het bedrijf van ASC aanwezig was geweest en daarbij had geïnformeerd naar (de bedrijfsvoering van) ACS. Dienaangaande oordeelt de rechtbank dat deze gedragingen pas als daden van beheer kunnen worden aangemerkt wanneer die ertoe leiden dat er voor de beherend venno(o)t(en) geen ruimte meer blijft voor het bepalen van het beleid van de vennootschap. Volgens de rechtbank kunnen voornoemde handelingen niet als zodanig worden aangemerkt, waarbij wellicht van belang is geweest dat de curator deze handelingen niet nader had geconcretiseerd. Toch kunnen de omstandigheden van het geval evenzeer aanleiding geven om degene die binnen de CV aan de touwtjes trekt aansprakelijk te houden. De Rechtbank Noord-Nederland achtte op die manier de 'feitelijk en enig beleidsbepaler' van een CV, die noch beherend noch commanditair vennoot was, op grond van artikel 6:162 BW aansprakelijk.[148] Met Blanco Fernández ben ik van mening dat intern handelen in de vorm van beleidsbepaling de belangen van schuldeisers evenzeer kan raken als extern handelen. Bewijsperikelen zijn wat mij betreft dan ook geen reden om intern handelen niet tot de reikwijdte van het bestuursverbod te rekenen.[149]

Gelet op de positie van de commanditaire vennoot als volwaardig lid van de associatie, kan hem mijns inziens enige interne bemoeienis niet worden ontzegd.[150] De vraag of het bestuursverbod is overtreden dient te worden beantwoord met inachtneming van de belangen die het verbod beoogt te beschermen. Wij weten dat het erom gaat te voorkomen dat de commanditaire vennoot deelneemt aan het handelsverkeer als ware hij beherend en vennoot en derden in verwarring worden gebracht over diens hoedanigheid.[151] Daarmee ligt onmiddellijk een sterke focus bij de zich

147 De zich extern manifesterende handelingen die werden aangevoerd: het ontvangen van een kopie van de bankafschriften van ACS en het bij de bank van ACS informeren naar inkomende en uitgaande betalingen, het gebruikmaken van visitekaartjes van ACS op naam van Das, het op de oldtimersbeurs te Essen van 1994 en 1995 mede bemannen van de stand van ACS en het daar benaderen van (potentiële) klanten en het assisteren bij de totstandkoming van overeenkomsten, het voeren van overleg over de overdracht van de onderneming van ACS.

148 Rb. Noord-Nederland 11 februari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:596.

149 Zie zijn annotatie in *JOR* 2001, 52 bij Rb. Arnhem 2 november 2000.

150 In deze zin ook Meijers 1997.

151 Zie HR 29 mei 2015, *NJ* 2015, 380, m.nt. Van Schilfgaarde (*Katterug*), r.o. 3.4.2; mijns inziens leidt Stokkermans in zijn annotatie in *JOR* 2015, 192 uit deze bewoordingen ten onrechte af dat het bestuursverbod definitief is beperkt tot daden van extern beheer. Zijns inziens zou de opvatting dat ook het intern uitoefenen van beslissende invloed in strijd zou zijn met artikel 20 lid 2 WvK hiermee van tafel zijn. Deze gedachte van Stokkermans strookt naar mijn mening niet met (i) zijn eigen opvatting dat de aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot analoog aan die van de (mede) beleidsbepaler als bedoeld in artikel 2:248 lid 7 BW moet worden beoordeeld (o.m. Stokkermans 2017, p. 310-312) en (ii) zijn opmerking dat de commanditaire vennoot 'bepaalde instructies' zou kunnen geven (o.m. Stokkermans 2015, p. 585), hetgeen impliceert dat een algemeen instructierecht

extern manifesterende handelingen van de commanditaire vennoot – de deelname aan het rechtsverkeer als ware hij beherend vennoot – zoals ook blijkt uit een vonnis van de Rechtbank Rotterdam.[152] Eenzelfde benadering is terug te zien bij het Hof Den Haag dat, na verwijzing door de Hoge Raad, uitspraak deed in de kwestie *Distriport*.[153] Voor zijn beoordeling neemt het hof eveneens het zojuist aangehaalde *Katterug*-arrest tot uitgangspunt.[154] Vervolgens moet de vraag worden beantwoord of de commanditaire vennoten beheersdaden hebben verricht. Alle expliciet genoemde beheersdaden hebben een extern karakter.[155] Het hof heeft het verder nog over 'andere beheersdaden', die eerst na verwijzing zijn aangevoerd. Helaas blijkt niet uit het arrest om welke beheersdaden het hier gaat, maar het lijkt erop dat ook deze zich extern manifesteerden.[156] Duidelijk is in ieder geval dat het hof in de gestelde handelingen geen aanleiding ziet om tot aansprakelijkheid van de commanditaire vennoten te concluderen. Aan beantwoording van de vraag of de desbetreffende handelingen als beheershandelingen moeten worden aangemerkt, komt het hof niet toe. Voor het hof stond namelijk vast dat de provincie Noord-Holland, die de commanditaire vennoten aansprakelijk stelde, op de hoogte was of behoorde te zijn van de hoedanigheid van de commanditaire vennoten. Indachtig het *Katterug*-arrest, waarin de Hoge Raad onder meer oordeelde dat bij de beantwoording van de vraag of en in hoeverre plaats is voor de sanctie van artikel 21 WvK, mede van belang kan zijn of de wederpartij van de hoedanigheid van de commanditaire vennoot op de hoogte was of behoorde te zijn, oordeelt het hof dat bij de provincie redelijkerwijs geen onjuiste indruk over de hoedanigheid van de commanditaire vennoten kon hebben bestaan. Ook vorenbedoelde 'andere beheersdaden' hebben de provincie volgens het hof dan ook niet in verwarring kunnen brengen voor wat betreft de mate waarin

van de hand wordt gewezen en dus in feite ook intern een invloed die de beherende vennoot geen beleidsvrijheid laat ongeoorloofd is.

152 Rb. Rotterdam 10 augustus 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6313, *JOR* 2016, 298, m.nt. Stokkermans; vgl. ook Rb. Midden-Nederland 20 september 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:4738, *JIN* 2017, 193, m.nt. Duinkerke, waarin eiseres stelde dat gedaagden als beherend vennoot moesten worden aangemerkt onder meer omdat zij zich als zodanig richting haar hadden gepresenteerd. De rechtbank gaat daarin mee, maar acht ook relevant dat gedaagden (mogelijk) op enig moment duidelijk hebben gemaakt dat zij geen beherend vennoten zijn. In dat geval acht de rechtbank gedaagden namelijk niet aansprakelijk. Dat zou nog anders kunnen zijn indien zij als commanditaire vennoten kunnen worden aangemerkt en zij in die hoedanigheid het bestuursverbod hebben overtreden; in deze zin over het *Katterug*-arrest ook Stokkermans 2015, p. 585.

153 Hof Den Haag 18 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3706.

154 Voor de cassatieprocedure had het hof Amsterdam daar geen rekening mee kunnen houden, omdat arrest werd gewezen op 21 januari 2015 (ECLI:NL:GHAMS:2015:127) enkele maanden voordat de Hoge Raad uitspraak deed in *Katterug* op 29 mei 2015. In paragraaf 6.4.2 komt het *Katterug*-arrest meer uitvoerig aan de orde.

155 Overleg met de Belastingdienst en Provincie, opdracht tot beslaglegging, opdracht tot het opstellen van een milieueffectrapportage.

156 De commanditaire vennoten wordt verweten dat zij de desbetreffende wederpartijen van de CV niet over hun hoedanigheid hebben geïnformeerd.

de vennoten aansprakelijk waren voor vennootschapsschulden. Het hof acht toepassing van artikel 21 WvK daarom in het geheel niet gerechtvaardigd.

Wellicht hebben de rechtbank en het hof zich laten inspireren door de conclusie van A-G Keus bij het *Distriport*-arrest. Hij leidt uit het *Katterug*-arrest af dat een commanditair vennoot (reeds) misbruik maakt van het rechtsgevolg dat is verbonden aan zijn hoedanigheid als hij ten name van de CV aan het handelsverkeer deelneemt als ware hij beherend vennoot.[157] Hieruit kan de indruk ontstaan dat óók interne beleidsbemoeienissen zich op enigerlei wijze extern zouden moeten manifesteren, al dan niet in combinatie met de omstandigheid dat de commanditaire vennoot verwarring heeft gezaaid over zijn hoedanigheid. Dat is volgens mij een juiste benadering. Tot de beleidsbemoeienissen die zich daadwerkelijk uitsluitend intern manifesteren, acht ik de commanditaire vennoot als volwaardig lid van de associatie bevoegd zonder dat hij aansprakelijkheid heeft te vrezen.[158] Interne bemoeienissen van de commanditaire vennoot zouden slechts met aansprakelijkheid gelijk een beherend vennoot moeten worden bedreigd, indien dat intern handelen zich extern manifesteert. Dat vereist mijns inziens een actief optreden van de commanditaire vennoot, ofwel doordat hij zelf extern handelt naar aanleiding van een interne beslissing, ofwel doordat hij de beherende vennoten feitelijk aanstuurt tot de uitvoering daarvan. De crux zit hem dan wat mij betreft in de beleidsvrijheid die de beherende vennoten wordt gelaten en door hen ook wordt benut. Als zij zich volledig laten leiden of feitelijk moeten laten leiden door de commanditaire vennoot, dan is het eigenlijk de commanditaire vennoot die handelt doch met tussenkomst van de beherende vennoten.[159] Zolang het bestuursverbod (tevens) moet worden beschouwd als een antimisbruikbepaling en roekeloos handelen onder bescherming van beperkte aansprakelijkheid tracht tegen te gaan door (de dreiging van) aansprakelijkheid,[160] zal ook een dergelijk, overheersend intern handelen tot het bestuursverbod moeten worden gerekend teneinde volledig effectief te zijn.[161]

Ten slotte acht ik het toekennen van een instructierecht aan de commanditaire vennoot met het voorgaande niet in strijd. Mijns inziens kan in de vennootschapsovereenkomst een dergelijk recht aan de commanditaire vennoot worden toegekend; het consensuele karakter van de commanditaire vennootschap maakt dat het partijen

157 A-G Keus in zijn conclusie bij HR 29 mei 2015, *NJ* 2015, 380, m.nt. Van Schilfgaarde (*Katterug*) in overweging 2.97.

158 Evenzo Westbroek 1988, p. 406 naar aanleiding van HR 11 april 1980, *NJ* 1981, 377, m.nt. Wachter (*Sleephelling Maatschappij Scheveningen/Buis*).

159 In deze zin ook Schwarz & Van der Ploeg 1986, p. 648 die stellen dat de beherende vennoot noch krachtens het vennootschapscontract noch feitelijk gedwongen mag worden om tegen zijn eigen wil beslissingen van de commanditaire vennoot of vennoten uit te voeren.

160 Met Tervoort 2013, p. 275-280 meen ik overigens dat op die ratio thans, gelet op de aansprakelijkheidsregelingen bij kapitaalvennootschappen, het nodige op valt aan te merken.

161 Vgl. Heyman 1988, p. 12; zie paragraaf 6.6 voor een toekomstperspectief.

vrijstaat om hun onderlinge verhouding zodanig te regelen. Dat levert geen strijd op met de *affectio societas*.[162] Zulks strookt ook met de reeds aanvaarde mogelijkheid om aan de commanditaire vennoot het recht toe te kennen beherende vennoten uit die functie te ontslaan. Uit hoofdstuk 3 weten we dat daarmee een feitelijke instructiemacht bestaat.[163] Iets anders is dat aan de commanditaire vennoot een *bindend* instructierecht wordt toekend. Hoewel ik dat niet per definitie in strijd acht met het bestuursverbod, zou ik menen dat het instructierecht nooit zover kan gaan dat aan de beherende vennoten alle beleidsvrijheid wordt ontnomen. Hier kan een parallel met artikel 2:239 lid 4 BW worden getrokken, waar de uiteindelijke beslissing tot uitvoering van een instructie aan het bestuur is overgelaten doordat het voorafgaand aan die uitvoering zal moeten besluiten of er strijdigheid met het vennootschappelijk belang bestaat.[164] Bescherming van de beherende vennoten kan worden gevonden in het bedingen van een vrijwaring, terwijl bescherming van schuldeisers van de vennootschap kan worden geboden door instructies slechts toe te staan voor zover deze niet tot benadeling van schuldeisers leidt. Een vergelijkbare zinssnede als opgenomen in artikel 2:216 BW, in de zin dat instructies niet behoeven te worden opgevolgd indien de vennoten redelijkerwijs kunnen voorzien of behoren te voorzien dat de vennootschap na uitvoering van de instructie niet zal kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden, kan daarin bijvoorbeeld voorzien. Door het laatste woord aan de beherende vennoten te laten en als zodanig bij hen de beleidsvrijheid te alloceren, meen ik dat van een beslissende invloed van de commanditaire vennoot, althans dat de beherende vennoten tot marionetten zouden verworden, geen sprake is.

6.4 Aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot

De op een schending van artikel 20 lid 1 of lid 2 WvK gestelde sanctie treffen we aan in artikel 21 WvK. Wanneer de commanditaire vennoot een van deze verboden overtreedt, is hij wegens alle schulden en verbintenissen van de vennootschap hoofdelijk verbonden. Over de strekking van deze bepaling is veel te doen geweest. Naar geldend recht is haar reikwijdte nog steeds niet geheel duidelijk, maar in de afgelopen jaren heeft de Hoge Raad wel enige mitigerende arresten gewezen. In deze paragraaf bespreek ik eerst kort hoe deze bepaling in het verleden werd begrepen en beschouw ik vervolgens hoe zij thans volgens de Hoge Raad moet worden toegepast.

162 Anders Tervoort 2013, p. 235 en 239.

163 Zie paragraaf 3.6.

164 Tervoort 2013, p. 235-236 acht deze vergelijking niet juist gelet op de onbeperkte aansprakelijkheid van de beherende vennoten. Ik meen dat aan dit bezwaar tegemoet gekomen wordt doordat het de beherende vennoten vrijstaat om bij het overeenkomen van een instructierecht ook een vrijwaring van de commanditaire vennoot te bedingen.

6.4.1 Aansprakelijkheid als straf

De gevolgen van een overtreding van het naamvoeringsverbod of het bestuursverbod door de commanditaire vennoot zijn niet bepaald mild. Lange tijd bracht de hoofdelijke verbondenheid die hem ten deel viel met zich dat de commanditaire vennoot:

i. rechtstreeks aansprakelijk werd jegens alle vennootschapscrediteuren, dus ook derden waarmee hij niet had gehandeld;
ii. niet slechts voor de betaling van (geld)schulden of schadevergoeding, maar ook voor de primaire verbintenis tot nakoming;[165]
iii. zijn aansprakelijkheid zowel zag op vennootschapsschulden aangegaan voor de overtreding van het bestuursverbod, als de nadien ontstane schulden en voorwaardelijke schulden;[166]
iv. daarbij irrelevant was of de derde wist of kon weten dat hij een commanditaire vennoot tegenover zich trof.[167]

De aansprakelijkheidsregeling voor de commanditaire vennoot werd, mede vanwege voornoemde verstrekkende gevolgen, bekritiseerd en onder meer als rigoureus,[168] streng,[169] draconisch[170] en (uitzonderlijk) zwaar[171] in de literatuur verwenst. Volgens Maeijer behelst artikel 21 WvK een uitwerking van het beginsel dat de derde die te goeder trouw afgaat op een gewekte en toerekenbare schijn, beschermd dient te worden.[172] Die opvatting laat zich maar moeilijk rijmen met de irrelevantie van de wetenschap van de derde over de hoedanigheid van de commanditaire vennoot, zoals die door de Hoge Raad werd uitgesproken.[173] Dit oordeel van de Hoge Raad past echter goed bij de opvatting dat de bepaling tevens geldt als een sanctie die ertoe strekt te voorkomen dat de in artikel 20 WvK opgenomen verboden worden overtreden. Artikel 21 WvK werd dan ook als een strafbepaling getypeerd.[174]

---

165 Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/382.
166 HR 23 april 1970, *NJ* 1970, 406, m.nt. Scholten (*Romano*) en bevestigd in HR 11 april 1980, *NJ* 1981, 377, m.nt. Wachter (*Sleephelling Maatschappij Scheveningen/Buis*).
167 HR 15 januari 1943, *NJ* 1943, 201 (*Walvius*), nog eens herhaald in HR 11 april 1980, *NJ* 1981, 377, m.nt. Wachter (*Sleephelling Maatschappij Scheveningen/Buis*).
168 Asser/Maeijer 5-V 1995/381.
169 Mohr/Meijers 2018, p. 157.
170 Mendel & Mohr 2000, p. 294.
171 Heyman 1988, p. 11; Hamers & Van Vliet 2019, p. 127.
172 Asser/Maeijer 5-V 1995/379, herhaald in Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/379.
173 Zie echter Westbroek 1988, p. 405 naar aanleiding van Duynstee 1940, p. 154 die meent dat deze irrelevantie niettemin goed is te verenigen met de gedachte dat het voorkomen van een onjuiste schijn de grondslag van artikel 21 WvK vormt. Zijns inziens is reeds de mogelijkheid dat bij derden de schijn wordt gewekt dat de commanditaire vennoot onbeperkt aansprakelijk is, voldoende voor aansprakelijkheid.
174 Zie A-G Berger in zijn conclusie bij HR 24 april 1970, *NJ* 1970, 406, m.nt. Scholten (*Romano*); Asser/Maeijer 5-V 1995/379, herhaald in Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/379; Mendel &

In het arrest *Sleephelling Maatschappij Scheveningen/Buis* werd dit straf-karakter van de bepaling uitgelicht. In deze procedure betoogde Sleephelling Maatschappij Scheveningen ('SMS') dat een commanditaire vennoot, Buis, vanwege een overtreding van artikel 20 lid 1 WvK jegens haar aansprakelijk was: zijn naam maakte in verschillende documenten deel uit van de firmanaam. Buis verweerde zich onder meer met de stelling niet te weten hoe zijn naam in die documenten terecht was gekomen. A-G Haak memoreert in zijn conclusie de strekking van de verboden en de daarop gestelde sanctie, zoals hiervoor reeds aan de orde gesteld: 'enerzijds ter voorkoming, dat de commanditaire vennoot, gedekt door zijn beperkte aansprakelijkheid, ten name van de vennootschap onbeperkt aan het handelsverkeer zou gaan deelnemen (…), anderzijds ter voorkoming, dat derden in de waan zouden worden gebracht dat de commanditaire vennoot de beherende vennoot zou zijn'.[175] Vervolgens stelt hij vast dat het naamvoeringsverbod berust op derdenbescherming. Dat brengt hem tot de vraag in welke omstandigheden de jegens derden gewekte schijn over de hoedanigheid van de commanditaire vennoot aan deze moet worden toegerekend.[176] Gedoeld wordt op het leerstuk van toerekenbare schijn bij vertegenwoordiging. Destijds berustte toerekening in deze zin (uitsluitend) op het toedoenbeginsel: of en in hoeverre is jegens de derde door verklaringen en gedragingen van de vertegenwoordigde de schijn van bevoegdheid gewekt?[177] Dat beginsel ligt volgens Haak ook ten grondslag aan artikel 21 WvK. Uit de redactie van de bepaling, het feit dat de commanditaire vennoot de in artikel 20 WvK gestelde verboden moet hebben *overtreden*, leidt hij af dat de commanditaire vennoot ten minste moet weten dat zijn naam in de firmanaam wordt gebruikt. De vergaande aansprakelijkheid die artikel 21 WvK bewerkstelligt, is voor de A-G reden om deze niet te snel aan te nemen. Hij acht de commanditaire vennoot die zich niet verzet tegen het gebruik van zijn naam in de firmanaam niettemin evenzeer aansprakelijk als de commanditaire vennoot die met een dergelijk gebruik instemt.[178] De artikelen 20 en 21 WvK hebben naar zijn opvatting betrekking op een verwijtbaar doen of nalaten van de commanditaire vennoot dat resulteert in een strafaansprakelijkheid.[179] De Hoge Raad volgt de A-G in zijn betoog en legt voornoemd toedoenbeginsel eveneens aan de basis van artikel 21 WvK.[180] De bepaling behelst een straf voor het geval dat de commanditaire vennoot op een van de in artikel 20 WvK verboden wijzen een onduidelijkheid laat bestaan over zijn rechtspositie – in de zin van volledig of beperkt

Mohr 2000, p. 292; Slagter/Assink 2013, p. 1990; vgl. ook A-G Haak in zijn conclusie bij HR 11 april 1980, *NJ* 1981, 377, m.nt. Wachter (*Sleephelling Maatschappij Scheveningen/Buis*), overweging 3.

175 Zie de conclusie onder 3.

176 Onder verwijzing naar de conclusies van PG/AG Berger bij HR 14 januari 1943, *NJ* 1943, 201 (*Walvius*) en HR 24 april 1970, *NJ* 1970, 406, m.nt. Scholten (*Romano*).

177 Zie daarover paragraaf 3.5.2 en Asser/Kortmann 3-III 2017/38.

178 Zie de conclusie onder 4.

179 Zie de conclusie onder 6.

180 Evenzo Wachter in zijn noot bij HR 11 april 1980, *NJ* 1981, 377 (*Sleephelling Maatschappij Scheveningen/Buis*).

aansprakelijk – in de vennootschap, aldus de Hoge Raad. Dáárom is van een overtreding slechts sprake als de commanditaire vennoot een verwijt kan worden gemaakt van de schending van de in artikel 20 WvK neergelegde verboden. Voor wat betreft het naamvoeringsverbod voegt de Hoge Raad daar nog aan toe dat een verwijt ten minste vereist dat de commanditaire vennoot op de hoogte was of had behoren te zijn van het gebruik van zijn naam in de firmanaam.

Gek genoeg blijkt uit de door Haak besproken wetsgeschiedenis niets van het 'straf'-karakter van de bepaling. Zijn verwijzingen naar de conclusies van A-G Berger, onder meer bij het *Romano*-arrest, bieden daarvoor evenmin steun. Berger stelt over artikel 21 WvK: 'Zij immers is een strafbepaling, gericht tegen de commanditaire vennoot (…)', maar legt daaraan geen argumenten ten grondslag.[181] Bij Tervoort lezen we dat dit karakter reeds vanaf de invoering van de bepaling in de literatuur aan haar werd toegedicht[182] en vervolgens is dat kennelijk als het ware blijven plakken.[183] Het zou gaan om een straf die is gericht op generale preventie, namelijk om te voorkomen dat de commanditaire vennoot de verboden van artikel 20 WvK overtreedt.[184] Dat een wetsartikel aan bepaalde gedragingen een sanctie verbindt, maakt het mijns inziens nog geen strafbepaling. Iets anders is dat van het verbinden van aansprakelijkheid aan bepaalde gedragingen een preventieve werking uitgaat. Eén van de functies van ons aansprakelijkheidsrecht is immers de voorkoming van schade(-veroorzakend handelen) en als zodanig dus gedragsnormering.[185] Dat maakt ons aansprakelijkheidsrecht evenwel niet tot een strafexpeditie. Er bestaat geen aanleiding om aan te nemen dat artikel 21 WvK als strafbepaling moet worden beschouwd en evenmin om aan die kwalificatie zeer verstrekkende gevolgen te verbinden voor wat betreft de aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot.[186] Echter, zelfs als artikel 21 WvK als zodanig moet worden beschouwd – de Hoge Raad houdt eraan vast[187] – dan is daarin geen grondslag gelegen om de bepaling bijzonder streng te interpreteren. De beoogde preventieve werking komt bij een meer genuanceerde uitleg van artikel 21 WvK mijns inziens niet in het geding. Zoals hierna nog zal blijken heeft ook de Hoge Raad dat ingezien.

181 Zie alinea 4 van zijn conclusie bij HR 24 april 1970, *NJ* 1970, 406, m.nt. Scholten (*Romano*).
182 Tervoort 2013, p. 67.
183 Zie hierover uitgebreid Tervoort 2013, p. 67-78.
184 Tervoort 2013, p. 260.
185 Verheij 2015, par. I.8., die als tweede *functie* compensatie noemt; zie ook Kroeze 2006.
186 In deze zin Tervoort 2013, p. 260-261.
187 Zie HR 29 mei 2015, *NJ* 2015, 380, m.nt. Van Schilfgaarde (*Katterug*), r.o. 3.4.2 waarin de Hoge Raad zijn principiële overwegingen zelfs opent met de woorden 'Art. 21 WvK bevat een sanctie (…)'. Van Schilfgaarde meent mijns inziens ten onrechte dat de gedachte dat artikel 21 WvK een punitief karakter heeft thans is verlaten. Ook Stokkermans, *JOR* 2015, 192 onder 3, Tervoort, *Ondernemingsrecht* 2015, 77, p. 402 en Tervoort 2015b, p. 50 beamen dat de Hoge Raad vasthoudt aan het punitieve karakter, zulks overigens in weerwil van het daartoe strekkende betoog van Tervoort in zijn dissertatie, zie Tervoort 2013, p. 260-261.

Overigens is het maar de vraag in hoeverre van artikel 21 WvK daadwerkelijk een preventieve werking uitgaat, ongeacht de reikwijdte van haar gevolgen. Artikel 20 lid 3 WvK staat er namelijk aan in de weg dat het de commanditaire vennoot veel (financiële) pijn zal doen als hij vanwege zijn ontstane externe aansprakelijkheid door derden worden aangesproken tot voldoening van vennootschapsschulden. Zijn *interne* draagplicht blijft immers beperkt tot het bedrag van zijn inbreng. Heeft de commanditaire vennoot een vennootschapsschuld voldaan, dan kan hij regres nemen op het vennootschapsvermogen en zijn medevennoten. Uiteraard voor zover hij aan zijn verplichting tot inbreng heeft voldaan.[188] Let wel, verbintenissen die de commanditaire vennoot zelf is aangegaan, vormen in beginsel geen vennootschapsschuld en komen hiervoor dus niet in aanmerking. In geval van een solvente CV en solvente medevennoten heeft de commanditaire vennoot dan maar weinig te vrezen en wordt afbreuk gedaan aan vorenbedoelde preventieve werking. De regeling past evenwel bij de hiervoor beschreven achtergrond, nu in de misbruiksituaties waarop artikel 20 en 21 WvK zijn toegespitst de commanditaire vennoot gebruikmaakt van onvermogende stromannen, die in de regel feitelijk insolvent moeten zijn om als zodanig te kunnen worden ingezet. Vanuit dat perspectief zou de commanditaire vennoot geen regres kunnen nemen op zijn medevennoten, omdat hij deze zorgvuldig heeft uitgekozen op basis van hun financiële onvermogen. Ik zie hierin dan vooral ook een bevestiging van de opvatting dat artikel 20 en 21 WvK als antimisbruikbepalingen moeten worden geduid. Het regresrecht van de commanditaire vennoot dient mijns inziens wel nog te worden afgezet tegen een mogelijke vordering van de CV wegens een toerekenbare tekortkoming van de commanditaire vennoot in de nakoming van de vennootschapsovereenkomst. Een dergelijke vordering wordt door de andere vennoten ingesteld.[189] Een schending van de in artikel 20 WvK genoemde verboden kan meebrengen dat de commanditaire vennoot in de interne verhoudingen toerekenbaar tekortschiet.[190] Leidt de CV daardoor schade, dan kunnen de overige vennoten deze schade op de commanditaire vennoot verhalen. Het betreft hier een vordering van de CV. Indien de commanditaire vennoot regres wil nemen op het vennootschapsvermogen voor vennootschapsschulden die hij wegens zijn aansprakelijkheid op grond van artikel 21 WvK aan derden heeft voldaan, kan mijns inziens namens de CV een beroep op verrekening worden gedaan.

Terug naar de verwijtbaarheid. Van belang is dat dit vereiste door ons hoogste rechtscollege in verband wordt gebracht met het aan artikel 21 WvK toegedichte punitief karakter. Uit het hiervoor besproken arrest blijkt dat de Hoge Raad dit vereiste afleidt uit de omstandigheid dat artikel 21 WvK spreekt van een *overtreding*, hetgeen mijns

188 Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/383; Slagter/Assink 2013, p. 1994.
189 Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/48; Slagter/Assink 2013, p. 1946-1948.
190 Slagter/Assink 2013, p. 1993.

inziens doelt op een actieve gedraging van de commanditaire vennoot.[191] Er moet dan ook sprake zijn van een aan de commanditaire vennoot toerekenbare, persoonlijke normschending.[192] Volgens Maeijer en Van Olffen is hiermee 'ongetwijfeld een bewuste overtreding bedoeld', waarvan bij een overtreding van het bestuursverbod veelal sprake zal zijn.[193] Hoewel daaruit naar mijn mening niet logischerwijs volgt dat dus sprake moet zijn van verwijtbaarheid aan de zijde van de commanditaire vennoot, zoals hiervoor bleek liet de Hoge Raad zich op dit punt duidelijk inspireren door de overweging van de A-G, is daarin wel de reden gelegen voor het stellen van dit vereiste. Over de strekking van deze verwijtbaarheid bestaat evenzeer onduidelijkheid.[194]

Het punitief karakter indachtig, acht ik een vergelijking met de strafrechtelijke verwijtbaarheid passend. Om tot een veroordeling te komen, dient een strafrechter ingevolge artikel 350 Sv onder meer de strafbaarheid van de dader te toetsen. Als onderdeel daarvan wordt beoordeeld of er sprake is van schulduitsluitingsgronden die de strafbaarheid van de desbetreffende dader kunnen wegnemen. In dit verband moet schuld worden opgevat in de zin van verwijtbaarheid van de dader.[195] Verwijtbaarheid vormt één van de twee aspecten van het normatieve gehalte van het strafrechtelijke begrip *culpa*,[196] een tekortschieten in welk verband de inspanningen van de dader worden vergeleken met wat nodig was in een bepaalde situatie.[197] Het andere aspect van de culpa is vermijdbaarheid. Dit laatste kan worden getypeerd als een schending van een zorgplicht die voortvloeit uit een naar algemene menselijke maatstaven te meten voorzienbaarheid. De verwijtbaarheid komt pas om de hoek kijken, nadat een wegens voorzienbare gevaren aanwezige zorgplicht is geschonden. Alsdan moet ook eerst worden vastgesteld dat de betrokkene in staat was om anders te handelen dan dat hij heeft gedaan, vóórdat in strafrechtelijke zin sprake is van schuld. Het element verwijtbaarheid schuilt in deze vaststelling.[198] De *culpa* waarvan verwijtbaarheid een onderdeel vormt is een betrekkelijk hoge maatstaf: het moet gaan om een aanmerkelijke schuld of grove onachtzaamheid, onvoorzichtigheid of nalatigheid.[199] Ook de verwijtbaarheid moet in voldoende mate aanwezig zijn; een

191 Onder omstandigheden kan daartoe ook een nalaten worden gerekend, bijvoorbeeld het geval dat de commanditaire vennoot weet dat zijn naam in de firmanaam wordt gebezigd en hij zich daar vervolgens niet tegen verzet; vgl. A-G Haak onder 5 in zijn conclusie bij HR 11 april 1980, *NJ* 1981, 377 (*Sleephelling Maatschappij Scheveningen/Buis*). De Hoge Raad kon daarover geen oordeel geven, omdat SMS eerst in cassatie een beroep deed op deze omstandigheid.

192 Slagter/Assink 2013, p. 1993.

193 Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/382.

194 Westbroek 1988, p. 406-407; Mendel & Mohr 2000, p. 293-294; Tervoort 2013, p. 79.

195 Keulen & Knigge 2016, p. 108.

196 Kelk 2016, p. 291-292.

197 Machielse, *Handboek Strafzaken*, nr. 36.2.1.

198 Kelk 2016, p. 292.

199 HR 17 september 2002, *NJ* 2002, 549; Machielse, *Handboek Strafzaken*, nr. 36.2.4; Kelk 2016, p. 297.

geringe verwijtbaarheid is onvoldoende.[200] De beoordeling van de aanwezigheid van *culpa* geschiedt aan de hand van het geheel van gedragingen van de verdachte, de aard en ernst daarvan en de overige omstandigheden van het geval.[201]

Voor wat betreft de positie van de commanditaire vennoot is van belang om op te merken dat de Hoge Raad heeft geoordeeld 'dat een commanditaire vennoot ervan op de hoogte behoort te zijn dat hij geen daden van beheer mag verrichten'.[202] Vorenbedoelde vermijdbaarheid speelt dan ook om twee redenen geen rol: (i) tot een zorgplicht van de commanditaire vennoot hoeft niet te worden geconcludeerd, omdat ingevolge artikel 20 WvK reeds een wettelijke plicht op hem rust en (ii) wij tot uitgangspunt mogen nemen dat de commanditaire vennoot weet wat hij niet mag doen, ongeacht of dat ook zo is. De Hoge Raad objectiveert hier immers. Daarom rest ons slechts vast te stellen of de commanditaire vennoot in staat was om anders te handelen, lees: ofwel optreden tegen het gebruik van zijn naam in de firmanaam, ofwel het zich onthouden van het verrichten van daden van beheer.

Dat brengt mij tot de door Westbroek voorgestane uitleg van het begrip verwijtbaarheid. Hij vraagt zich af of dit begrip zich zo laat uitleggen dat de sanctie van artikel 21 WvK niet in werking treedt, wanneer de overtreding moreel gerechtvaardigd is.[203] Hij geeft in dit verband het voorbeeld dat de commanditaire vennoot bij afwezigheid van de beherende vennoot en naar aanleiding van een desastreuze ontwikkeling beheershandelingen verricht, die (mede) in het belang zijn van de schuldeisers.[204] Vertaald naar de strafrechtelijke verwijtbaarheid zou deze gedachte aldus kunnen worden verstaan dat het *in staat zijn om anders te handelen* niet te strikt moet worden geïnterpreteerd. Met andere woorden, bepaalde omstandigheden[205] kunnen vergen dat de commanditaire vennoot de verboden van artikel 20 WvK overtreedt – althans, ik denk met name aan het tweede lid – terwijl hem van die overtreding in alle redelijkheid geen voldoende ernstig verwijt[206] kan worden gemaakt, zodat toepassing van artikel 21 WvK achterwege dient te blijven.[207] In geval van

200 Machielse, *Handboek Strafzaken*, nr. 36.2.11.2 onder verwijzing naar HR 7 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU2878 en HR 12 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW7948.

201 HR 1 juni 2004, *NJ* 2005, 252, m.nt. Knigge; HR 4 november 2014, *RvdW* 2014, 1261.

202 Zie HR 29 mei 2015, *NJ* 2015, 380, m.nt. Van Schilfgaarde (*Katterug*), r.o. 3.4.6.

203 Westbroek 1988, p. 406; Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/382 lijkt daarmee in te stemmen.

204 Westbroek 1988, p. 406-407; ruimer lijkt mij de opvatting van *Stokkermans* in zijn noot bij Hof Arnhem 21 juli 2009, *JOR* 2010, 37, waar hij schrijft 'Mij komt althans zeer wel verdedigbaar voor dat het incidenteel assisteren van een beherend vennoot in de lastige omgang met enkele belangrijke crediteuren, waar de beherend vennoot zelf mogelijkerwijs de "poids" ontbeert om dat goed te doen, helemaal niet per se een door art. 20 lid 2 WvK verboden handeling hoeft te zijn.'

205 Volgens Slagter/Assink 2013, p. 1988 moet de commanditaire vennoot 'in het licht van alle omstandigheden van het geval' een verwijt kunnen worden gemaakt.

206 Vgl. Slagter/Assink 2013, p. 1993 die eveneens meent dat het verwijt van voldoende ernst moet zijn.

207 Vgl. ook Stokkermans 2017, p. 312 die op basis van het verwijt-vereiste concludeert dat een gerechtvaardigde overtreding niet tot aansprakelijkheid leidt.

een beoordeling van de aan de commanditaire vennoot gemaakte verwijten, moet hem mijns inziens de gelegenheid worden gegeven om dergelijke, in strafrechtelijke terminologie, schulduitsluitingsgronden aan te voeren. Het is dan aan de commanditaire vennoot om feiten en omstandigheden aan te voeren op grond waarvan zou kunnen worden aangenomen dat het aan zijn adres gemaakte verwijt onvoldoende is om tot aansprakelijkheid in de zin van artikel 21 WvK, met alle gevolgen van dien, te concluderen.[208]

Vorenbedoelde notie van het 'anders handelen dan men heeft gedaan', is ons overigens ook niet vreemd. In het vorige hoofdstuk ben ik onder meer ingegaan op de indirecte doorbraak van aansprakelijkheid in concernverhoudingen.[209] Daar bleek dat de aansprakelijkheid van een moedervennootschap onder meer kan berusten op het verwijt dat zij heeft stilgezeten waar handelen – gelet op haar inzicht in de dochtervennootschap – geboden was en – gelet op haar zeggenschap over de dochtervennootschap – mogelijk was. De mate van inzicht en zeggenschap zijn bepalende factoren om tot een dergelijke doorbraak van aansprakelijkheid te komen. Daaruit spreekt een zekere verwachting, een aan de moeder te stellen eis zo men wil, tot handelen. Zouden wij op basis hiervan niet óók mogen concluderen dat een handelen van de (goed geïnformeerde) commanditaire vennoot in strijd met artikel 20 WvK geoorloofd kan zijn, wanneer hij zich bijvoorbeeld geconfronteerd ziet met een voor schuldeisers van de vennootschap (financieel) gevaarlijke situatie, terwijl van de beherende vennoten geen actie is te verwachten? Ik zou menen dat de commanditaire vennoot in zo'n geval moeilijk een verwijt kan worden gemaakt van zijn optreden. Steun voor deze opvatting kan mijns inziens ook worden gevonden in het

208 Stokkermans 2015, p. 585 en 2017, p. 312 verwijst voor wat betreft vorenbedoelde gerechtvaardigde overtreding naar HR 29 november 2012, *NJ* 2003, 455 (*Schwandt/Berghuizer Papierfabriek*), waarin de Hoge Raad in r.o. 3.4.5 met zoveel woorden oordeelde dat de bestuurder die wegens een schending van statutaire bepalingen op grond van artikel 2:9 BW wordt aangesproken, feiten en omstandigheden kan aanvoeren op grond waarvan zou kunnen worden aangenomen dat het gewraakte handelen in strijd met de statutaire bepalingen niet een ernstig verwijt oplevert. Deze verwijzing naar een regel voor interne aansprakelijkheid acht ik enigszins ongelukkig gelet op derdenbeschermingsgedachte die aan artikel 21 WvK is verbonden en het handelen in het belang van de schuldeisers zoals dat door Westbroek 1988, p. 406-407 wordt aangehaald. Gezien de duidelijke aanwezigheid van een convergentie van normen binnen het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht, waarover Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/441, en het feit dat in geval van bestuurdersaansprakelijkheid steeds een (individuele) mogelijkheid tot disculpatie voor de bestuurder openstaat, komt het toekennen van een vergelijkbare mogelijkheid aan de commanditaire vennoot, ondanks het punitieve karakter van artikel 21 WvK, mij niet onredelijk voor. Stokkermans 2015, p. 586 rekent tot de 'gerechtvaardigde' overtredingen ook gevallen van belet of ontstentenis van de beherend vennoot, waarbij het geval waarin de beherend vennoot een tegenstrijdig belang heeft onder de beletregeling geschaard kan worden, zulks in het verlengde van het leerstuk van zaakwaarneming (aldus zijn noot onder het *Katterug*-arrest in *JOR* 2015, 192 onder 7.

209 Zie paragraaf 5.3.

arrest *Coutts Holding*.[210] Waar het de moeder in de hoedanigheid van aandeelhouder (feitelijk) is verboden om bestuurshandelingen te verrichten, kan de mate van haar inzicht en zeggenschap bij de dochter daartoe wel aanleiding geven en alsdan wordt van haar juist bestuurlijk handelen verwacht; zij moet dan *ingrijpen*. De omstandigheid dat de moeder in deze casus zich wél de belangen van de schuldeisers van haar dochter aantrok, was aanleiding om haar niet aansprakelijk te achten. Zowel het Hof Arnhem[211] als A-G Timmerman[212] steunen daarbij op de omstandigheid dat het opzetten van een reddingsplan voor een dochter niet al te zeer ontmoedigd dient te worden. Ik zie niet in waarom een dergelijke omstandigheid niet óók ten aanzien van de commanditaire vennoot zou kunnen gelden. De ratio van het bestuursverbod wordt evenmin geweld aangedaan. Roekeloos handelen is niet aan de orde. Integendeel, de behartiging van de belangen van schuldeisers wordt juist beoogd. Bovendien valt thans ook een mouw te passen aan de verwarring die bij schuldeisers kan ontstaan over de hoedanigheid van de commanditaire vennoot, zou daarvan als sprake zijn: de Hoge Raad aanvaardt inmiddels dat bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot mede van belang kan zijn of bij derden redelijkerwijs een onjuiste indruk over die hoedanigheid heeft kunnen ontstaan.[213] Ter zake kan de commanditaire vennoot mijns inziens open kaart spelen bij het verrichten van de noodzakelijke beheershandelingen. Me dunkt dat een commanditaire vennoot die op zodanige wijze zorgvuldig met de belangen van schuldeisers omspringt de straf van artikel 21 WvK niet verdient.[214]

Op deze plaats maak ik nog een opmerking over het toedoenbeginsel, dat door de A-G in zijn conclusie bij *Sleephelling Maatschappij Scheveningen/Buis* aan de dag werd gelegd.[215] Dit beginsel dat in verband met de toerekenbare schijn van bevoegdheid wordt gebezigd, vormt nog steeds een uitgangspunt bij de beantwoording van de vraag of bij gebreke aan een (toereikende) volmacht toch sprake kan zijn van gebondenheid van de vertegenwoordigde ingevolge artikel 3:61 lid 2 BW. Deze bepaling strekt tot bescherming van bij derden gewekt vertrouwen.[216] Zoals hiervoor aangehaald geldt artikel 21 WvK als een uitwerking van deze vorm van

210 HR 12 september 2008, *JOR* 2008, 297, m.nt. Van Maanen (*Coutts Holding*).
211 Hof Arnhem 30 mei 2006, *NJ* 2008, 631, m.nt. Maeijer (*Coutts Holding*).
212 Zie zijn conclusie, overweging 3.11 e.v., gepubliceerd in *JOR* 2008, 297.
213 Zie HR 29 mei 2015, *NJ* 2015, 380, m.nt. Van Schilfgaarde (*Katterug*), r.o. 3.4.5.
214 Vgl. *Kamerstukken II* 2002/03, 28 746, nr. 3, p. 76-77 (MvT), onder de vigeur van dit wetsvoorstel werd aansprakelijkheid niet steeds rechtvaardig geacht, 'omdat er gevallen zijn dat een handelen van een commanditair in naam van de vennootschap onder omstandigheden zeer weinig impact heeft of positief te waarderen valt omdat in het belang van de vennootschap niet langer met een zodanig handelen kon worden gewacht [onderstreping JN]'; anders dan het door mijn ingenomen standpunt Tervoort 2013, p. 245-246 die daarbij overigens de focus legt bij het feit dat de commanditaire vennoot zijn eigen investering probeert te redden.
215 Vgl. Westbroek 1988, p. 406.
216 Asser/Kortmann 3-III 2017/37.

derdenbescherming.[217] Zo valt ook de aansluiting bij het toedoenbeginsel te verklaren. Uit artikel 3:61 lid 2 BW volgt dat het vertrouwen van de wederpartij moet zijn gebaseerd op een verklaring of gedraging van de vertegenwoordigde. Voor wat betreft de commanditaire vennoot geldt dat wanneer derden door zijn toedoen erop mogen vertrouwen dat hij een beherend vennoot is – hetgeen moet worden aangenomen als de commanditaire vennoot beheershandelingen verricht – deze derden de commanditaire vennoot als zodanig mogen aanspreken en dus dat de commanditaire vennoot alsdan extern onbeperkt aansprakelijk is, zoals gewone vennoten dat op grond van artikel 18 WvK zijn. Wij zagen hiervoor dat artikel 21 WvK zelfs zo ver gaat dat de commanditaire vennoot ook aansprakelijk is jegens schuldeisers van de vennootschap ten aanzien waarvan hij niet een dergelijke schijn heeft gewekt én ook jegens derden die reeds vennootschapsschuldeisers waren vóórdat artikel 21 WvK succesvol werd ingeroepen. In hoofdstuk 3 kwam aan de orde dat binnen het leerstuk van de toerekenbare schijn ook het risicobeginsel naar voren is getreden.[218] Dit beginsel maakt een ruimere toerekening mogelijk dan op basis van enkel het toedoenbeginsel, nu op basis daarvan ook plaats is voor toerekening aan de vertegenwoordigde, wanneer de wederpartij gerechtvaardigd heeft vertrouwd op de volmachtverlening aan de vertegenwoordiger op grond van feiten en omstandigheden die voor risico van de vertegenwoordigde komen en waaruit naar verkeersopvattingen zodanige schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden afgeleid.[219] Dit beginsel gaat echter niet zo ver dat voor toepassing daarvan ook ruimte is in gevallen waarin het tegenover de wederpartij gewekte vertrouwen uitsluitend is gebaseerd op verklaringen of gedragingen van de onbevoegd handelende persoon.[220] Hoe verhoudt deze rechtspraak zich tot de positie van de commanditaire vennoot? Ik zou menen dat het toedoenbeginsel voor wat betreft de overtreding van artikel 20 WvK nog steeds leidend is. De vereiste verwijtbaarheid ligt daaraan ten grondslag. Zoals gezegd moet sprake zijn van een toerekenbare, persoonlijke normschending. Daarmee verhoudt zich niet dat ook andere omstandigheden dan het handelen van de commanditaire vennoot zelf ertoe kunnen leiden dat, althans mede ten grondslag kunnen liggen aan, het vaststellen van diens aansprakelijkheid. Dat volgt ook uit de in de 2017 door de Hoge Raad in dit verband aangebrachte nuancering dat voor toerekening slechts plaats is als de omstandigheden met de vertegenwoordigde verband houden.[221]

217 Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/379.
218 Zie paragraaf 3.5.2.
219 HR 19 februari 2010, *NJ* 2010, 115 (*ING/Bera Holding*).
220 HR 3 februari 2017, *NJ* 2017, 78, *JOR* 2017, 149, m.nt. Kortmann (*Tamacht/Hodenius*) en HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:143, *JOR* 2017, 150, m.nt. Kortmann, hersteld bij arrest van HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:277 (*Aventura*).
221 Zie de hiervoor aangehaalde arresten.

6.4.2 Het Katterug-arrest

In het voorgaande werd het *Katterug*-arrest van de Hoge Raad al verschillende keren aangehaald.[222] Hierin wordt deels gebroken met oude opvattingen over artikel 20 en 21 WvK en kan worden gesproken van een frisse wind voor de commanditaire vennootschap. Tegelijkertijd worden enkele omstreden opvattingen over de aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot weer bevestigd. In deze paragraaf besteed ik met name aandacht aan de vernieuwingen die de Hoge Raad introduceert en de wijze waarop de aansprakelijkheidspositie van de commanditaire vennoot thans moet worden opgevat. Ik plaats hier reeds de kanttekening dat sinds het wijzen van dit arrest, nauwelijks rechtspraak is verschenen die deze positie nader gestalte geeft.[223]

6.4.2.1 De feiten en het betoog van de A-G

De casus kan als volgt worden samengevat. Centraal staat de commanditaire vennootschap De Voer & Partners CV, die een lunchroom exploiteerde. Deze CV had twee commanditaire vennoten, bestaande uit echtelieden, en een beherend vennoot, hun zoon. De onderneming van de CV wordt in 2010 overgenomen door Van Ham, die daarbij onder meer bedingt dat de CV zal zorg dragen voor de afrekening van de tijdens het bestaan van de CV opgebouwde vergoedingen van haar personeelsleden. De CV wordt in 2010 ontbonden. In 2011 betaalt Van Ham een bedrag van 1.037,79 euro aan een werknemer die voor de overname in dienst was van de CV. Van Ham spreekt zowel de zoon als diens beide ouders aan tot nakoming van voornoemd beding. Daarbij stelt hij zich op het standpunt dat de ouders als commanditaire vennoten ingevolge artikel 21 WvK aansprakelijk zijn, omdat zij het bestuursverbod van artikel 20 lid 2 WvK zouden hebben overtreden. De overtreding blijkt uit twee door de ouders medeondertekende overeenkomsten: de huurovereenkomst voor het pand waarin de lunchroom werd geëxploiteerd en de overeenkomst tot beëindiging van die huur. Zowel de rechtbank als het hof gaan daarin mee. Geen der partijen stelt cassatie in.

A-G Timmerman grijpt het arrest van het hof aan om cassatie in belang der wet te vorderen. Zijn (voornaamste) reden daarvoor is dat het hof ten onrechte uitsluit dat de wetenschap van een wederpartij van de CV omtrent de omstandigheid dat een vennoot geen beherende, maar een commanditaire vennoot is, van belang is bij de beoordeling van de vraag of de commanditaire vennoot het bestuursverbod heeft overtreden en of deze wederpartij een beroep kan doen op artikel 21 WvK. Op basis van een historische en rechtsvergelijkende beschouwing, alsook een

222 HR 29 mei 2015, *NJ* 2015, 380, m.nt. Van Schilfgaarde (*Katterug*).

223 Gewezen zij echter op Rb. Rotterdam 10 augustus 2016, *JOR* 2016, 298, m.nt. Stokkermans; HR 4 november 2016, *NJ* 2017, 61, m.nt. Van Schilfgaarde (*Distriport*); Rb. Midden-Nederland 20 september 2017, *JIN* 2017, 193, m.nt. Duinkerke; HR 22 september 2017, *NJ* 2017, 395, m.nt. Van Schilfgaarde (*Stichting Participanten Warmond/Lexence*).

inhoudelijke analyse van artikel 20 en 21 WvK, komt de A-G tot de slotsom dat een redelijke uitleg van deze bepalingen meebrengt dat de omstandigheid dat de wederpartij op de hoogte is van de hoedanigheid van de commanditaire vennoot, wel degelijk relevant is bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van laatstgenoemde. Hij voegt daar nog aan toe: 'De zware sancties van art. 21 WvK dienen mijns inziens vooral toegepast te worden, als de commanditaire vennoot zijn status van beperkt aansprakelijke vennoot misbruikt ten nadele van een wederpartij van de commanditaire vennootschap die meende te handelen met een volledig aansprakelijke vennoot.'[224]

6.4.2.2 Het oordeel van de Hoge Raad

De Hoge Raad gaat tot op zekere hoogte mee met het betoog van de A-G ter zake de relevantie van de wetenschap van de wederpartij. Hij doet er zelfs een schepje bovenop, door de aansprakelijkheidspositie van de commanditaire vennoot verder te nuanceren dan strikt noodzakelijk zou zijn geweest op basis van de vordering van de A-G. Daartoe stelt de Hoge Raad eerst voorop dat artikel 21 WvK een sanctie bevat die ertoe strekt te voorkomen dat een commanditaire vennoot zich kan onttrekken aan de hoofdelijke aansprakelijkheid die rust op de beherende vennoten, doordat hij onduidelijkheid laat ontstaan over zijn rechtspositie in de vennootschap. Enerzijds wordt getracht te voorkomen dat een commanditaire vennoot in naam van de CV aan het handelsverkeer deelneemt als ware hij beherend vennoot en zo misbruik maakt van zijn beperkte aansprakelijkheid als commanditaire vennoot, terwijl anderzijds derden door het optreden van de commanditaire vennoot in de veronderstelling kunnen worden gebracht dat zij handelen met een beherend vennoot, die met zijn gehele vermogen instaat voor de nakoming van de verbintenissen van de vennootschap.[225] Toepassing van deze sanctie leidt ertoe dat de commanditaire vennoot jegens alle schuldeisers van de vennootschap ten volle aansprakelijk wordt voor alle verbintenissen van de vennootschap, ook die welke zijn ontstaan voor het tijdstip waarop het verbod werd overtreden.[226]

Het spreekwoordelijke extra schepje treffen wij vervolgens aan in r.o. 3.4.4 als de Hoge Raad in principiële bewoordingen tot een evidente afzwakking van het voorheen zo streng geïnterpreteerde artikel 21 WvK komt. De daaruit voortvloeiende sanctie is volgens de Hoge Raad uitsluitend gerechtvaardigd indien en voor zover zij in overeenstemming is met de hiervoor genoemde strekking van de bepaling. Dat betekent dat toepassing ervan niet in een onevenredige verhouding mag staan tot de aard en de ernst van de schending door de commanditaire vennoot van artikel 20

224 Zie overweging 3.22 van zijn conclusie bij HR 29 mei 2015, *NJ* 2015, 380, m.nt. Van Schilfgaarde (*Katterug*).
225 HR 29 mei 2015, *NJ* 2015, 380, m.nt. Van Schilfgaarde (*Katterug*), r.o. 3.4.2.
226 HR 29 mei 2015, *NJ* 2015, 380, m.nt. Van Schilfgaarde (*Katterug*), r.o. 3.4.3.

lid 1 of lid 2 WvK. Toepassing dient zelfs achterwege te blijven indien en voor zover de sanctie door het handelen van de commanditaire vennoot niet of niet ten volle wordt gerechtvaardigd. Dat betekent dat de rechter kan oordelen dat onder omstandigheden de sanctie niet is gerechtvaardigd. De stelplicht en bewijslast ter zake rust op de commanditaire vennoot. De rechter kan ook oordelen dat wordt afgeweken van de hoofdregel dat de commanditaire vennoot aansprakelijk wordt voor alle verbintenissen van de vennootschap, ongeacht het ontstaansmoment daarvan, en de gevolgen van de toepassing van artikel 21 WvK in zoverre beperken tot bepaalde verbintenissen van de vennootschap.[227]

Dan komt de Hoge Raad toe aan de inzet van A-G Timmerman, een herbezinning over het in 1943 gewezen *Walvius*-arrest.[228] Daarin was geoordeeld dat voor de toepassing van artikel 20 en 21 WvK niet relevant is of de wederpartij van de commanditaire vennootschap wist dat hij met een commanditaire vennoot handelde en bekend was met diens beperkte aansprakelijkheid. Die conclusie vloeide onder meer voort uit de omstandigheid dat artikel 20 lid 2 WvK het de commanditaire vennoot zelfs verbiedt om krachtens volmacht de vennootschap te vertegenwoordigen. De Hoge Raad komt expliciet terug op dit arrest en overweegt in r.o. 3.4.5 dat bij de beoordeling van de toepassing van de sanctie van artikel 21 WvK mede van belang kan zijn of bij derden redelijkerwijs een onjuiste indruk over de hoedanigheid van de commanditaire vennoot heeft kunnen ontstaan. In r.o. 3.4.6 voegt hij daaraan nog toe dat naast voormelde afzwakking van de gevolgen van artikel 21 WvK en de relevantie van de wetenschap van de wederpartij van de vennootschap omtrent de hoedanigheid van de commanditaire vennoot, de commanditaire vennoot óók steeds enig verwijt van zijn handelwijze zal moet kunnen worden gemaakt. De Hoge Raad bevestigt daarmee zijn oordeel dienaangaande in het hiervoor aangehaalde arrest *Sleephelling Maatschappij Scheveningen/Buis*. Daarbij merkt hij nog op dat bij deze verwijtbaarheid in aanmerking moet worden genomen dat een commanditaire vennoot ervan op de hoogte behoort te zijn dat hij geen daden van beheer mag verrichten. Met Tervoort zou ik menen dat deze regel ook geldt voor wat betreft het naamvoeringsverbod.[229]

6.4.2.3 Commentaar

Het is duidelijk dat de Hoge Raad terugkomt op de strenge uitleg van artikel 20 en 21 WvK die ruim anderhalve eeuw de aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot beheerste. Thans heeft de rechter de mogelijkheid om op verschillende manieren rekeningen te houden met de omstandigheden van het geval en naar aanleiding daarvan de voorheen in nagenoeg alle opzichten onbeperkte aansprakelijkheid te mitigeren. Opvallend is evenwel dat de Hoge Raad vasthoudt aan het punitief karakter van

227 HR 29 mei 2015, *NJ* 2015, 380, m.nt. Van Schilfgaarde (*Katterug*), r.o. 3.4.4.
228 HR 15 januari 1943, *NJ* 1943, 201 (*Walvius*).
229 Zie Tervoort 2015b, p. 52.

artikel 21 WvK; waar dat karakter eerder juist reden was om streng te oordelen, ziet ons hoogste rechtscollege inmiddels wel ruimte om ondanks dat karakter het evenredigheidsbeginsel[230] te laten doorklinken in de beoordeling van de aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot. Het punitief karakter brengt als hoofdregel met zich dat artikel 21 WvK zich uitstrekt tot verbintenissen van de vennootschap ontstaan vóór de overtreding van de verboden van artikel 20 WvK. Zoals hiervoor toegelicht, volgt uit dit karakter ook de vereiste verwijtbaarheid, welk vereiste door Hoge Raad wordt gehandhaafd.[231] Hij geeft evenwel niet meer duidelijkheid over dit begrip.

Ik betwijfel overigens of Van Schilfgaarde het bij het juiste eind heeft waar hij in zijn annotatie schrijft 'Geeft de voor hem [commanditaire vennoot, JN] gereed liggende disculpatiemogelijkheid minder ruimte dan die voor de NV- of BV-bestuurder? (…) Een verschil zit in elk geval hierin dat de commanditair, anders dan de bestuurder in het NV- en BV-recht, in beginsel omstandigheden moet stellen en (zo nodig) bewijzen die een beroep op "geen verwijt" rechtvaardigen (r.o. 3.4.4 aanvang tweede alinea)'.[232] Ten eerste heeft de rechtsoverweging waarnaar Van Schilfgaarde verwijst geen betrekking op het oordeel ter zake de vereiste verwijtbaarheid (r.o. 3.4.6), maar geeft de Hoge Raad daarin – mijns inziens terecht – aan dat het op de weg van de commanditaire vennoot ligt om omstandigheden te stellen en zo nodig te bewijzen waarom *toepassing van de sanctie van artikel 21 WvK* niet gerechtvaardigd zou zijn. De vraag of de commanditaire vennoot een verwijt treft, gaat daaraan vooraf. De commanditaire vennoot moet immers een verwijt kunnen worden gemaakt van de overtreding van artikel 20 lid 1 en/of 2 WvK. Als hem dat verwijt niet treft, komt de sanctie van artikel 21 WvK überhaupt niet aan de orde. Overigens is de verwijtbaarheid een vereiste dat de Hoge Raad expliciet stelt *naast* de mogelijkheid voor de rechter om de gevolgen van artikel 21 WvK te mitigeren als de stellingen van de commanditaire vennoot hem daartoe aanleiding geven. Uit *Sleephelling Maatschappij Scheveningen/Buis* blijkt mijns inziens dat het op de weg ligt van de schuldeiser die zich beroept op een overtreding van artikel 20 lid 1 of 2 WvK om het betreffende verwijt dat de commanditaire vennoot kan worden gemaakt met betrekking tot diens overtreding van het bepaalde in artikel 20 lid 1 en/of 2 WvK te stellen.[233] Had SMS in de feitelijke instanties een relevant verwijt gesteld, dan zou

230 Dit ontbrak tot op heden, aldus Stokkermans in zijn annotatie bij Rb. Zeeland-West-Brabant 30 januari 2013, *JOR* 2013, 71 (*Katterug*); zie ook Koster 2015, p. 198 (evenredigheidsbeginsel) en Timmerman 2017, die de term 'proportionaliteitsbeginsel' gebruikt.

231 Van der Velden ziet niet in, waarom aan de commanditaire vennoot enig verwijt moet worden gemaakt, wanneer derden als gevolg van de overtreding van artikel 20 lid 1 of 2 WvK de indruk hebben gekregen dat de commanditaire vennoot een beherend vennoot was. Voldoende lijkt hem dat het ontstaan van de onjuiste indruk voor rekening van de commanditaire vennoot komt, zie zijn annotatie bij *Katterug* in *JIN* 2015, 152. Zulks vloeit mijns inziens voort uit het punitieve karakter, zoals hiervoor toegelicht.

232 Zie zijn noot in *NJ* 2015, 380, nr. 4.

233 Anders, doch zonder argumenten Mohr/Meijers 2018, p. 158.

dat hoogstwaarschijnlijk tot een andere uitkomst hebben geleid.[234] In geval van persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders van kapitaalvennootschappen, dient het daarbij vereiste 'ernstig verwijt', althans de omstandigheden die het aannemen daarvan rechtvaardigen, evenzeer in beginsel door de schuldeiser die de bestuurder aanspreekt, te worden gesteld.[235] Ten tweede verwacht ik anders dan Van Schilfgaarde ook niet dat de Hoge Raad op korte termijn zal terugkomen op de hoofdregel dat de commanditaire vennoot bij toepassing van artikel 21 WvK aansprakelijk wordt voor alle verbintenissen van de vennootschap, ongeacht het ontstaansmoment daarvan.[236] Twee maanden eerder had de Hoge Raad die hoofdregel nog eens aangehaald en bevestigd,[237] terwijl hij daaraan in *Katterug* stevig vasthoudt. De twijfels van Van Schilfgaarde over deze hoofdregel houden verband met het punitief karakter van artikel 21 WvK, dat zijns inziens in *Katterug* is verlaten.[238] Dat is echter onjuist.[239] Tegelijkertijd zij bedacht dat dit vasthouden aan het punitief karakter met zich brengt dat de artikelen 20 en 21 WvK, anders dan door Tervoort is betoogd,[240] naar geldend recht niet slechts strekken tot derdenbescherming, hoe wenselijk dat wellicht ook zou zijn.

Hoe moet r.o. 3.4.4 dan wel worden begrepen? Met andere woorden, indien een schending van de verboden van artikel 20 WvK is vastgesteld, hoe kan de commanditaire vennoot dan alsnog aan aansprakelijkheid ontkomen, althans de *impact* daarvan beperken? De Hoge Raad doet daartoe handreikingen, maar laat enige toelichting achterwege.

Voor de beantwoording van deze vraag zijn mijns inziens de volgende aspecten relevant:

a) de aansprakelijkheid mag niet in een onevenredige verhouding staan tot de aard en de ernst van de schending door de commanditaire vennoot van artikel 20 lid 1 en 2 WvK;
b) aansprakelijkheid dient achterwege te blijven indien en voor zover zij door het handelen van de commanditaire vennoot niet of niet ten volle wordt gerechtvaardigd.

234 Vgl. A-G Haak in zijn conclusie bij het arrest, overweging 7.
235 Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/469; Slagter/Assink 2013, p. 1113 en 1116; Van Schilfgaarde 2017, nr. 215.
236 Zie zijn noot in *NJ* 2015, 380, nr. 9, waar hij schrijft dat deze regel intrinsiek onbillijk is en daarom beter zou kunnen worden verlaten, in welk verband hij wacht op een nieuwe uitspraak van de Hoge Raad.
237 HR 13 maart 2015, *NJ* 2015, 241, m.nt. Van Schilfgaarde (*Carlande*), r.o. 3.4.4.
238 Zie zijn noot in *NJ* 2015, 380, nr. 7 en zijn noot in *NJ* 2015, 241, nr. 4.
239 Vgl. hiervoor paragraaf 6.4.2, waar ik ook verwees naar Stokkermans, *JOR* 2015, 192 onder 3, Tervoort, *Ondernemingsrecht* 2015, 77, p. 402 en Tervoort 2015b, p. 50.
240 Tervoort 2013, p. 260-261.

Ik begrijp de Hoge Raad zo dat aansprakelijkheid alleen achterwege kan blijven in het onder (b) genoemde geval, terwijl het evenredigheidsbeginsel als bedoeld onder (a) de rechter tot de conclusie kan brengen dat het gevolg van aansprakelijkheid moet worden beperkt tot bepaalde verbintenissen. Daarbij past de kanttekening dat wanneer aansprakelijkheid niet of niet ten volle wordt gerechtvaardigd door het handelen van de commanditaire vennoot, mijns inziens dan in de regel ook sprake zal zijn van de onder (a) bedoelde onevenredige verhouding.

6.4.2.3.1 Evenredigheid

Om met de evenredigheid te beginnen. Hoewel de bedoeling van de Hoge Raad hier volgens mij duidelijk is, kan gebruik van het begrip evenredigheid als zodanig tot verwarring leiden. In algemene zin komt het evenredigheidsbeginsel om de hoek kijken bij een belangenafweging, bijvoorbeeld wanneer bij een op zichzelf rechtmatig gebruik van een recht of bevoegdheid de vraag moet worden beantwoord of het daarmee te dienen belang nog in een evenwichtige verhouding staat tot de inbreuk die het maakt op de belangen van (andere) betrokkenen.[241] Het biedt zodoende een methodiek om te beoordelen of een bevoegdheidsuitoefening door een persoon of instantie (publiek of privaat) in de gegeven omstandigheden van het geval toelaatbaar is.[242] In het *Katterug*-arrest moet de evenredigheid mijns inziens in de letterlijke betekenis worden opgevat, namelijk 'in gelijke verhouding tot elkaar staand'. Het begrip *proportioneel* is in dit opzicht beter.

Van belang is verder om op te merken dat de Hoge Raad hier een negatieve formulering kiest: de sanctie mag niet in een *on*evenredige verhouding staan tot de aard en ernst van de verweten schending. Dat betekent dat de proportionaliteit hier een ondergrens vormt.[243] Daaruit leid ik af dat, hoewel de Hoge Raad aansprakelijkheid voor alle verbintenissen van de vennootschap als hoofdregel stelt, de toepassing van die hoofdregel toch al snel de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden zal vereisen.[244] Ik meen dat bijvoorbeeld het enkele medeondertekenen van een huurovereenkomst en de overeenkomst tot beëindiging daarvan, de *Katterug*-casus, geen overtreding van artikel 20 lid 2 WvK vormt van een zodanige ernst dat onbeperkte aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot daarvan het gevolg moet zijn. Nog afgezien van de vraag of aansprakelijkheid dan überhaupt is gerechtvaardigd, staat in deze kwestie naar mijn mening slechts de enkele aansprakelijkheid jegens Van Ham in een gelijke verhouding tot de overtreding. In de *Katterug*-casus komt daar nog bij dat de commanditaire vennoten jegens Van Ham met het medeondertekenen van de

241 In deze zin Hammerstein 2011.
242 Van Ginneken & Timmerman 2011.
243 Hammerstein 2011.
244 In deze zin ook Van Schilfgaarde in zijn annotatie (*NJ* 2015, 380), nr. 9 waar hij schrijft dat van het hoofdregelschap van de hoofdregels niet veel over zal blijven.

overeenkomsten geen misbruik hebben gemaakt van hun hoedanigheid noch hem in verwarring hebben gebracht ter zake. Van Ham was daarbij geen partij en overigens, voor zover ik kan nagaan, ten tijde van zijn handelen met de commanditaire vennoten niet op de hoogte van deze overeenkomsten. De strekking van artikel 21 WvK staat dan wat mij betreft aan (onverkorte) toepassing daarvan in de weg. Ik zou de door de Hoge Raad gekozen richting dan ook zo interpreteren dat de commanditaire vennoot het wel heel erg bont moet hebben gemaakt, wil aansprakelijkheid voor alle verbintenissen van de vennootschap in verhouding staan tot de aard en ernst van de overtreding.

In dit kader zij nog verwezen naar de achtergrond van de WBF. Met deze wet werd gestreefd naar een doelmatige en praktische aanpak van de misbruikproblematiek, alsook naar evenredigheid tussen de maatregelen en de te bestrijden misstanden.[245] Zoals aangegeven gold de voorkoming van roekeloos handelen onder dekking van beperkte aansprakelijkheid als een dergelijke misstand en vormt dat ook één van de rechtsgronden voor het bestuursverbod. Bij het concipiëren van de WBF heeft de wetgever deze evenredigheid onder meer tot uitdrukking laten komen door de aansprakelijkheid van bestuurders te beperken tot het geval van faillissement van de vennootschap én waarbij sprake is geweest van onbehoorlijk bestuur, dat een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement, terwijl de omvang van de aansprakelijkheid is beperkt tot het boedeltekort en aan de rechter een bevoegdheid tot matiging is toegekend.[246] In dat licht zou ik menen dat thans nog maar zeer beperkt plaats is voor een onverkorte toepassing van de sanctie van artikel 21 WvK.

6.4.2.3.2 (On)gerechtvaardigde sanctie

Die sanctie dient zelfs achterwege te blijven indien en voor zover zij door het handelen van de commanditaire vennoot niet of niet ten volle wordt gerechtvaardigd. Waaraan moeten wij dan denken? Het lijkt erop dat, gezien de verwijzing van A-G Timmerman,[247] de Hoge Raad zijn inspiratie voor deze zinsnede ontleent aan het

245 *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 2 (MvT).

246 Vgl. *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 4 (MvT) voor het vereiste van onbehoorlijk bestuur: 'Het zou uiteraard te ver gaan, in elk geval van faillissement van een vennootschap als het ware ervan uit te gaan, dat onbehoorlijk bestuur daartoe heeft geleid'; p. 4-5 over de belangrijke oorzaak van het faillissement: 'Het gaat er immers niet om, de bestuurders persoonlijk voor het gehele tekort aansprakelijk te maken wegens het enkele feit van het onbehoorlijk bestuur, ook al heeft dit niet tot het faillissement geleid.'; p. 5 over het matigingsrecht: 'Het is niet redelijk de bestuurder aansprakelijk te stelen voor een hoger bedrag dan de schade die door het onbehoorlijk bestuur kan zijn ontstaan.' En 'Er kan voorts aanleiding zijn om rekening te houden met de tijd waarin de tekortkomingen van het bestuur zijn geschied, wanneer het gaat om de aansprakelijkheid van een nieuwe of gewezen bestuurder.'; p. 6 over de drie-jaarstermijn van artikel 2:248 (138) BW: 'Zou die beperking in de tijd niet worden genoemd, dan zou de werking van het artikel voor bestuurders (en gewezen bestuurders) al te bezwaarlijk kunnen worden.'

247 Zie de conclusie, overweging 3.17.

de inmiddels ingetrokken[248] wetsvoorstellen tot vaststelling en invoering van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek (hierna: 'Wetsvoorstel'). Gelet op voorgaande alinea zij hier opgemerkt dat de sanctie in het Wetsvoorstel zich beperkte tot een hoofdelijke verbondenheid van de commanditaire vennoot voor de verbintenissen van de vennootschap die ten tijde van zijn handelen of daarna zijn ontstaan, en dus niet, zoals naar geldend recht, óók voor verbintenissen die voor dat handelen waren ontstaan.[249] Bovendien maakte het bestuursverbod daarin plaats voor twee benoemde gevallen waarin de commanditaire vennoot aansprakelijk zou kunnen zijn, namelijk (i) een, al dan niet krachtens volmacht, handelen in naam van de vennootschap of (ii) het door zijn handelen uitoefenen van een beslissende invloed op het optreden door de besturende vennoten namens de vennootschap.[250] In het Wetsvoorstel bepaalde artikel 7:837 lid 2 BW dat de commanditaire vennoot niet aansprakelijk is indien 'zijn handelen deze verbondenheid niet of niet ten volle rechtvaardigt.' A-G Timmerman citeert daarbij de volgende toelichting: 'Omdat er gevallen zijn dat een handelen van de commanditair in naam van de vennootschap onder omstandigheden zeer weinig impact heeft of positief te waarderen valt omdat in het belang van de vennootschap niet lang met zodanig handelen kon worden gewacht, is aan de bepaling toegevoegd dat de bedoelde verbondenheid er niet of niet ten volle is indien zijn handelen een dergelijke verbondenheid niet rechtvaardigt. (…) Door deze toevoeging wordt aan de rechter de mogelijkheid geboden de sanctiebepaling onder bijzondere omstandigheden buiten toepassing te laten of de toepassing ervan te verzachten.'[251] Dit overigens in tegenstelling tot het Franse model, waarin de aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot zich in beginsel beperkt tot verbintenissen die door zijn handelen zijn ontstaan en de rechter deze aansprakelijkheid kan uitbreiden tot alle of enkele schulden van de vennootschap, afhankelijk van het aantal of de ernst van de door hem verrichte handelingen.[252]

Buiten de door A-G Timmerman geciteerde toelichting bij het voorgestelde artikel 7:837 lid 2 BW zijn nauwelijks aanknopingspunten te vinden om tot een interpretatie te komen van de handelingen die een overtreding van het bestuursverbod door de commanditaire vennoot zouden rechtvaardigen. Laat ik vooropstellen dat het handelen van de commanditaire vennoot de sanctie van artikel 21 WvK kennelijk *ten volle* moet rechtvaardigen. Daaruit blijkt mijns inziens dat de Hoge Raad af wil van een onverkorte toepassing van de sanctie. Er moet, met andere woorden, niet

248 *Kamerstukken II* 2011/12, 28 746, nr. 7 (brief van de minister van V&J).
249 Zie hierover Asser/Van Olffen 7-VII* 2010/376.
250 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 746, nr. 1/2, p. 13; voor wat betreft een overtreding van het naamvoeringsverbod beperkte de aansprakelijkheid zich tot de verbintenissen van de vennootschap ontstaan in de periode dat de naam van de commanditaire vennoot in de vennootschapsnaam werd gebezigd, zie het voorgestelde artikel 7:837 lid 3 BW.
251 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 746, nr. 3, p. 76-77.
252 Zie hierover Asser/Van Olffen 7-VII* 2010/376 en Tervoort 2013, p. 113-115.

meer te snel tot aansprakelijkheid worden geconcludeerd. Om in termen van bestuurdersaansprakelijkheid te spreken, lijkt het erop dat thans een hoge(re) drempel voor aansprakelijkheid wordt opgeworpen. Vorenbedoelde toelichting wekt echter een andere indruk: er kunnen bijzondere omstandigheden zijn, die maken dat onverkorte toepassing van de sanctie niet gerechtvaardigd is en dus achterwege moet blijven. Ogenschijnlijk dient dus alleen in uitzonderingsgevallen aansprakelijkheid achterwege te blijven. Tussen beide interpretaties zit een wereld van verschil. Ofwel er geldt een hoge drempel en dan zou aansprakelijkheid de uitzondering op de regel vormen,[253] ofwel aansprakelijkheid is de hoofdregel en er geldt – als het ware – een (relatief) hoge drempel voor de commanditaire vennoot om daaraan te ontkomen. Volgens mij moet deze laatste interpretatie als geldend recht worden beschouwd, mede gelet op het feit dat de Hoge Raad artikel 21 WvK nog steeds een punitief karakter toedicht en de onverkorte toepassing daarvan als hoofdregel aanmerkt, althans in ieder geval vooropstelt bij zijn overwegingen in het *Katterug*-arrest. Daar komt bij dat, gelet op de verdeling van bewijslast, wanneer de commanditaire vennoot geen of onvoldoende omstandigheden stelt op grond waarvan de rechter een onverkorte toepassing van artikel 21 WvK niet gerechtvaardigd kan achten, de aansprakelijkheid de commanditaire vennoot in haar volle omvang zal treffen.

In de parlementaire geschiedenis wordt bij voornoemd citaat verwezen naar de hiervoor al aangehaalde werken van Westbroek[254] en Mendel & Mohr.[255] Zoals we zagen acht Westbroek aansprakelijkheid niet gerechtvaardigd in het geval dat, kort gezegd, sprake is van een plotselinge desastreuze ontwikkeling, terwijl de beherende vennoot niet is te bereiken, en de commanditaire vennoot vervolgens een aantal ondubbelzinnige beheersdaden verricht en uitvoert. Daarbij handelt de commanditaire vennoot volgens hem niet alleen in zijn eigen belang, maar ook in het belang van de schuldeisers.[256] Mendel & Mohr verwijzen naar de redelijkheid en billijkheid als bedoeld in artikel 6:2 BW, op grond van welk criterium onder bijzondere omstandigheden een beroep op artikel 21 WvK kan worden afgewezen. Zij spreken van een (zeer) restrictief te hanteren criterium, 'zodat te vrezen valt dat op basis daarvan zelfs een commanditair die redelijk en sympathiek gehandeld heeft, de dans in de regel toch niet zal ontspringen.'[257] De door mij hiervoor geformuleerde opvatting sluit daarbij

253 Vgl. HR 8 december 2008, *NJ* 2006, 659 (*Ontvanger/Roelofsen*) waarin de Hoge Raad aansprakelijkheid van bestuurders op grond van artikel 6:162 BW neerzet als een uitzondering op de hoofdregel dat alleen de vennootschap door haar schuldeisers kan worden aangesproken.

254 Westbroek 1988.

255 Mendel & Mohr 2000.

256 Westbroek 1988, p. 406-407.

257 Mendel & Mohr 2000, p. 297; in de parlementaire geschiedenis wordt overigens niet verwezen naar de twee voorbeelden van gevallen waarin volgens de auteurs de toepassing van artikel 21 WvK tot onbillijkheid leidt, zie p. 293. Zij noemen (i) Een leverancier die een grote en onbetwiste vordering heeft op een CV ontvangt door laksheid van de beherende vennoot alsmaar geen betaling. Op het moment dat deze leverancier daadwerkelijk failliet dreigt te gaan, grijpt de commanditaire vennoot

aan. De situaties waar deze auteurs aan denken, en waaraan dus ook bij het Wetsvoorstel is gedacht, laten zien dat aansprakelijkheid slechts in uitzonderlijke gevallen achterwege kan blijven. Op zichzelf is daarmee nog geen man overboord, nu de feitelijke matigingsbevoegdheid[258] die aan de rechter wordt toegekend om de gevolgen van artikel 21 WvK te beperken, de aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot in aanzienlijke mate kan verlichten en een proportionele toepassing van deze bepaling de onbillijke gevolgen kan uitvlakken.

De Wit, Broos en Van Nijnatten menen dat ook het geval waarin wordt gehandeld uit zaakwaarneming in een noodgeval, bijvoorbeeld ter voorkoming van waterschade bij overstroming, als uitzondering zou kunnen worden aangemerkt.[259] Naar geldend recht kan zaakwaarneming tot gebondenheid van de vennootschap leiden, met dien verstande dat de commanditaire vennoot niettemin ingevolge artikel 21 WvK aansprakelijk is als hij uit dien hoofde handelt.[260] Zoals gezegd is van zaakwaarneming sprake wanneer iemand op redelijke grond een handeling stelt, met de bedoeling daardoor de belangen van een ander voor diens rekening en risico te behartigen, zonder de bevoegdheid daartoe aan een rechtshandeling of aan de wet te ontlenen.[261] Ik zou de toepassing van dit leerstuk in het kader van de aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot niet willen beperken tot situaties waarin sprake is van een noodgeval. Zaakwaarneming vereist immers het bestaan van een *redelijke grond*, welk vereiste een ruimere strekking heeft. Het uitzonderingskarakter van dit leerstuk, verlangt de aanwezigheid van een bijzondere omstandigheid ter rechtvaardiging van de handelwijze; de noodzakelijkheid zit daarin verdisconteerd, maar van een noodgeval behoeft volgens mij geen sprake te zijn.[262] Het hiervoor aangehaalde voorbeeld van Westbroek levert mijns inziens een dergelijke redelijke grond op. Dat de commanditaire vennoot mogelijk mede in zijn eigen belang handelt, zoals Westbroek (terecht) aangeeft, staat aan de toepassing van het leerstuk van zaakwaarneming niet

in en geeft de bank van de CV opdracht de leverancier te betalen; en (ii) twee beherende vennoten en een commanditaire vennoot zitten tegen lunchtijd bijeen. Zij zijn somber gestemd over de gang van zaken in hun onderneming. De commanditaire vennoot biedt aan om ter vertroosting broodjes te halen bij de naburige bakkerij en hij laat deze broodjes 'opschrijven' op naam van de CV; vgl. in dit verband ook het voorbeeld van De Wit, Broos & Van Nijnatten 2007, p. 189-188; zie ik het goed, dan zou volgens Stokkermans 2017, p. 313 op grond van *Katterug*-arrest in beide gevallen niet tot aansprakelijkheid geoordeeld moeten worden, omdat geen sprake is van een overtreding van artikel 20 WvK. Dat lijkt mij niet juist, want er steeds sprake van een vertegenwoordigingshandeling. Wat mij betreft geldt in deze gevallen dat toepassing van artikel 21 WvK niet is gerechtvaardigd, omdat sprake is van handelingen met zeer weinig impact respectievelijk die positief zijn te waarderen.

258 Ook Zaman 2007, par. 9 heeft het over een matigingsbevoegdheid van de rechter.

259 De Wit, Broos & Van Nijnatten 2007, p. 188.

260 Zie hiervoor paragraaf 6.2.3.

261 Artikel 6:198 BW waarover Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/392.

262 Zie in dit verband Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/400.

in de weg.[263] Wat de commanditaire vennoot mijns inziens kan doen, is – in gevallen waarin sprake is van zaakwaarneming – verbintenissen van de vennootschap voldoen. Artikel 3:35 BW maakt de bevrijdende betaling van een schuld door een ander, in dit geval de commanditaire vennoot, mogelijk. Een dergelijke betaling kwalificeert als zaakwaarneming.[264] De commanditaire vennoot handelt daarbij niet *namens de vennootschap*, maar in feite wel voor rekening en risico van de vennootschap.[265] Van de in artikel 6:198 BW genoemde uitzondering, namelijk het ontlenen van de bevoegdheid tot betaling aan een rechtshandeling of een elders in de wet geregelde rechtsverhouding, is mijns inziens geen sprake. Bij de hier bedoelde rechtshandeling die tot een schuld van de vennootschap heeft geleid, is de commanditaire vennoot geen partij. Als gewone vennoten een schuld aangaan, is de commanditaire vennoot immers niet (extern) gebonden. Volgens mij laat het *Katterug*-arrest zodoende voor de commanditaire vennoot de mogelijkheid open om in geval van zaakwaarneming te handelen, zonder dat hij daardoor aansprakelijk wordt op grond van artikel 21 WvK.

Ten slotte nog iets over het door de commanditaire vennoot te behartigen belang. In geval van zaakwaarneming behartigt de commanditaire vennoot het belang van de vennootschap, althans (ook) het belang van de gewone vennoten. Los van de toepasselijkheid van dit leerstuk, *handelt* de commanditaire vennoot tevens in belang van de schuldeiser die graag zijn vordering voldaan ziet worden. Ook Westbroek heeft in voornoemd voorbeeld het belang van de schuldeiser bij betaling op het oog. Blijkens de hiervoor aangehaalde toelichting bij het voorgestelde artikel 7:837 BW is het schuldeisersbelang niet per se hetgeen de wetgever op het oog had toen werd gedacht aan een handelen van de commanditaire vennoot ten aanzien waarvan de toepassing van artikel 21 WvK niet of niet ten volle is gerechtvaardigd. In de parlementaire geschiedenis heeft de wetgever het immers over een handelen dat zeer weinig impact heeft 'of positief te waarderen valt omdat in het belang van de vennootschap [onderstreping JN] niet langer met zodanig handelen kon worden gewacht'.[266] Uit het arrest *Stichting Participanten Warmond/Lexence* weten we dat het belang van de commanditaire vennootschap bestaat uit het gezamenlijke belang van de vennoten, waaronder zowel de beherend als de commanditaire vennoten zijn te verstaan.[267] Daar komt het ondernemingsbelang bij indien aan de CV een onderneming is verbonden.[268] Volgens Blanco Fernández is het vennootschapsbelang niet zozeer het

263 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/394, waaruit volgt dat dezelfde handeling waardoor iemand het belang van een ander waarneemt, kan tevens strekken tot behartiging van de persoonlijke belangen van de commanditaire vennoot.

264 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/393.

265 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/411.

266 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 746, nr. 3, p. 76-77, onderstreping JN.

267 HR 22 september 2017, *NJ* 2017, 395, m.nt. Van Schilfgaarde, r.o. 3.5.4.

268 Vgl. Stokkermans in zijn annotatie bij HR 22 september 2017 in *Ondernemingsrecht* 2017, 149.

gezamenlijke belang van de vennoten, als wel het legitieme belang van de vennoten.[269] Wat hier volgens mij niet onder moet worden verstaan is het vennootschappelijk belang dat wij kennen uit Boek 2 BW.[270] Transponeren wij de in de parlementaire geschiedenis gegeven toelichting echter naar het voorbeeld van Westbroek, dan zou dat tot de conclusie moeten leiden dat – bij gebrek aan een handelen in het belang van de vennootschap – geen sprake is van een uitzonderlijk geval dat aan de toepassing van artikel 21 WvK in de weg staat. Die uitkomst lijkt mij uiterst onwenselijk. Onder omstandigheden zou het ook mogelijk moeten zijn dat de commanditaire vennoot mag handelen, zonder aansprakelijkheid te hoeven vrezen, in het belang van schuldeisers zonder dat daarbij sprake is van een concreet belang van de vennootschap. Een dergelijke uitleg doet juist recht aan het antimisbruikkarakter van de bepaling, dat zich ook laat vertalen tot de voorkoming van de benadeling van schuldeisers. Het strookt bovendien met het feit dat benadeling van schuldeisers bij de kapitaalvennootschappen de voornaamste grond voor bestuurdersaansprakelijkheid vormt. Het handelen in het belang van de schuldeisers is, zeker wanneer de vennootschap in financiële moeilijkheden verkeert, juist toe te juichen en zou niet moeten worden ontmoedigd door de vrees voor aansprakelijkheid.

6.5 De commanditaire vennoot als (mede)beleidsbepaler

Bij de beantwoording van de vraag wat nu de reikwijdte van het bestuursverbod is, kwam een vergelijking met de (mede)beleidsbepaler al even aan de orde. Op deze plaats ga ik daar graag dieper op in. Mohr en Meijers stellen in dit verband dat het bestuursverbod niet moet worden opgevat als een verbod op medebeleidsbepaling. Zij menen dat interne zeggenschap nooit zover kan gaan dat de commanditaire vennoot een beherend vennoot zou kunnen dwingen om verplichtingen aan te gaan of zaken te doen, die zij zelf in het licht van hun hoofdelijke aansprakelijkheid niet verantwoord achten. De beherend vennoten zullen volgens hen niet bereid zijn als stromannen voor de commanditaire vennoot handelingen te verrichten.[271] Het stromannen-argument was de voornaamste reden voor de introductie van de (mede)beleidsbepaler in de WBA en WBF. Mohr en Meijers wijzen echter op een belangrijk verschil tussen de bestuurders van rechtspersonen en de beherend vennoten van de personenvennootschap, namelijk dat de BV zich vooral leende voor misbruik, omdat de bestuurders die bereid waren als stroman te fungeren, geen risico op persoonlijke aansprakelijkheid liepen.[272] Het verschil zit er mijns inziens in dat de bestuurders van rechtspersonen niet *ab initio* persoonlijk aansprakelijk zijn, maar

269 Zie zijn noot bij HR 22 september 2017, *NJ* 2017, 395 (*Stichting Participanten Warmond/Lexence*) in *JOR* 2017, 285.
270 Waarover paragraaf 3.6.3.3.2; vgl. Meijers 1996, p. 138-145.
271 Mohr/Meijers 2018, p. 155.
272 Mohr/Meijers 2018, p. 155.

dat risico wel degelijk lopen, terwijl de beherend vennoten ingevolge artikel 18 WvK steeds hoofdelijk verbonden zijn voor de vennootschapsschulden. Hoe het ook zij, Mohr en Meijers overtuigen hier niet. Als de beherend vennoten onvermogend zijn, kunnen zij tot in het oneindige worden aangesproken maar bieden zij geen verhaal. Ik acht het zeer wel mogelijk dat de kwaadwillende commanditaire vennoot een meelijwekkende persoon weet te strikken die voor hem als beherend vennoot wil fungeren tegen een vergoeding die niet rechtstreeks in het vermogen van laatstgenoemde valt. Iets anders dan louter interne beleidsbemoeienis of het medebepalen van het beleid is mijns inziens de *feitelijke* mogelijkheid voor de commanditaire vennoot om de gewone vennoten aan te sturen en die handelingen (voor hem) te laten verrichten, die hem, zou hij het zelf doen, ingevolge artikel 20 en 21 WvK aansprakelijk zouden doen zijn. Een dergelijke mogelijkheid bestaat als de commanditaire vennoot een beslissende invloed[273] heeft op het operationeel management[274] dan wel *op de beherende vennoten* ter zake, doch niet zozeer als hij slechts mede het beleid bepaalt binnen de grenzen van de interne besluitvorming. In een dergelijke situatie is de beherend vennoot slechts een willoos werktuig van de commanditaire vennoot; een marionet zo men wil.

Leent de aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot zich dan voor convergentie met de (mede)beleidsbepaler zoals wij die kennen uit onder meer de WBA en WBF? Deze antimisbruikwetgeving was voor verschillende auteurs aanleiding om een verband te leggen tussen de daarin geïntroduceerde (mede)beleidsbepaler en de aansprakelijkheidspositie van de commanditaire vennoot.[275] Schwarz & Van der Ploeg meenden toen dat het optreden als beleidsbepaler als ware men bestuurder niet samenvalt met het extern optreden, dat de commanditaire vennoot huns inziens – zij hangen vorenbedoelde enge leer aan – op grond van artikel 20 lid 2 WvK verboden is.[276] Men bedenke dat de door de wetgever voorgestane uitleg van het begrip (mede)beleidsbepaler, namelijk dat enkel een grote of zelfs doorslaggevende invloed op het bestuursbeleid voor een kwalificatie als zodanig onvoldoende is,[277] met zich brengt dat ook een intern overheersende invloed op zichzelf niet tot de kwalificatie als (mede)beleidsbepaler zou kunnen leiden. De commanditaire vennoot moet daartoe, in de woorden van de WBA en WBF, daadwerkelijk de bestuurstaak uitoefenen. Wezeman rekende daarentegen wel tot de reikwijdte van artikel 20 en 21 WvK het geval waarin de commanditaire vennoot, zonder dat daarvan naar buiten blijkt, een beslissende invloed heeft op het beheer van de vennootschap en in

273 Vgl. Heyman 1988, p. 11 die het heeft over invloed van doorslaggevende betekenis.
274 In deze in Stokkermans 2017, p. 313.
275 Zie de verwijzingen in Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/371; Schwarz & Van der Ploeg 1986, p. 647-649; Westbroek 1988, p. 408;
276 Schwarz & Van der Ploeg, p. 648.
277 *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 6 (MvT).

feite als een bedrijfsleider moet worden beschouwd, terwijl de beherende vennoot slechts de instructies van de commanditair heeft op te volgen.[278]

Die gedachte werd ook geventileerd naar aanleiding van het Wetsvoorstel, waaraan hiervoor werd gerefereerd. In dit Wetsvoorstel was de commanditaire vennoot uitgesloten van de bevoegdheid tot het verrichten van rechtshandelingen namens de vennootschap en kon hij geen 'besturend vennoot' zijn.[279] Zijn beperkte aansprakelijkheid lag daaraan ten grondslag en de huidige ratio bij het bestuursverbod, voorkomen dat bij de derden een onjuiste indruk wordt gewekt over de hoedanigheid en roekeloos handelen ontmoedigen, werd overgenomen. De wetgever wilde met een nieuwe regeling van het bestuursverbod duidelijkheid verschaffen over de reikwijdte van het bestuursverbod: valt daaronder alleen extern optreden (in naam van de vennootschap), of onder omstandigheden ook een intern overheersend optreden dat zijn weerslag heeft op het (naar buiten) optreden van de vennootschap?[280] Hierbij valt op dat de wetgever al enige nuancering aanbrengt door slechts het interne optreden *met extern effect* tot de discussie over de reikwijdte te rekenen. In de voorgestelde regeling werd het verbod op handelen van de commanditaire vennoot *in naam van de vennootschap*, al dan niet krachtens volmacht, gehandhaafd. Daarnaast werd het de commanditaire vennoot verboden om door zijn handelen een beslissende invloed uit te oefenen op het optreden door de besturende vennoten namens de vennootschap. Daarbij werd gedacht aan de (misbruik-)situatie waarin de positie van de besturende vennoten wordt uitgehold tot die van stromannen die bij hun optreden naar buiten volledig naar de pijpen van de commanditair(en) moeten dansen. Het ging de wetgever kennelijk slechts om een beslissende invloed op het (actieve) optreden van de besturende vennoten. Niettemin kon de commanditaire vennoot dan medezeggenschap hebben binnen de vennootschap en zelfs op beslissende wijze, zolang het dan om een *beletten* van een externe handeling van de besturende vennoten zou gaan. In feite werd beoogd de commanditaire vennoot te verbieden om *actief* te besturen, namelijk door de besturende vennoten te 'noodzaken' tot extern handelen of optreden.[281] Tot aansprakelijkheid op basis van dit criterium zou het waarschijnlijk niet vaak komen, gelet op de onbewijsbaarheid daarvan voor de schuldeiser.[282] Deze regeling betreffende de aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot kon niet op veel steun rekenen.[283]

278 Wezeman 1986, p. 654, zulks in navolging van de door Maeijer in de Asser-serie verdedigde opvatting.
279 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 746, nr. 3, p. 74 (MvT).
280 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 746, nr. 3, p. 75 (MvT).
281 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 746, nr. 3, p. 76 (MvT).
282 Zie in dit verband Schwarz 2008.
283 Zie daarover Tervoort 2013, p. 93-96 met verwijzingen.

Het Wetsvoorstel beschouwend, stelde Dortmond voor meer aansluiting te zoeken bij Boek 2 BW. Hoewel ook daar het begrip besturen niet is gedefinieerd, blijkt uit diverse bepalingen wel wat daaronder niet valt. Hij noemt het NV-instructierecht (artikel 2:129 lid 4 BW)[284] en het goedkeuren van bepaalde bestuurshandelingen (artikel 2:151 lid 2 BW), terwijl hij artikel 2:138 lid 7 BW als een kapstok aanduidt.[285] Dortmond stelde voor de aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot te koppelen aan het handelen in naam van de vennootschap of het bepalen of mede bepalen van het beleid, als ware hij besturend vennoot, met dien verstande dat het verlenen van goedkeuring, instemming en het geven van aanwijzingen over de algemene lijnen van het beleid niet als zodanig moesten worden aangemerkt. Overigens beoogde hij een reikwijdte van het (mede)beleidsbepalerschap voorbij de commanditaire vennoot, maar in feite voor eenieder die zich binnen de CV als zodanig zou gedragen en niet reeds hoofdelijk aansprakelijk was voor haar verbintenissen. Dortmond knoopte uitdrukkelijk aan bij de toekenning van bevoegdheden in de NV en BV.[286] Wordt binnen die competentie gehandeld, dan heeft de commanditaire vennoot zijns inziens geen aansprakelijkheid te duchten.[287] Galjaart achtte het eveneens wenselijk om in aanvulling op de bepalingen in het Wetsvoorstel een met artikel 2:248 (138) BW vergelijkbare bepaling op te nemen, zodat een commanditaire vennoot die (mede) beleidsbepaler is geweest, bij het faillissement van de commanditaire vennootschap hoofdelijk aansprakelijk wordt jegens de boedel voor de vennootschapsschulden die niet uit het vennootschapsvermogen kunnen worden voldaan.[288] Ook Van Olffen sprak zich uit voor convergentie in deze zin. Zijns inziens verdient het aanbeveling om begrippen te gebruiken die ons al langer bekend zijn uit de literatuur en rechtspraak.[289] Stokkermans pleit thans zelfs voor een analogische toepassing van artikel 2:248 (138) BW op de CV, waardoor zijns inziens de externe bestuurdersaansprakelijkheid voor commanditaire vennoten op het huidige niveau kan worden gehouden, en welke mogelijkheid reeds door het *Katterug*-arrest wordt geboden.[290]

Van Mourik is kritisch over het betoog van Dortmond. Hij vraagt zich af of 'het beleid (mede) bepalen' objectief zichtbaarder is dan de uitoefening van 'beslissende invloed'. Bovendien meent hij dat 'het bepalen van het beleid' veel ruimer

284 Deze bevoegdheid is beperkter in reikwijdte dan het instructierecht de BV, nu aanwijzingen slechts kunnen worden gegeven die de algemene lijnen van het te voeren beleid op nader in de statuten aan te geven terreinen betreffen.

285 Ook Meijeren 2009, verwijst voor het invullen van het criterium in het Wetsvoorstel naar de ervaring die is opgedaan met artikel 2:248 lid 7; Geradts 2004, p. 17-18 doet dat met betrekking tot de thans geldende wetsbepaling, evenzo Meijers 1997.

286 Zoals deze bevoegdheden binnen de NV en BV aan andere organen dan het bestuur kunnen worden toegekend.

287 Dortmond 2003, p. 104-107.

288 Galjaart 2003, p. 66.

289 Van Olffen 2012, p. 254.

290 Stokkermans 2017, p. 310-312 en Stokkermans 2017a, nr. 20.3; zie ook zijn noot bij het *Distriport*-arrest (HR 4 november 2016) in *Ondernemingsrecht* 2017, 8; vgl. ook Westbroek 1988, p. 408-409.

en abstracter is dan 'beslissende invloed uitoefenen op het optreden' door een beherend vennoot.[291] Ook Tervoort is van mening dat het gebruik van het begrip (mede) beleidsbepaler, ter afbakening van de handelingen die de commanditaire vennoot wel of niet zijn toegestaan, om twee redenen géén aanbeveling verdient. Ten eerste vraagt hij zich af of het gebruik van dit begrip wel kan voorzien in de vereiste afbakening. Zijns inziens geldt ten aanzien van de commanditaire vennoot niet alleen een verbod op zich extern manifesterende handelingen, maar ook op die intern gerichte handelingen die zijn aan te merken als een instructie aan de beherend vennoot, waardoor de beherend vennoot feitelijk of juridisch geen andere keuze heeft dan een dergelijke instructie op te volgen. De uitleg die thans in de rechtspraak en literatuur aan het begrip (mede)beleidsbepalen in de zin van artikel 2:248 (138) lid 7 BW wordt gegeven, heeft volgens Tervoort echter een te ruime strekking.[292] Gebruik van dit begrip zou leiden tot een te ver gaande beperking van hetgeen de commanditaire vennoot thans is geoorloofd.[293] Daarom zou dat zijns inziens alleen zinvol zijn als wordt aangenomen dat het begrip voor wat betreft de commanditaire vennoot een andere, striktere betekenis zou hebben. Ten tweede acht hij het gebruik van dit begrip minder geschikt gelet op het intreden en de omvang van de aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot in vergelijking met de (mede)beleidsbepaler bij de kapitaalvennootschap. Artikel 2:248 (138) BW is immers slechts van toepassing in geval van faillissement van de vennootschap en voor aansprakelijkheid is naast een kwalificatie als (mede)beleidsbepaler vereist dat sprake is van een onbehoorlijke taakvervulling die een belangrijke oorzaak van het faillissement vormt. De omvang van aansprakelijkheid is beperkt tot het boedeltekort, terwijl de rechter een matiging kan toepassen. Tervoort meent dan ook dat de aansprakelijkheid die op een commanditaire vennoot komt te rusten bij overtreding van het bestuursverbod aanzienlijk zwaarder is dan het lot dat de (mede)beleidsbepaler treft.[294]

Het laatste argument van Tervoort heeft mijns inziens enigszins aan kracht verloren naar aanleiding van het *Katterug*-arrest. Echter, niet in de mate die Stokkermans ons voorhoudt. Hij schrijft: 'ook voor andere aspecten van de aansprakelijkheid van een commanditaire vennoot (verboden gedragingen, bewijslastverdeling, omvang aansprakelijkheid) kan bij de feitelijk beleidsbepaler van een BV worden aangesloten. In deze benadering zit heel artikel 2:248 BW (analogisch) in de aansprakelijkheidssanctie van artikel 21 WvK "ingebakken".'[295] Thans *kan* de aansprakelijkheid van een commanditaire vennoot beperkter van omvang zijn, maar daarvoor zal hij bijzondere omstandigheden moeten aanvoeren, terwijl het vervolgens aan de rechter is om te bepalen of en in hoeverre die omvang wordt beperkt. Voorts hangt deze sanctie

291 Van Mourik 2003, p. 150-151.
292 Tervoort 2013, p. 242.
293 Tervoort 2013, p. 259.
294 Tervoort 2013, p. 242-243.
295 Stokkermans 2017, p. 311.

steeds als een zwaard van Damocles boven zijn hoofd, terwijl de (mede)beleidsbepaler in beginsel slechts aansprakelijkheid heeft te vrezen als de vennootschap is gefailleerd of – en dat laat Tervoort buiten beschouwing – belastingschulden/pensioenpremies onbetaald zijn gebleven, dan wel van een actieve betrokkenheid sprake is in de gevallen als bedoeld in artikel 2:207, 208 en 216 BW. Zoals ik hiervoor schreef, kan de aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW hiermee niet zonder meer op één lijn worden gesteld. Bovendien vereist artikel 21 WvK slechts een verwijt ter zake het handelen van de commanditaire vennoot, dat in sommige gevallen gerechtvaardigd kan zijn, terwijl de (mede)beleidsbepaler volledig wordt gelijkgesteld aan een bestuurder. Hij kan aan aansprakelijkheid ontkomen als een onbehoorlijke taakvervulling niet komt vast te staan. Dat vraagt niet zozeer een beoordeling van het handelen an sich, als wel de wijze waarop dat handelen heeft plaatsgevonden. De WBAen WBF beperken zich voorts tot een periode van drie jaar voor de melding van betalingsonmacht respectievelijk het faillissement van de vennootschap. Ieder handelen van de commanditaire vennoot dat in strijd met artikel 20 WvK plaatsvindt, kan tot zijn aansprakelijkheid leiden, ongeacht wanneer dat handelen plaatsvond. Ten slotte is ook de matigingsbevoegdheid niet geheel gelijk. Bij de toepassing van de WBA rust die bevoegdheid bij de Ontvanger, terwijl de WBF matiging aan de rechter overlaat en slechts in een beperkt aantal gevallen toestaat. Matiging van de aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot vereist (nog) nauwelijks geconcretiseerde bijzondere omstandigheden. De overeenkomst is hier met name gelegen in de omstandigheid dat de rechter ter zake een discretionaire bevoegdheid wordt toegekend. Het moge duidelijk zijn dat, ondanks het *Katterug*-arrest, artikel 21 WvK wezenlijk verschilt van de bestuurdersaansprakelijkheidsregelingen bij kapitaalvennootschappen en een convergentie zich moeilijk laat voorstellen.

Wat zowel Van Mourik als Tervoort mijns inziens terecht naar voren brengen, is de discrepantie tussen de betekenis van het begrip (mede)beleidsbepaler enerzijds en het handelen van de commanditaire vennoot dat strijdig is met artikel 20 lid 2 WvK anderzijds. Om met een simpel voorbeeld te beginnen: (mede)beleidsbepalers kunnen de vennootschap vertegenwoordigen, al dan niet krachtens een uitdrukkelijke volmacht. Bovendien leidt die bevoegdheid op zichzelf niet tot de kwalificatie als (mede)beleidsbepaler.[296] Daarvoor is vereist dat de (mede)beleidsbepaler *daadwerkelijk* de bestuurstaak heeft uitgeoefend. En hoewel ook één enkele handeling tot die conclusie kan leiden, zal het in de regel steeds gaan om verschillende feiten en omstandigheden die tezamen de kwalificatie als (mede)beleidsbepaler rechtvaardigen. Met de introductie van de (mede)beleidsbepalende figuur heeft de wetgever ook geen ruime aansprakelijkheid beoogd; alleen bijzondere gevallen zouden onder de werking van de bepalingen waarin deze figuur is genoemd moeten vallen. De aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot staat daar haaks op, zo blijkt reeds

296 Vgl. HR 17 november 2006, *JOR* 2007, 7 (*Bonbosch*).

uit de hoofdregels die de Hoge Raad in het *Katterug*-arrest heeft geformuleerd; de reikwijdte is juist ruim, tenzij de commanditaire vennoot bijzondere omstandigheden weet aan te voeren. Ik meen dat er wel sprake is van enige convergentie voor wat betreft de aard van het handelen: voor zowel de kwalificatie als (mede)beleidsbepaler als een overtreding van het bestuursverbod is mijns inziens een actief optreden vereist. Dat alleen acht ik voor convergentie echter onvoldoende; Van Mourik en Tervoort zijn terecht kritisch over de reikwijdte van het (mede)beleidsbepaler-begrip in verhouding tot overtredingen van het bestuursverbod. Zoals ik hiervoor al aanstipte komt daar mijns inziens bij dat schuldeisers in de regel niet of onvoldoende zijn geëquipeerd – in tegenstelling tot de curator of de Ontvanger – om de vereiste feiten en omstandigheden in kaart te brengen die voor de toepassing van artikel 36 IW respectievelijk artikel 2:248 (138) BW zijn vereist. Hoewel dat wat mij betreft geen reden is om interne beleidsbemoeienis categorisch van de reikwijdte van het bestuursverbod uit te sluiten, rijst wel de vraag of het gebruik van het (mede)beleidsbepaler-begrip van enige toegevoegde waarde is om de aansprakelijkheid van commanditaire vennoten te beoordelen. Ik twijfel daar sterk aan en voel er dan ook weinig voor om het ene begrip in te wisselen voor het andere als dat niet leidt tot een oplossing van interpretatieperikelen.

6.6 Modernisering Personenvennootschappen[297]

Tot slot besteed ik in dit hoofdstuk aandacht aan de toekomst die (mogelijk) voor de commanditaire vennoot in het verschiet ligt. In de inleiding beloofde ik dat onder meer te doen aan de hand van het in 2016 verschenen rapport 'Modernisering Personenvennootschappen'. Op 15 juni 2016 werd onder meer de aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot aan de orde gesteld tijdens het congres 'Naar een nieuwe regeling voor de Personenvennootschap' te Amsterdam. Tijdens deze bijeenkomst presenteerde de Werkgroep Personenvennootschappen (hierna: de Werkgroep)[298] haar rapport, dat de aanzet vormt voor een nieuwe wettelijke regeling van de personenvennootschappen.[299] Een aangepast rapport werd vervolgens op 26 september 2016 aan de minister van Veiligheid en Justitie aangeboden (hierna: het Rapport).[300] In het verleden strandden reeds twee initiatieven voor een vernieuwing van de

297 Deze paragraaf is deels een bewerking van Van Nuland 2016.

298 Deze werkgroep, voorgezeten door prof. mr. M. van Olffen, is een particulier initiatief en bestaat uit juristen en fiscalisten uit de praktijk, wetenschap en het bedrijfsleven.

299 Naar aanleiding waarvan Van Olffen e.a. 2016 verscheen; over deze presentatie ook Mathey-Bal 2016a; zie voor een compleet en beknopt overzicht van het Rapport Boschma & Wezeman 2016.

300 Te raadplegen via: www.rijksoverheid.nl, Modernisering Personenvennootschappen, als bijlage bij *Kamerstukken II* 2016/17, 29 752, nr. 2 (brief van de minister van V&J van 9 december 2016) en opgenomen in Van Olffen e.a. 2016.

wettelijke regeling: het voorontwerp Van der Grinten[301] en het hiervoor reeds aangehaalde Wetsvoorstel. De Werkgroep acht het echter niet wenselijk dat nog langer met de huidige, antieke regeling wordt 'voortgeploeterd'.[302] In het kader van de modernisering van het ondernemingsrecht, heeft de minister het Rapport aan de Tweede Kamer toegestuurd.[303] Naar aanleiding daarvan werd op 21 februari 2019 een ambtelijk voorontwerp ter consultatie aangeboden (hierna: het Ambtelijk Voorontwerp).[304]

In deze paragraaf bespreek ik eerst de door de Werkgroep voorgestelde regeling voor de CV in het algemeen en richt ik mij vervolgens in het bijzonder op de aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot.[305] Op die wijze zal ik ook het Ambtelijk Voorontwerp benaderen. Verwijzingen naar artikelen betreffen steeds, tenzij expliciet anders vermeld, de artikelen in het Rapport respectievelijk het Ambtelijk Voorontwerp.

6.6.1 De CV volgens de Werkgroep Personenvennootschappen

De Werkgroep zet in op een regeling die als een spoorboekje kan worden beschouwd, zodat de samenwerking tussen de vennoten wordt vormgegeven, zonder de noodzakelijkheid van een allesomvattende overeenkomst. Aan de andere kant vormt regelend recht het uitgangspunt, zodat maatwerk kan worden geboden als daaraan behoefte bestaat.[306] Verder heeft de Werkgroep ook een gebalanceerde bescherming van crediteuren beoogd, terwijl is getracht onevenredig grote aansprakelijkheidsrisico's aan te pakken en zo bescherming te bieden tegen persoonlijke aansprakelijkheid, teneinde het gebruik van personenvennootschappen te stimuleren.[307]

De overeenkomst tot samenwerking, die is gericht op de uitoefening van een beroep of bedrijf met inbreng door ieder van de vennoten en met het oogmerk voordeel te behalen en dit met elkaar te delen, blijft de basis vormen voor de personenvennootschappen (artikel 1), zo ook en in het bijzonder de *affectio societas*.[308] De CV wordt in artikel 4 beschreven als 'de openbare vennootschap die is gericht op de

301 Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek, vierde gedeelte (Boek 7), 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf 1972.
302 Rapport, p. iv.
303 Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 29 752, nr. 9, p. 22 e.v. (brief van de minister van V&J van 9 december 2016).
304 Te vinden via: https://www.internetconsultatie.nl/moderniseringpersonenvennootschap.
305 Ik merk op dat uit Van Olffen e.a. 2016 blijkt dat in de discussie tijdens het congres noch in de reacties van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht, de KNB en de VOC de aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot niet aan de orde is gesteld; ook Huizink 2016, p. 137-139 gaat daar maar kort op in.
306 Rapport, p. 9-10.
307 Rapport, p. 10 en 67, waarvoor artikel 2 de basis legt.
308 Rapport, p. 71.

uitoefening van een bedrijf bestaande uit een of meer gewone vennoten, die verbonden zijn voor de verbintenissen van de vennootschap en een of meer commanditaire vennoten, die niet verbonden zijn voor de verbintenissen van de vennootschap'.[309] Benadrukt wordt dat de commanditaire vennoot in de eerste plaats vennoot is,[310] die anders dan nu wel wordt geleerd ook enkel arbeid kan inbrengen.[311] De CV verkrijgt rechtspersoonlijkheid door haar inschrijving in het handelsregister (artikel 5 en 6).[312] Krachtens artikel 14 lid 1 wordt de vennootschap door 'de vennoten' gezamenlijk bestuurd.[313] Het begrip 'bestuur' vervangt de thans gebruikte term 'beheer'.[314] De commanditaire vennoot kan dan ook deelhebben aan het bestuur van de vennootschap. Bovendien is deze bepaling van regelend recht (artikel 2), zodat partijen kunnen overeenkomen dat géén van de gewone vennoten belast is met het bestuur. In dat geval zal het bestuur aan een commanditaire vennoot of derde moeten worden opgedragen.[315] De gewone vennoot is desalniettemin voor de verbintenissen van de vennootschap verbonden.[316] Daarnaast rust op de gewone vennoot steeds een administratieplicht, alsmede de verplichting tot het opmaken van een jaarrekening (artikel 15 en 16).[317] De bevoegdheid tot vertegenwoordiging van de vennootschap berust in beginsel ook bij de gewone vennoten (artikel 18 lid 1). Het mandaat van de vennoten wordt, zoals naar huidig recht ook het geval is, ingeperkt door de activiteiten waarop de samenwerking is gericht en waartoe de vennoten zich tegenover elkaar hebben verbonden (artikel 18 lid 2) en kan op gelijke wijze als thans het geval is worden ontnomen of beperkt.[318] De gewone vennoten zijn dwingendrechtelijk naast de vennootschap hoofdelijk verbonden voor de verbintenissen van de vennootschap (artikel 19); de commanditaire vennoot is voor verbintenissen van de vennootschap geheel niet verbonden.[319] Anders dan naar huidig recht wordt evenwel voorgesteld dat de gewone vennoot slechts aansprakelijk is voor verbintenissen aangegaan vanaf zijn toetreding tot de vennootschap (artikel 19 lid 4).[320] Ten aanzien van de uitgetreden vennoot wordt voorgesteld dat rechtsvorderingen tot nakoming van

309 Rapport, p. 47.
310 Rapport, p. 102.
311 Rapport, p. 103.
312 Zie ook Rapport, p. 102-103.
313 Rapport, p. 49.
314 Rapport, p. 85.
315 Rapport, p. 103.
316 Rapport, p. 103, waar wordt verwezen naar HR 6 mei 1966, *NJ* 1966, 287.
317 Rapport, p. 50.
318 Rapport, p. 91 en 92.
319 Met individuele wederpartijen kan over de verbondenheid van de gewone vennoten een andere regeling worden overeengekomen, zoals ook naar huidig recht het geval is, zie Rapport, p. 93; over de commanditaire vennoot, zie Rapport, p. 104.
320 Rapport, p. 97-98; zie voor het huidige recht HR 13 maart 2015, *NJ* 2015, 241, m.nt. Van Schilfgaarde (*Carlande*).

verbintenissen van de vennootschap in ieder geval na vijf jaren zullen zijn verjaard (artikel 19 lid 5).[321]

6.6.1.1 Bijzondere kenmerken van de commanditaire vennoot

Een nadere regeling die ziet op de rechtspositie van de commanditaire vennoot is in de vierde afdeling van het ontwerp bij het Rapport opgenomen. De bijzondere kenmerken zijn verwoord in artikel 22, aan de hand waarvan onmiddellijk duidelijk wordt dat voor de commanditaire vennoot een geheel nieuwe rechtspositie wordt beoogd. Het naamvoeringsverbod wordt geheel afgeschaft.[322] Ook het bestuursverbod wordt afgeschaft en de Werkgroep wenst de commanditaire vennoot bij wijze van volmacht aan het rechtsverkeer te laten deelnemen. Ter voorkoming van misbruik voorziet artikel 22 in een bijzondere aansprakelijkheidsregeling.[323] In de verliezen van de vennootschap draagt hij niet verder bij dan het bedrag van de overeengekomen inbreng (artikel 22 lid 2).[324]

De afschaffing van het bestuursverbod, wordt in het teken van de vertegenwoordiging geplaatst;[325] zoals hiervoor aangegeven is het echter ook mogelijk dat de commanditaire vennoot, zelfs uitsluitend,[326] het bestuur van de CV op zich neemt. Het eerste lid bepaalt dat de commanditaire vennoot géén rechtshandelingen mag verrichten ten name van de vennootschap, tenzij hem daartoe volmacht is verleend.[327] Deze volmacht kan in het algemeen worden verleend, bijvoorbeeld in de overeenkomst van de vennootschap, of incidenteel.[328] De positie van de commanditaire vennoot is zodoende gelijk aan die van een gevolmachtigde:[329] handelt hij onbevoegd, dan is de commanditaire vennoot mogelijk aansprakelijk op grond van artikel 3:70 BW jegens de wederpartij bij de betreffende rechtshandeling. Handelt hij daarentegen bevoegd, dan bindt hij de vennootschap.[330] De regeling laat ook toe dat de commanditaire

321 Rapport, p. 51 en 98-99.
322 Zie Rapport, p. 107 voor de daaraan ten grondslag liggende motivering.
323 Rapport, p. 23 en 68.
324 Rapport, p. 107.
325 Vgl. Rapport, p. 107-108.
326 Met uitzondering van, behoudens een andersluidende regeling, andere handelingen dan die gelet op het doel van de vennootschap tot haar normale werkzaamheden behoren, alsmede handelingen die geen uitstel kunnen lijden (artikel 14 lid 4), zie Rapport, p. 108.
327 Op dit punt wordt aangesloten bij het voorontwerp Van der Grinten, zie Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek, vierde gedeelte (Boek 7), Den Haag: Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf 1972, p. 1113, waarover Tervoort 2013, p. 87-88.
328 Rapport, p. 108.
329 De bepalingen in titel 3 van Boek 3 BW, handelend over de volmacht, vinden buiten het vermogensrecht overeenkomstige toepassing voor zover de aard van de rechtshandeling of de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet (art. 3:79 BW), waardoor de positie van de gevolmachtigde commanditaire vennoot (mede) door deze bepalingen wordt beheerst.
330 Zie artikel 3:66 BW.

vennoot in eigen naam handelt, maar voor rekening van de vennootschap. In dat geval is de commanditaire vennoot weliswaar partij bij de betreffende rechtshandeling, maar komen de voor- en nadelen voor rekening van de vennootschap.[331]

De Werkgroep heeft oog gehad voor de onverantwoorde risico's die de commanditaire vennoot zou kunnen nemen, indien hij de vennootschap kan binden en deelt in haar winsten, terwijl hij daarvoor niet persoonlijk gebonden raakt. Het derde lid bepaalt daarom dat de commanditaire vennoot hoofdelijk aansprakelijk is voor het boedeltekort, indien zijn *handelen krachtens volmacht* een belangrijke oorzaak is van het faillissement.[332] De formulering van artikel 22 lid 3 is ontleend aan artikel 2:248 (138) lid 1 BW. Jurisprudentie bij deze laatste bepaling kan dan ook waar zinvol worden gebruikt voor de uitleg van artikel 22 lid 3, aldus de Werkgroep.[333] In lijn met artikel 2:248 (138) BW wordt in artikel 22 lid 4 aan de rechter een matigingsbevoegdheid toegekend, waarbij aansluiting is gezocht bij het hiervoor besproken arrest van de Hoge Raad van 29 mei 2015.[334] De rechter kan het bedrag waarvoor een commanditaire vennoot aansprakelijk is, verminderen indien hem dit bovenmatig voorkomt, gelet op de aard en de ernst van het handelen door de commanditaire vennoot, de andere oorzaken van het faillissement, alsmede de wijze waarop dit is afgewikkeld. Ten slotte bepaalt lid 6 dat van het eerste lid en de leden 3 tot en met 5 niet kan worden afgeweken.[335]

Hierna zal ik nader ingegaan op de strekking en de reikwijdte van het voorgestelde artikel 22. Daarbij maak ik een onderscheid tussen onbevoegd handelen door de commanditaire vennoot enerzijds en bevoegd handelen anderzijds.

6.6.1.1.1 Onbevoegd handelen: géén volmacht

Uit artikel 22 lid 1 vloeit voort dat de commanditaire vennoot in beginsel niet bevoegd is tot het verrichten van rechtshandelingen in naam van de vennootschap. Indien de commanditaire vennoot – zonder daartoe te zijn gevolmachtigd – in naam van de vennootschap rechtshandelingen aangaat, dan raakt de vennootschap niet gebonden. Dat zal slechts anders zijn in geval van bekrachtiging (artikel 3:69 lid 1 BW), toerekenbare schijn van volmachtverlening (artikel 3:61 lid 2 BW) of zaakwaarneming (artikel 6:198 BW). Een regeling betreffende baattrekking (7A:1681 BW)

331 Rapport, p. 108; in dat geval spreekt men van middellijke vertegenwoordiging, waarover uitgebreid Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I 2004/102 e.v., en worden niet zonder meer alle rechtshandelingen van de commanditaire vennoot aan de vennootschap toegerekend.

332 Rapport, p. 52.

333 Rapport, p. 109.

334 HR 29 mei 2015, *NJ* 2015, 380, m.nt. Van Schilfgaarde (*Katterug*).

335 Dit in afwijking van artikel 2, waarin is bepaald dat ook afdeling 4 betreffende de CV van regelend recht is. Partijen kunnen voor wat betreft artikel 22 dus slechts bij overeenkomst afwijken van lid 2.

kent het voorstel niet.[336] Zoals aangegeven, handelt de commanditaire vennoot naar huidig recht jegens derden steeds onbevoegd, omdat hij de vennootschap niet kan vertegenwoordigen. Hij raakt dan in beginsel persoonlijk gebonden als gevolg van het bepaalde in artikel 7A:1681 BW. Dat zal in de voorgestelde regeling anders zijn. Artikel 7A:1681 BW komt immers te vervallen, terwijl de gevolgen van een onbevoegd handelen in beginsel zullen worden beheerst door artikel 3:70 BW.[337]

Op grond van artikel 3:70 BW staat hij die als gevolmachtigde handelt jegens de wederpartij in voor het bestaan en de omvang van de volmacht, tenzij de wederpartij weet of behoort te begrijpen dat een toereikende volmacht ontbreekt of de gevolmachtigde de inhoud van de volmacht volledig aan de wederpartij heeft meegedeeld. Dat de (pseudo)gevolmachtigde instaat voor het bestaan van de volmacht, betekent echter niet dat hij gebonden raakt jegens de derde. Het ontbreken van een volmacht leidt tot een *garantieverbintenis* jegens de wederpartij, inhoudende dat de commanditaire vennoot de volledige schade van de wederpartij dient te vergoeden, die deze laatste door het niet-uitvoeren van de overeenkomst lijdt. De commanditaire vennoot zal de derde financieel in de positie moeten brengen alsof hij wel over een toereikende volmacht zou hebben beschikt. Ik zou menen dat deze vordering zich niet leent voor regres op de beherende vennoten. De commanditaire vennoot voldoet immers geen schuld van de vennootschap, maar een op hemzelf rustende verbintenis. Dat is ook het geval wanneer zijn gebondenheid jegens de wederpartij berust op artikel 7A:1681 BW, omdat dan evenmin sprake is van een schuld van de vennootschap.

Naar huidig recht zal een benadeelde derde aannemelijk moeten maken dat de commanditaire vennoot het bestuursverbod heeft overtreden en hem daarvan een verwijt treft. Hierboven bleek echter dat de vraag óf het bestuursverbod is overtreden, niet steeds eenvoudig is te beantwoorden. Onder de voorgestelde regeling zal de derde evenwel ook het nodige moeten stellen en bewijzen. Vast moet komen te staan dat de commanditaire vennoot als gevolmachtigde is opgetreden, dat hij in die hoedanigheid een overeenkomst van een bepaalde inhoud tot stand heeft gebracht, dat de commanditaire vennoot geen volmacht had en dat de derde hierdoor schade heeft geleden. De derde kan voor wat betreft het bestaan van de volmacht evenwel in beginsel volstaan met de stelling dat een toereikende volmacht ontbreekt. Een en ander zal dienen te worden beoordeeld aan de hand van het Haviltex-criterium.[338]

---

336 Rapport, p. 99.

337 Mohr/Meijers 2018, p. 158 schrijven dat de onbevoegd handelende commanditaire vennoot naar geldend recht ingevolge artikel 3:70 BW aansprakelijk wordt jegens de wederpartij en doen dus geen beroep op artikel 7A:1681; een onbevoegd optreden in naam van een ander kan overigens jegens de wederpartij ook een onrechtmatige daad vormen, zie HR 31 januari 1997, *NJ* 1998, 704, m.nt. Brunner (*Globe/Groningen*).

338 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635, m.nt. Brunner (*Ermes c.s./Haviltex*).

Bovendien geldt dat vertegenwoordiging niet uitdrukkelijk hoeft plaats te vinden.[339] Daarom zal de vraag of de commanditaire vennoot in naam van de vennootschap heeft gehandeld, afhangen van hetgeen de derde uit de verklaringen en gedragingen van de commanditaire vennoot heeft afgeleid en in de gegeven omstandigheden heeft mogen afleiden.[340]

Op het eerste gezicht lijkt een onbevoegd handelen van de commanditaire vennoot ten opzichte van de huidige regeling niet tot veel verandering te leiden voor de derde met wie is gehandeld. Linksom of rechtsom krijgt deze derde met de nodige inspanning zijn schade toch wel vergoed. Echter, de hiervoor bedoelde garantieverbintenis ontstaat enkel jegens de derde met wie de commanditaire vennoot onbevoegd heeft gehandeld. Anders dan naar huidig recht leidt het onbevoegd handelen van de commanditaire vennoot dus niet tot hoofdelijke aansprakelijkheid voor alle schulden van de vennootschap, waaronder schulden die voor het onbevoegd handelen zijn ontstaan.[341] In geval van onbevoegd handelen kan de commanditaire vennoot onder de voorgestelde regeling dus uitsluitend worden aangesproken door de derde met wie hij heeft gehandeld. Verder kan zich de situatie voordoen dat de commanditaire vennoot in eerste instantie wel over een volmacht beschikte, terwijl deze volmacht ten tijde van het aangaan van de rechtshandeling met de derde is geëindigd. Artikel 3:76 lid 2 BW maakt voor dat geval een uitzondering op de regel van artikel 3:70 BW dat de gevolmachtigde instaat voor zijn volmacht. De gevolmachtigde is dan niet jegens de derde aansprakelijk, indien hij niet wist noch behoorde te weten dat de volmacht was geëindigd. Bovendien raakt ook de vennootschap in beginsel niet gebonden, aangezien sprake is van een onbevoegde vertegenwoordiging. Overigens dient niet al te gemakkelijk te worden aangenomen dat de gevolmachtigde het einde van de volmacht niet behoort te kennen.[342] Kan artikel 3:76 lid 2 BW evenwel worden toegepast, dan heeft de derde dus pech.

Opgemerkt zij nog dat artikel 22 enkel ziet op *rechtshandelingen*, zodat onduidelijk is of de commanditaire vennoot bevoegd is tot het verrichten van andere (externe), feitelijke bestuursdaden. Naar huidig recht kunnen bepaalde interne bemoeienissen met de bedrijfsvoering leiden tot een overtreding van het bestuursverbod met aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot tot gevolg. Nu hiervoor reeds bleek dat de commanditaire vennoot onder de nieuwe regeling kan worden belast met het

339 HR 10 april 1942, *NJ* 1942, 501; HR 3 december 1971, *NJ* 1972, 117, m.nt. Scholten (*Hotel Jan Luyken*), waarover ook Hamers & Van Vliet 2019, p. 104-105.

340 Vgl. HR 11 maart 1977, *NJ* 1977, 521, m.nt. Scholten (*Kribbebijter*), HR 28 november 2014, *JOR* 2015, 26, m.nt. Kortmann (*Snippers q.q./Rabobank*) en HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2217, *JOR* 2019, 96, m.nt. Biemans (*X/Unisphere Holding*); zie ook HR 10 januari 1997, *NJ* 1998, 544, m.nt. Brunner (*Praktijkwaarnemer tandarts*).

341 HR 13 maart 2015, *NJ* 2015, 241, m.nt. Van Schilfgaarde (*Carlande*); de Werkgroep wijkt, zoals hiervoor uiteengezet, echter bewust af van de huidige regeling, ook voor wat betreft de gewone vennoten.

342 Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-1 2004/95.

bestuur van de vennootschap, zou ik menen dat daarmee de discussie over de interne zeggenschap van de commanditaire vennoot wordt beslecht. Externe bestuursdaden die zich niet uiten in een rechtshandeling kunnen naar mijn mening onder de voorgestelde regeling – en anders dan naar huidig recht – niet leiden tot aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot. Ik gaf reeds aan dat wanneer een antimisbruikkarakter aan een bepaling wordt toegedicht ter zake het inzetten van stromannen, ook interne overheersende invloed met aansprakelijkheid moet worden bedreigd, wil een bepaling preventief kunnen werken. De voorgestelde regeling doet dat niet, maar beperkt zich tot externe handelingen die tevens rechtshandelingen moeten zijn. Feitelijk handelen valt niet onder de reikwijdte van artikel 22. Mijns inziens hoeft niet te worden gevreesd dat de commanditaire vennoot daarmee vrij spel heeft. Ik kan mij namelijk voorstellen dat de besturende commanditaire vennoot die schuldeisers benadeeld, op gelijke wijze als bestuurders van kapitaalvennootschappen op grond van artikel 6:162 BW zou kunnen worden aangesproken.[343]

De Werkgroep beoogt evident een aanzienlijke beperking van de aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot ten opzichte van de huidige regeling. In geval van onbevoegd handelen door de commanditaire vennoot geldt in de voorgestelde regeling de beperkte aansprakelijkheid als uitgangspunt. Slechts de benadeelde derde kan zich tot de commanditaire vennoot wenden, zodat deze laatste de thans als draconisch beschouwde gevolgen van artikel 21 WvK niet hoeft te vrezen. Mijns inziens gaat er dan nog steeds een preventieve werking uit van de aansprakelijkheid, zij het dat de gevolgen van aansprakelijkheid mij in algemene zin billijker voorkomen.

6.6.1.1.2 Bevoegd handelen: handelen krachtens volmacht

Anders dan naar huidig recht biedt artikel 22 lid 1 dus de mogelijkheid dat de vennootschap door een commanditaire vennoot wordt vertegenwoordigd, namelijk indien hem daartoe een volmacht is verleend, al dan niet in de vennootschapsovereenkomst.[344] De commanditaire vennoot kan daardoor enerzijds rechtshandelingen aangaan in naam van de vennootschap, terwijl hij anderzijds nauwelijks iets – slechts zijn inbreng – heeft te verliezen. Teneinde misbruik te voorkomen dreigt het derde lid met aansprakelijkheid voor de gevolmachtigde. Ik vraag mij echter af of deze regeling wel zo effectief zal zijn als de Werkgroep wellicht hoopt.

Het voorgestelde artikel 22 lid 3 ziet naar mijn mening namelijk slechts op *bevoegd* handelen door de commanditaire vennoot: alleen een handelen krachtens volmacht

343 In deze zin ook Boschma & Wezeman 2017, p. 210.

344 Vgl. voor dit laatste zie ook Huizink 2016, p. 138 en Boschma & Wezeman 2017, p. 210, waaraan zij toegevoegd dat uit Van Olffen e.a. 2016, Bijl. VI – 49 blijkt dat het aanvankelijk de bedoeling was om ook het eerste lid van artikel 22 dwingendrechtelijk te laten zijn en deze verwijzing in het definitieve rapport is geschrapt.

kan immers leiden tot deze aansprakelijkheid. De bepaling is daarnaast slechts van toepassing indien de vennootschap in staat van faillissement is verklaard. En hoewel rechtspraak over artikel 2:248 (138) BW invulling kan geven aan de bepaling, gaat het niet om een onbehoorlijke taakvervulling die tot aansprakelijkheid leidt, maar moet het gaan om een 'handelen' van de commanditaire vennoot.[345] De Werkgroep wekt echter de indruk dat artikel 22 lid 3 (ook) ziet op onbevoegd handelen door de commanditaire vennoot. Volgens de toelichting bij artikel 22 lid 3 is de sanctie namelijk in twee opzichten lichter dan het huidige artikel 21 WvK. Ten eerste is de *onbevoegd* handelende commanditaire vennoot niet zonder meer aansprakelijk als hij naar buiten optreedt, maar pas als hij dit doet op een zodanige wijze dat zijn handelen op grond van volmacht een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Ten tweede is de commanditaire vennoot die *onbevoegd* optreedt slechts hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden van de vennootschap voor zover deze niet door vereffening kunnen worden voldaan, aldus de Werkgroep.[346]

De toelichting komt mij op dit punt innerlijk tegenstrijdig voor. Indien de commanditaire vennoot handelt krachtens volmacht, handelt hij per definitie niet onbevoegd. Bij wege van volmacht is hem immers de bevoegdheid toegekend om in naam van de volmachtgever rechtshandelingen te verrichten.[347] Anders dan de Werkgroep stelt, kan artikel 22 lid 3 in zijn huidige vorm naar mijn opvatting dus niet van toepassing zijn op de onbevoegd handelende commanditaire vennoot. De commanditaire vennoot die onbevoegd naar buiten treedt, is, zoals hiervoor uiteengezet, wel degelijk zonder meer aansprakelijk, echter slechts jegens de derde met wie hij handelt op grond van artikel 3:70 BW. Bovendien is hij niet hoofdelijk aansprakelijk voor het boedeltekort, maar voor de schade die de derde lijdt als gevolg van het niet-uitvoeren van de overeenkomst die tot stand zou zijn gekomen als de commanditaire vennoot bevoegd was geweest. Enkel de commanditaire vennoot die bevoegd handelt, loopt dus het risico dat hij hoofdelijk aansprakelijk is voor het boedeltekort. Er moet dan sprake zijn van (i) een handelen krachtens volmacht, dat (ii) een belangrijke oorzaak is van dat faillissement. Anders dan naar huidig recht kan de toestand van de vennootschap dus een rol spelen bij de aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot. Waar artikel 21 WvK te allen tijde van toepassing is, is de commanditaire vennoot op grond van artikel 22 lid 3 slechts aansprakelijk in geval van faillissement van de vennootschap. Daarnaast is de commanditaire vennoot slechts aansprakelijk voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan en niet voor alle schulden van de vennootschap, ongeacht wanneer, hoe en ten opzichte van wie deze zijn ontstaan.[348] Daar staat overigens tegenover dat thans iedere schuldeiser zijn vordering te gelde zal moeten maken,

345 Kritisch hierover zijn ook Wuisman & Vriesendorp 2017, par. 21.3.
346 Rapport, p. 109.
347 Art. 3:60 lid 1 BW.
348 Zie ook Rapport, p. 109.

terwijl de voorgestelde regeling de commanditaire vennoot ineens aansprakelijk doet zijn jegens alle schuldeisers.

In dit verband rijst ook de vraag hoe het zit met regres door de commanditaire vennoot. Naar huidig recht kan de commanditaire vennoot immers regres nemen op gewone vennoten als hij een vennootschapsschuld voldoet in verband met zijn aansprakelijkheid uit hoofde van artikel 21 WvK.[349] In de voorgestelde regeling is de commanditaire vennoot eveneens intern tot niet meer gehouden dan zijn inbreng. Aansprakelijkheid op grond van artikel 22 lid 3 dwingt hem tot betaling van het boedeltekort, hetgeen (deels)[350] bestaat uit vennootschapsschulden. Bovendien is hij slechts aansprakelijk in geval van bevoegdelijk handelen, als gevolg waarvan ook steeds vennootschapsschulden ontstaan. Bij de toepassing van artikel 2:248 (138) BW zijn alle bestuurders hoofdelijk aansprakelijk, maar slechts draagplichtig in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen.[351] Artikel 22 voorziet echter niet in een hoofdelijke aansprakelijkheid, terwijl het bovendien specifiek betrekking heeft op het handelen van de commanditaire vennoot. Op basis van de contractuele verhouding met de gewone vennoten zou ik menen dat in beginsel heeft te gelden dat de commanditaire vennoot regres kan nemen voor het bedrag van het boedeltekort dat uit vennootschapsschulden bestaat. Dat resultaat acht ik onbillijk en leidt ook tot uitholling van artikel 22. Dat kan volgens mij worden voorkomen door te bepalen dat de commanditaire vennoot voor wat betreft hetgeen hij uit hoofde van artikel 22 lid 3 moet voldoen, geen regres kan nemen op de gewone vennoten, althans dat zijn regresrecht is beperkt tot de schulden die niet als gevolg van zijn handelen zijn veroorzaakt. Stelplicht en bewijslast ter zake dat laatste zouden dan bij de commanditaire vennoot kunnen rusten, teneinde de gewone vennoten niet op te zadelen met de bewijslast van het causaal verband.

De wijze waarop artikel 22 lid 3 is ingericht, doet ook andere vragen rijzen. Een van de vragen die kan worden gesteld, ziet op de bevoegdheid tot het instellen van deze vordering. Naar huidig recht kan iedere derde na een overtreding van het bestuursverbod een beroep doen op de sanctie van artikel 21 WvK, zelfs als hij niet degene is met wie de commanditaire vennoot heeft gehandeld.[352] Uit de toelichting bij artikel 22 lid 3 blijkt niet wie bevoegd is om de vordering jegens de commanditaire vennoot in te stellen. Naar ik aanneem berust die bevoegdheid – evenals bij artikel 2:248 (138) BW – uitsluitend bij de curator in het faillissement van de vennootschap.

349 Evenzo Huizink 2016, p. 139.

350 Tot het boedeltekort behoren ook de faillissementskosten en de nadere faillissementskosten die betrekking hebben op de vereffening van het via aansprakelijkheidsstelling van de nalatige bestuurders verkregen nader actief, zie Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/463.

351 Zie Schuijling & Kortmann 2017, p. 409 en paragraaf 4.2.4.2.3.

352 HR 24 april 1970, *NJ* 1970, 406, m.nt. Scholten (*Romano*).

In dat geval kunnen individuele schuldeisers slechts buiten faillissement de vennootschap en haar gewone vennoten aanspreken, omdat zij als gevolg van de bevoegde vertegenwoordiging door de commanditaire vennoot zijn gebonden. Artikel 22 lid 3 kan hen alleen baten als de curator besluit tot het instellen van de vordering.[353] De bate van een veroordelend vonnis valt in de failliete boedel, zodat schuldeisers daarvan alleen kunnen profiteren (i) op basis van hun rang en (ii) na omslag van de algemene faillissementskosten. Bovendien zou dat betekenen dat de vordering uit hoofde van deze bepaling niet-overdraagbaar is.[354]

Verder rijst de vraag op welke wijze invulling moet worden gegeven aan het begrip *handelen* in artikel 22 lid 3. Rechtspraak over artikel 2:248 (138) BW kan hier niet zonder meer dienstbaar zijn, omdat deze bepalingen zien op een onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur van de vennootschap. Mijns inziens verschilt deze maatstaf wezenlijk van het handelen krachtens volmacht, al is het maar omdat de maatstaf van artikel 2:248 (138) BW is gekoppeld aan de bestuurstaak, terwijl een volmacht slechts betrekking heeft op het aangaan van rechtshandelingen in naam van een ander. Ook Wuisman en Vriesendorp stellen de vraag of een 'handelen krachtens volmacht' wel gelijk gesteld kan worden aan 'kennelijk onbehoorlijke taakvervulling'. Zij merken daarbij op dat ingeval de commanditaire vennoot een algemene bestuursvolmacht heeft gekregen voor een dergelijke gelijkstelling wel iets valt te zeggen, maar zodra het om meer specifieke volmachten gaat, zien zij daarvoor minder reden.[355] Ik dat hiervan überhaupt geen sprake kan zijn, omdat de in de regeling bedoelde volmacht losstaat van het verrichten van bestuurshandelingen. De met het bestuur belaste commanditaire vennoot is immers bij gebreke van een volmacht niet bevoegd tot vertegenwoordiging, terwijl ook zonder bestuursbevoegdheid aan de commanditaire vennoot een volmacht tot het verrichten van rechtshandelingen namens de CV kan worden verleend. De volmacht heeft slechts betrekking op vertegenwoordiging, ongeacht of daaraan een bestuursbevoegdheid is gekoppeld. Artikel 2:248 (138) BW kan daarom naar mijn mening maar weinig inspiratie bieden voor de toepassing van het voorgestelde artikel 22 lid 3 BW.

Wat overblijft is wellicht het betoog dat de commanditaire vennoot die handelt krachtens volmacht hoe dan ook aansprakelijk is in gevallen van onverantwoordelijk, onbezonnen of roekeloos handelen. Dat zijn termen die ook in het kader van een onbehoorlijke taakvervulling worden genoemd.[356] De WBF-aansprakelijkheid leert ook dat het bestuurshandelen moet worden beoordeeld naar zo objectief mogelijke

353 Me dunkt dat schuldeisers met toepassing van artikel 69 Fw kunnen opkomen tegen een weigering van de curator om de vordering in te stellen, vgl. voor artikel 2:248 (138) BW Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/456.

354 Vgl. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/456.

355 Wuisman & Vriesendorp 2017, par. 21.3.

356 Zie paragraaf 4.2.1.

maatstaven, terwijl het moet worden getoetst naar het moment waarop het handelen heeft plaatsgevonden.[357] Beide aspecten van de toetsing bij artikel 2:248 (138) BW kunnen naar mijn opvatting ook ten aanzien van artikel 22 lid 3 worden toegepast. Verder bestaat er een duidelijke overeenkomst tussen de bepalingen voor wat betreft de causaliteit van het handelen. De bepalingen vereisen allebei dat het handelen een belangrijke oorzaak van het faillissement vormt. Voor artikel 2:248 (138) BW is daarvoor voldoende dat het causale verband *aannemelijk* is. Artikel 22 lid 3 lijkt deze 'versoepeling van de bewijslast' evenwel niet te kennen. Desondanks komt de strekking van dit causaliteitscriterium mij duidelijk voor. Het handelen krachtens volmacht moet evident (mede) tot het faillissement van de vennootschap hebben geleid. Indien het handelen slechts deels aan het faillissement heeft bijgedragen en dit handelen in verhouding tot de andere oorzaken van het faillissement van ondergeschikte betekenis is, dan is voor aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot geen plaats.[358] In het licht van de vorige alinea kan hier nog het volgende aan worden toegevoegd. Het geldelijk belang dat is gemoeid met het krachtens volmacht handelen van de commanditaire vennoot, staat mogelijk niet in verhouding tot de schade die onbehoorlijk bestuur in dat opzicht kan veroorzaken. Mogelijk acht de curator het instellen van een vordering dan niet opportuun. Bovendien valt maar te bezien of schuldeisers dan zullen profiteren van de bate die voortvloeit uit de veroordeling van de commanditaire vennoot.

De WBF-aansprakelijkheid kenmerkt zich voorts onder meer door een verlichte bewijslast voor de curator. Het tweede lid kent enerzijds een wettelijke fictie en anderzijds een wettelijk vermoeden. Wanneer het bestuur niet aan de administratie- en/of publicatieplicht heeft voldaan, staat vast dat het zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. Daarnaast wordt dan vermoed dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement.[359] Deze versoepeling van de bewijspositie werd geïntroduceerd, omdat onder het oude artikel 2:248 (138) BW een haast onvervulbare bewijslast op de curator rustte.[360] Bestudering van het voorgestelde artikel 22 lid 3 met deze kennis in het achterhoofd doet een derde vraag rijzen, namelijk of degene die de vordering instelt in een (te) lastige bewijspositie verkeert. Anders dan bij artikel 2:248 (138) BW hoeft geen hulp te worden verwacht van enig bewijsvermoeden. Overigens geldt voor personenvennootschappen geen publicatieplicht,[361] terwijl de administratieplicht in de voorgestelde regeling uitsluitend

357 Zie paragraaf 4.2.4.2.

358 Zie paragraaf 4.2.4.2.

359 Artikel 2:10 en 2:394 BW.

360 Vgl. *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, 3, p. 3 (MvT); Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/459.

361 Deze verplichting rust op grond van artikel 2:394 BW op de rechtspersoon. Ingevolge artikel 2:360 is Titel 9 van Boek 2 BW betreffende de jaarrekening en het bestuursverslag alleen van toepassing op de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij, de NV en de BV en geldt dus niet voor de personenvennootschappen.

bij de gewone vennoten rust, ongeacht of de commanditaire vennoot bestuursbevoegdheid heeft.[362] Hierboven werd daarnaast al aangekaart dat de formulering van artikel 22 lid 3 in het midden laat of slechts *aannemelijk* moet zijn dat het handelen een belangrijke oorzaak is van het faillissement, dan wel of een meer strikt bewijs wordt verlangd. Enerzijds zou de huidige formulering van artikel 22 lid 3 daardoor ertoe kunnen leiden dat procedures worden vermeden als gevolg van een te zware bewijslast. Anderzijds ziet artikel 22 lid 3 mijns inziens op een meer concreet handelen dan artikel 2:138/248 BW. Of een (bepaald) handelen krachtens volmacht heeft geleid tot het faillissement van de vennootschap, is namelijk een meer gerichte vraag dan of er sprake is van een onbehoorlijke taakvervulling en of deze taakvervulling – het samenstel van bestuurshandelingen – tot het betreffende faillissement heeft geleid.

Ten slotte wordt met het voorgestelde vierde lid van artikel 22 een matigingsbevoegdheid aan de rechter toegekend. De Werkgroep beoogt te bereiken dat de rechter rekening kan houden met omstandigheden zoals het ontbreken van verwijtbaarheid bij de commanditaire vennoot of de termijn die is verstreken sinds het handelen van de commanditaire vennoot.[363] Ook naar huidig recht kan de rechter de omvang van de aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot matigen, zij het dat deze mogelijkheid pas in 2015 door de Hoge Raad is aangedragen en een concreet wetsartikel ter zake ontbreekt.[364] Hoewel de Werkgroep schrijft dat met artikel 22 lid 4 de lijn van het *Katterug*-arrest wordt doorgetrokken,[365] wijkt de voorgestelde bevoegdheid af van de huidige. Er is aansluiting gezocht bij de matigingsbevoegdheid zoals opgenomen in artikel 2:248 (138) lid 4 BW. In plaats van de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling spreekt artikel 22 lid 4 van het *handelen* door de commanditaire vennoot. Naar ik aanneem is ook hier bedoeld het handelen krachtens volmacht. De aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot zou dan met toepassing van het vierde lid kunnen worden beperkt tot de daadwerkelijk geleden schade als gevolg van zijn handelen,[366] hetgeen mijns inziens weer strookt met het *Katterug*-arrest. Daarnaast kan rekening worden gehouden met omstandigheden waarop de commanditaire vennoot geen invloed had.[367] Toch meen ik dat de rechter deze matigingsbevoegdheid terughoudender zal (moeten) toepassen dan bij artikel 2:248 (138) lid 4 BW het geval zal zijn. Het handelen krachtens volmacht

362 Zie artikel 15 lid 1, waarover Rapport, p. 87. Ingevolge het zesde lid kan van deze bepaling niet worden afgeweken, zodat de plicht niet kan worden gelegd bij de commanditaire vennoot met bestuursbevoegdheid. Zeker wanneer alle gewone vennoten daarvan zijn uitgesloten, welke mogelijkheid de voorgestelde regeling toestaat, lijkt mij dat uiterst bezwaarlijk. Het voeren van een administratie is immers een bestuurstaak bij uitstek.

363 Rapport, p. 109.

364 HR 29 mei 2015, *NJ* 2015, 380, m.nt. Van Schilfgaarde (*Katterug*).

365 Rapport, p. 109.

366 Vgl. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 29 (MvA).

367 Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 11 augustus 2009, *NJF* 2010, 74.

zal immers veelal een concreet aan te wijzen handeling betreffen, die ofwel een belangrijke oorzaak is van het faillissement, ofwel daaraan niet heeft bijgedragen. In het laatste geval kan artikel 22 lid 3 niet worden toegepast, terwijl in het eerste geval dan met name externe invloeden tot matiging zouden kunnen leiden.[368]

6.7 De CV volgens het Ambtelijk Voorontwerp

Het initiatief van de Werkgroep vormt in belangrijke mate de basis voor het Ambtelijk Voorontwerp. De wetgever beoogt ondernemerschap te faciliteren en zekerheid te bieden aan het handelsverkeer. Evenals de Werkgroep wil hij voorzien in een passende bescherming voor zowel de vennoten als derden die met de vennootschap handelen.[369] Waar de Werkgroep de drie vormen van personenvennootschap wenst te behouden, worden in het Ambtelijk Voorontwerp slechts twee vormen onderscheiden: vennootschap en commanditaire vennootschap. Beide vormen kunnen zowel voor beroeps- als bedrijfsactiviteiten worden gebruikt.[370] De hier bedoelde *vennootschap* heeft dezelfde kernelementen als onder het huidige recht: een overeenkomst tot samenwerking gericht op de uitoefening van een beroep of bedrijf met inbreng door ieder van de vennoten met het oogmerk voordeel te behalen en dit met elkaar te delen.[371] Artikel 7:820 beschrijft de CV vervolgens als 'de vennootschap waaraan naast een vennoot een commanditaire vennoot deelneemt, die niet verbonden is voor de verbintenissen van de vennootschap jegens derden'. Een wat ongelukkige definitie die reeds in de toelichting noopt tot de opmerking dat er ook meerdere commanditaire vennoten kunnen deelnemen.[372] Het spreekt voor zich dat hetzelfde zal gelden ten aanzien van de (gewone) vennoot. De toelichting lijkt vervolgens enige verwarring te scheppen door de CV te beschrijven als 'de ingeschreven vennootschap', terwijl uit geen van de voorgestelde bepalingen blijkt dat inschrijving vereist is voor het bestaan van de commanditaire vennootschap. Sterker nog, inschrijving is zelfs niet vereist voor de verkrijging van rechtspersoonlijkheid, zoals de Werkgroep voorstelde, maar uitsluitend voor de vraag of de personenvennootschap registergoederen kan verkrijgen en erfgenaam kan zijn.[373] In het Ambtelijk Voorontwerp heeft de CV simpelweg rechtspersoonlijkheid, zij het met een beperkte rechtsbevoegdheid.[374] Inschrijving van een CV blijkt noodzakelijk om een andere reden: alleen

368 Zie voor enkele gevallen waarin matiging op grond van art. 2:248 (138) lid 4 BW aan de orde was: Rb. Den Haag 27 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:9852; Rb. Oost-Brabant 17 augustus 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:4350; Hof 's-Hertogenbosch 26 juli 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:3235; Rb. Utrecht 9 juni 2004, JOR 2004, 227; Hof Arnhem 13 februari 2001, *NJ* 2001, 529.

369 Toelichting, p. 5.

370 Toelichting, p. 7.

371 Zie artikel 7:800 Ambtelijk Voorontwerp, waarover Toelichting, p. 18-20.

372 Toelichting, p. 73.

373 Zie artikel 7:803 Ambtelijk Voorontwerp en Toelichting, p. 8 en 9.

374 Zie artikel 7:803 lid 1 Ambtelijk Voorontwerp en Toelichting, p. 10 en het praktijkvoorbeeld op p. 12.

een ingeschreven commanditaire vennootschap kan bestaan. De wetgever vindt dat derden bij niet-inschrijving van de vennootschap ervan uit moeten kunnen gaan dat alle vennoten zonder beperking kunnen worden aangesproken. Zonder inschrijving is elke vennoot volledig aansprakelijk en kan er ook geen commanditaire vennoot zijn, aldus de Toelichting.[375] Dit laatste volgt, zo neem ik aan, uit artikel 7:809 lid 5. Daarin is bepaald dat vennoten van een vennootschap die niet is ingeschreven in het handelsregister en die op een voor derden kenbare wijze onder een door haar gevoerde naam aan het rechtsverkeer deelneemt, zonder beperking naast de vennootschap hoofdelijk verbonden zijn voor verbintenissen jegens derden, tenzij de derde wist van zodanige beperking. Het verdient in ieder geval aanbeveling deze noodzakelijkheid van inschrijving in de beschrijving van de commanditaire vennootschap te laten terugkomen.[376]

Het bestuur van de vennootschap geschiedt door de vennoten gezamenlijk (artikel 7:804 lid 1). Deze bepaling geldt uitdrukkelijk ook voor de commanditaire vennootschap.[377] De wetgever sluit daarmee aan bij het voorstel van de Werkgroep.[378] Afwijking in de overeenkomst van vennootschap is mogelijk, zodat de bestuursbevoegdheid van een of meer vennoten kan worden beperkt of aan derden kan worden opgedragen.[379] Ook de commanditaire vennoten nemen dus deel aan het bestuur, tenzij partijen anders bepalen. Bovendien vereisen alle rechtshandelingen namens de CV óók de instemming van de commanditaire vennoot.[380] Het lijkt erop dat evenzeer kan worden overeengekomen dat de bestuurstaak uitsluitend aan een of meer commanditaire toekomt; onder de vigeur van het Ambtelijk Voorontwerp is de commanditaire vennoot (in beginsel) slechts uitgesloten van de bevoegdheid om rechtshandelingen in naam van de vennootschap te verrichten.[381] Dat sluit aan bij het voorstel van de Werkgroep. De Toelichting is op dit punt echter onduidelijk, omdat het uitgangspunt van gezamenlijk bestuur mede wordt gerelateerd aan de omstandigheid dat de vennoten ook gezamenlijk aansprakelijk worden voor verbintenissen die de vennootschap aangaat.[382] Bovendien bevat artikel 7:804 betreffende het bestuur van de vennootschap in lid 3 een uitzondering op de gezamenlijke bestuursbevoegdheid, namelijk voor het verrichten van *rechts*handelingen die tot de normale bedrijfsuitoefening horen en die geen uitstel kunnen leiden. Intern en extern handelen worden zodoende onvoldoende van elkaar onderscheiden. De Werkgroep deed dat overigens – terecht – wel (zie artikel 18). Diezelfde verwarring creëert de

375 Toelichting, p. 74.
376 Vgl. artikel 4 lid 3 zoals door de Werkgroep voorgesteld, waarin de commanditaire vennootschap expliciet wordt aangeduid als de ‘de openbare vennootschap’.
377 Zie artikel 7:821 lid 5.
378 Toelichting, p. 28.
379 Toelichting, p. 29.
380 Zie artikel 7:804 lid 3, eerste zin jo. 7:821 lid 5.
381 Toelichting, p. 75.
382 Toelichting, p. 29.

wetgever in de Toelichting bij 7:822 lid 2. Daar wordt enerzijds overwogen dat de commanditaire vennoot geen rechtshandelingen mag verrichten op naam van de vennootschap. Anderzijds staat deze regel er niet aan in de weg dat de commanditaire vennoot op basis van afspraken tussen de vennoten onderling alsnog bepaalde interne zeggenschap over de CV kan hebben.[383] Daarmee wordt ten onrechte de indruk gewekt dat de commanditaire vennoot intern geen zeggenschap heeft en zelfs dat een volmacht dat alsnog zou kunnen bewerkstelligen. Anders dan de Werkgroep overweegt de wetgever in de Toelichting ook niet uitdrukkelijk dat het bestuur slechts uit commanditaire vennoten kan bestaan. Er wordt evenmin iets gezegd over de (eventuele) afschaffing van het bestuursverbod.[384] Ten slotte schept de Toelichting op dit punt verwarring door te verklaren dat artikel 7:821 lid 5[385] er niet aan in de weg staat dat de commanditaire vennoot op basis van de vennootschapsovereenkomst invloed of inspraak op de besluitvorming – aangeduid als 'interne zeggenschap' – kan hebben. Die opmerking is geenszins te verklaren indien alle vennoten inderdaad het bestuur van de vennootschap vormen, waaronder ook uitdrukkelijk de commanditaire vennoot is te verstaan. Het uitgangspunt is dan immers juist dat de commanditaire vennoot invloed of inspraak op de besluitvorming heeft; hij stemt immers mee! Het resultaat van voornoemde redactie en (het gebrek aan samenhang in) de Toelichting is dat de rol van de commanditaire vennoot bij het bestuur van de vennootschap onduidelijk blijft.

Vertegenwoordiging van de vennootschap is geregeld in artikel 7:808.[386] Daarin is bepaald dat iedere vennoot bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen, overigens ongeacht of de vennootschap is ingeschreven.[387] Beperking of ontneming van de vertegenwoordigingsbevoegdheid is op gelijke wijze als naar huidig recht mogelijk. De bepaling expliciteert dat deze in het handelsregister moeten worden ingeschreven om jegens derden te kunnen worden ingeroepen. Uitsluitend de vennootschap kan een beroep doen op deze ingeschreven beperkingen. Bij gebrek aan inschrijving hebben overeengekomen beperkingen of voorwaarden slechts interne werking.[388] Hiervoor bleek reeds dat ook artikel 7:804 een tweetal vertegenwoordigingsregels bevat. Handelingen die tot de normale bedrijfsuitoefening horen of geen uitstel kunnen leiden, kunnen door de vennoten worden verricht zonder dat alle vennoten daarmee hebben ingestemd, zulks in afwijking van het uitgangspunt dat alle vennoten moeten instemmen met handelingen die voor rekening

383 Toelichting, p. 76.
384 Op p. 77 van de Toelichting lijkt de wetgever slechts te het naamgevingsverbod voor ogen te hebben.
385 Op grond van deze bepaling zijn alleen artikelen 802 lid 2, 804 leden 1-2, lid 3 eerste zin, lid 5, 805, 806 leden 1 tot en met 5, 807, 810-814 van Afdeling 1 van toepassing op de commanditaire vennoot.
386 Zie over vertegenwoordiging in het Voorontwerp meer uitgebreid Van der Waals 2019, p. 612-617.
387 Toelichting, p. 40.
388 Toelichting, p. 40.

van de vennootschap komen.[389] Dat betekent mijns inziens dat beperkt bevoegde vennoten de vennootschap in die gevallen niet alleen steeds extern kunnen binden, maar deze handelingen – ondanks een overeengekomen beperking of voorwaarde – ook intern voor rekening van de vennootschap kunnen laten komen. In zoverre doorkruist artikel 7:806 dan artikel 7:808.

Ten slotte nog de algemene aansprakelijkheid van de vennoten.[390] Ingevolge artikel 7:809 lid 1 zijn de vennoten jegens derden naast de vennootschap hoofdelijk verbonden voor verbintenissen van de vennootschap. De aansprakelijkheid voor gelijke delen, zoals we die thans voor de maatschap kennen, verdwijnt met het Ambtelijk Voorontwerp van het toneel. De Werkgroep pleitte voor behoud van deze 'beperkte' aansprakelijkheid bij gebrek aan voldoende aanleiding om de aansprakelijkheid van maten te verzwaren.[391] Die opvatting past evenwel niet in systeem van het Ambtelijk Voorontwerp, waarin het onderscheid tussen maatschap en vennootschap onder firma volledig wordt verlaten.[392] Deze aansprakelijkheid beperkt zich niet tot verbintenissen uit rechtshandeling, maar ziet ook op verbintenissen uit de wet en, in het bijzonder, uit onrechtmatige daad.[393] Ter bescherming van de vennoten wordt geopteerd voor een subsidiaire aansprakelijkheid, die volgt uit de tweede volzin van artikel 7:809 lid 1. Vennoten – van een inschreven vennootschap – zijn slechts aansprakelijk voor zover de wederpartij aannemelijk maakt dat de vennootschap niet aan de verbintenis zal voldoen. Hiermee is blijkens de Toelichting bedoeld dat de vennootschap ofwel geen verhaal biedt ofwel aannemelijk is dat deze geen verhaal zal bieden. Aan dat vereiste zal onder andere zijn voldaan indien de vennootschap niet reageert op een aanmaning.[394] Ik zou menen dat het gebrek aan verhaalsmogelijkheden voor de schuldeiser niet aanstonds vaststaat als de vennootschap niet reageert op een aanmaning. Het voorbeeld sluit daarentegen wel aan bij de voorgestelde wettekst, namelijk de aannemelijkheid dat de vennootschap niet zal nakomen. De verwijzing naar verhaalsmogelijkheden in de Toelichting schept mijns inziens verwarring. Waar het om zal gaan is dat de schuldeiser aannemelijk zal moeten maken dat de vennootschap ofwel niet kan nakomen ofwel niet zal kunnen nakomen.[395] De aansprakelijkheid van de vennoten wordt door het derde lid verder beperkt tot de verbintenissen die zijn ontstaan na hun toetreden. Een voorstel dat

389 Toelichting, p. 30.
390 Algemeen, omdat ik de bijzondere regel van het voorgestelde 7:809 lid 2 betreffende aansprakelijkheid voor een door de vennootschap aangenomen opdracht hier onbesproken laat.
391 Zie artikel 19 lid 2 van het Rapport en p. 93.
392 Vgl. Toelichting, p. 41.
393 Toelichting, p. 41.
394 Toelichting, p. 43.
395 Vgl. Asser/Rensen 2-III 2017/23 over en Overes in *GS Rechtspersonen*, artikel 2:230 lid 4 BW, aant. 4, op welke bepaling de tweede volzin van artikel 7:809 lid 1 is gebaseerd, zie Toelichting, p. 41.

weinig toelichting behoeft.[396] Het vierde lid beperkt de aansprakelijkheid van een uitgetreden vennoot, namelijk in beginsel tot vijf jaar na diens uittreden te rekenen vanaf de datum van de uitschrijving van de desbetreffende vennoot.[397] Het vijfde lid van artikel 7:809 geeft nog een afzonderlijke regeling over de aansprakelijkheid van de vennoten van een vennootschap die op een voor derde duidelijke kenbare wijze aan het rechtsverkeer deelneemt, indien deze niet is ingeschreven. In dat geval zijn zij zonder beperking naast de vennootschap hoofdelijk verbonden voor verbintenissen jegens derden, tenzij de derde van een zodanige beperking wist. De beperkende regels van de leden 1 tot en met 4 zijn op deze vennoten niet van toepassing.[398]

6.7.1 Bijzondere kenmerken van de commanditaire vennoot

De in artikel 7:822 van het Ambtelijk Voorontwerp geregelde bijzondere kenmerken van de commanditaire vennoot vallen uiteen in twee eigenschappen: (i) hij draagt niet verder bij in de verliezen van de vennootschap dan tot het bedrag van zijn overeengekomen inbreng en (ii) de commanditaire vennootschap vertegenwoordigt de vennootschap uitsluitend indien hem daartoe een volmacht is verleend. De bepaling is gebaseerd op het voorstel van de Werkgroep (artikel 22).[399] Het eerste lid wijkt daarmee niet af van het huidige recht. Extern is de commanditaire vennoot in beginsel nooit gebonden; intern is hij slechts draagplichtig tot het bedrag dat hij heeft toegezegd in te zullen brengen. De vennoten kunnen hiervan afwijken[400] en dus onder meer overeenkomen dat de commanditaire vennoot geheel niet in de verliezen van de vennootschap hoeft bij te dragen of juist meer dan het bedrag van zijn inbreng.

Het tweede lid breekt daarentegen met het huidige recht en sluit aan bij het voorstel van de Werkgroep. De commanditaire vennoot is in beginsel uitgesloten van het verrichten van rechtshandelingen namens de vennootschap, maar hem kan deze bevoegdheid worden verleend door middel van een door de CV verstrekte volmacht. Afgezien van wijzigingen van redactionele aard, neemt de wetgever daarmee het voorstel van de Werkgroep over. De woordkeuze – *'De commanditaire vennoot vertegenwoordigt uitsluitend de vennootschap, indien hem daartoe volmacht is verleend.'* – is overigens geen verbetering ten opzichte van het voorstel van de Werkgroep. De versimpelde tekst mist namelijk de nodige nuance, waardoor de feitelijke bedoeling van de bepaling weliswaar duidelijk tot uitdrukking komt, maar de daadwerkelijke werking ervan tot nadere uitleg noopt. Zo kan de indruk ontstaan

396 Daarmee breekt het Ambtelijk Voorontwerp met het geldende recht, zoals dat werd bevestigd in HR 13 maart 2015, *NJ* 2015, 241, m.nt. Van Schilfgaarde (*Carlande*) en wordt toegekomen aan de kritiek uit de praktijk, zie Toelichting, p. 46-47.

397 Zie Toelichting, p. 47-48.

398 Toelichting, p. 49.

399 Toelichting, p. 75.

400 Vgl. artikel 7:801.

dat de CV door een handelen van een commanditaire vennoot alleen gebonden kan raken als wordt gehandeld op basis van een volmacht. Van vertegenwoordiging kan echter ook sprake zijn als de commanditaire vennoot zonder volmacht handelt, zij het dat er dan sprake is van onbevoegde vertegenwoordiging. De gevolgen van onbevoegd handelen worden door onder meer Boek 3 BW bepaald, in het bijzonder Titel 2 betreffende rechtshandelingen en Titel 3 betreffende volmacht. Bij de bespreking van het voorstel van de Werkgroep ben ik daarop reeds uitvoerig ingegaan. Dat geldt ook voor de leden 3 en 4, waarin de aansprakelijkheid van de bevoegd handelende commanditaire vennoot is geregeld indien dat handelen een belangrijke oorzaak van het faillissement van de vennootschap vormt respectievelijk aan de rechter een discretionaire bevoegdheid wordt verleend tot matiging van het bedrag waarvoor de commanditaire vennoot op grond van lid 3 aansprakelijk is.[401] Opvallend is daarbij nog dat de wetgever in het kader van de matigingsbevoegdheid spreekt van een wijziging van *'de bestaande wettekst van artikel 21 WvK'*. Nu die bepaling in het geheel vervalt en inhoudelijk een radicaal andere weg wordt ingeslagen, zou men beter kunnen spreken van de aan het huidige artikel 21 WvK ten grondslag liggende uitgangspunten. Waar het in ieder geval om gaat is dat de toepassing van de matigingsbevoegdheid mede wordt ingevuld door het in 2015 gewezen *Katterug*-arrest.[402] Dat betekent concreet dat de rechter in geval van een beroep op matiging rekening zal moeten houden met de ratio van de aansprakelijkheid uit hoofde van artikel 7:822 lid 3. De bepaling beoogt het misbruik te voorkomen, waartoe de commanditaire vennoot geprikkeld kan zijn omdat hij enerzijds bevoegd is de vennootschap te binden maar anderzijds niet met zijn eigen vermogen in staat voor de schulden van de vennootschap.[403] Slechts in zoverre zal rechtspraak over artikel 21 WvK, gewezen vanaf 29 mei 2015, relevant kunnen zijn voor de uitleg van de bepaling. Ik neem aan dat, zoals de Werkgroep heeft beoogd, aansluiting wordt gezocht bij rechtspraak over matiging in de zin van artikel 2:248 (138) lid 4 BW.[404]

Ten slotte past nog een kanttekening bij artikel 7:822, dat een regeling geeft voor de gevallen waarin sprake is van een wisseling van hoedanigheid. De commanditaire vennoot die (gewone) vennoot wordt, is ingevolge het eerste lid aansprakelijk voor verbintenissen van de vennootschap die zijn ontstaan vanaf het moment waarop hij vennoot wordt (7:822 lid 1 jo. 7:809 lid 3). De (gewone) vennoot die commanditaire vennoot wordt, blijft aansprakelijk voor verbintenissen van de vennootschap die tot en met zijn wisseling van hoedanigheid zijn ontstaan, maar als gevolg van de van overeenkomstige toepassing zijnde bijzondere verjaringsregeling van 7:809 lid 4 wordt die aansprakelijkheid beperkt tot maximaal vijf jaar na de inschrijving van

401 Toelichting, p. 76-78.
402 HR 29 mei 2015, *NJ* 2015, 380, m.nt. Van Schilfgaarde (*Katterug*).
403 Toelichting, p. 77-78.
404 Zie ook Tervoort 2019, p. 638.

zijn nieuwe hoedanigheid (7:822 lid 2). De relevantie van 7:822 is volgens de wetgever gelegen in de situatie dat de commanditaire vennoot in de loop van het bestaan van de commanditaire vennootschap *'zich actief gaat bezig houden met het beheer van de vennootschap. Andersom is ook goed denkbaar'*. Omdat een dergelijke wisseling onder het huidige recht niet wordt gefaciliteerd, zou het ontbreken van deze bepalingen mogelijk noodzaken tot het aangaan van een nieuwe vennootschap. Dat vindt de wetgever onnodig kostbaar en gecompliceerd.[405] Deze toelichting bij de bepaling geeft wederom te denken over de bestuurspositie van de commanditaire vennoot. Zoals hiervoor toegelicht, wordt de commanditaire vennootschap immers bestuurd door de vennoten gezamenlijk, inclusief haar commanditaire vennoten. Onduidelijk is vooral of het bestuur volledig aan de commanditaire vennoten kan worden overgelaten, zoals de Werkgroep heeft voorgesteld. Door in de toelichting bij artikel 7:822 te impliceren dat de commanditaire vennoot die zich actief met het beheer bezighoudt tot (gewone) vennoot verwordt en daarmee tevens aansprakelijk is voor alle verbintenissen van de vennootschap, zou geconcludeerd kunnen worden dat het de commanditaire vennoot tóch niet is toegestaan de vennootschap te besturen, althans niet zonder te moeten accepteren dat hij als (gewone) vennoot wordt aangemerkt en dienovereenkomstig aansprakelijk is. Volgens mij is dat niet de bedoeling van artikel 7:822. De bepaling is overgenomen van de Werkgroep (artikel 23), die geen enkel verband legt met het eventuele beheer door de commanditaire vennoot, maar slechts een regeling heeft willen treffen voor het geval dat partijen ervoor kiezen van hoedanigheid te wisselen.[406] Mijns inziens past de toelichting in het Ambtelijk Voorontwerp op dit punt dan ook niet bij de moderne organisatiemogelijkheden waarin wordt voorzien. Het verdient aanbeveling de bestuurspositie van de commanditaire vennoot eenduidig en ongecompliceerd neer te zetten.

6.8 Samenvatting

In het voorgaande is de aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot voor overtreding van artikel 20 lid 1 en 2 WvK aan bod gekomen. Daartoe heb ik eerst het consensuele karakter van de commanditaire vennootschap blootgelegd. Het wezen van deze rechtsvorm verlangt dat alle deelnemers in beginsel ook deelnemen aan haar organisatie en beleidsvorming. De wijze waarop deze vennootschap deelneemt aan het rechtsverkeer, onder een gemeenschappelijke naam, maakt haar tot een op zichzelf staande eenheid met een eigen identiteit. Daaraan zijn ook implicaties verbonden die de verwachtingen van anderen in dat rechtsverkeer beïnvloeden. Wij hebben gezien dat die implicaties verschillen per soort vennoot. De commanditaire vennootschap kent daarvan twee: de gewone vennoot en de commanditaire

405 Toelichting, p. 78.
406 Zie Rapport, p. 110.

vennoot. Deze laatste onderscheidt zich doordat hij bij wijze van geldschieting bij de vennoot is betrokken. Zijn hoedanigheid komt met een bijzondere rechtspositie, een beperkte aansprakelijkheid. Die beperking geldt in twee opzichten. Jegens zijn medevennoten is hij in de eerste plaats tot niet meer gehouden dan het bedrag van zijn overeengekomen inbreng. Ten tweede kan hij door derden, die met de vennootschap hebben gehandeld, niet worden aangesproken. De gewone vennoten zijn daarentegen hoofdelijk jegens deze derden verbonden en als zodanig verplicht tot nakoming van de namens de vennootschap aangegane verbintenissen. Zij zijn het echter ook, die deze verbintenissen namens de vennootschap kunnen aangaan. In beginsel rust verder op hen de taak om de zaken der vennootschap te beheren; zij zijn bevoegd tot intern handelen dat gelet op het doel van de vennootschap tot de normale werkzaamheden behoort. Daden die dat bestek te buiten gaan, behoren tot de bevoegdheid van alle vennoten gezamenlijk. Extern bestaat voor de gewone vennoten in beginsel de mogelijkheid om verbintenissen namens de vennootschap, en dus ook haar gewone vennoten, aan te gaan. Als uitgangspunt geldt dat die bevoegdheid slechts is beperkt tot het verrichten van handelingen die (indirect) aan de verwezenlijking van de doelen van de vennootschap dienstig kunnen zijn. De commanditaire vennoot speelt in dit geheel maar een bescheiden rol. Ingevolge artikel 20 lid 1 WvK mag zijn naam niet in de firmanaam voorkomen (*naamvoeringsverbod*) en ingevolge het tweede lid is hij uitgesloten van het beheer van de vennootschap en evenmin bevoegd haar te vertegenwoordigen (*bestuursverbod*).

Vervolgens is de achtergrond van vorenbedoeld bestuursverbod belicht. Daaruit bleek dat dit verbod met name is bedoeld om derden te beschermen, in welk verband artikel 20 WvK ook wel dient te worden gekarakteriseerd als een bepaling die beoogt te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van de aan de hoedanigheid van de commanditaire vennoot verbonden beperkte aansprakelijkheid. De reikwijdte van deze bepaling bleek echter ook omstreden te zijn. Dat zij strekt tot het verbieden van externe handelingen staat niet ter discussie. Of en in hoeverre intern handelen onder haar werking valt daarentegen wel. Ik heb betoogd dat die discussie inmiddels tot het verleden behoort. De bepaling bestrijkt ook het intern handelen van de commanditaire vennoot, doch de mate waarin dat het geval is kan niet met zekerheid worden vastgesteld. Zelf meen ik dat interne bemoeienissen van de commanditaire vennoot slechts met aansprakelijkheid worden bedreigd, indien dat intern handelen zich extern manifesteert. Dat vereist een actief handelen van de commanditaire vennoot. Mijns inziens kan een dergelijk handelen zich uiten door een eigen extern handelen van de commanditaire vennoot, dan wel doordat hij de gewone vennoten (feitelijk) aanstuurt tot een dergelijk handelen. Als het hen aan enige beleidsvrijheid ontbreekt, handelt de commanditaire vennoot in wezen zelf. Uitsluitend wanneer ook een dergelijk handelen van de commanditaire vennoot tot de reikwijdte van artikel 20 WvK wordt gerekend, is de bepaling een effectief middel om op te komen tegen het misbruik dat zij beoogt te bestrijden.

Maar wat is de omvang van de aansprakelijkheid waarmee vorenbedoelde overtredingen worden bedreigd? Voor de beantwoording van die vraag is met name relevant dat aan artikel 21 WvK, waarin de sanctie op overtreding van bovengenoemde verboden is vervat, een punitief karakter wordt toegeschreven. Dat karakter leidde lange tijd tot een zeer strikte toepassing van de bepaling, als gevolg waarvan de (omvang van de) aansprakelijkheid die de commanditaire vennoot bedreigde als onbillijk werd beschouwd. Het punitief karakter bracht de commanditaire vennoot echter ook verlichting. De Hoge Raad leidde eruit af dat hem ten minste enig verwijt van zijn overtreding moet kunnen worden gemaakt. Dit vereiste laat wat ruimte om te concluderen dat bepaalde overtredingen van het bestuursverbod toelaatbaar zijn, als daaraan omstandigheden ten grondslag liggen die de aanvankelijke verwijtbaarheid van de overtreding kunnen wegnemen. Een handelen dat juist in het belang is van schuldeisers kan zo'n omstandigheid zijn. Er zal in ieder geval sprake moeten zijn van een toerekenbare, persoonlijke normschending wil de conclusie kunnen luiden dat de commanditaire vennoot artikel 20 lid 1 of 2 WvK heeft geschonden. In zijn *Katterug*-arrest heeft de Hoge Raad het punitief karakter van artikel 21 WvK wederom bevestigd. Dat weerhield hem er echter niet van om vervolgens terug te komen op de strenge toepassing van de bepaling en de commanditaire vennoot zodoende tegemoet te komen in diens aansprakelijkheidspositie. Naast voornoemde verwijtbaarheid, die bij de beoordeling van een schending van artikel 20 WvK aan de orde is, maakt de Hoge Raad ruimte voor een tweetal mitigerende factoren met betrekking tot de aansprakelijkheid die uit zo'n schending voortvloeit. Als uitgangspunt geldt dat de commanditaire vennoot dan aansprakelijk is voor alle verbintenissen van de vennootschap, ongeacht wanneer deze zijn ontstaan. Die aansprakelijkheid moet evenwel proportioneel zijn gelet op de aard en ernst van de overtreding. De rechter kan daartoe de omvang van de aansprakelijkheid matigen. Dit proportionaliteitsbeginsel zal mijns inziens veelal moeten leiden tot een beperking van de aansprakelijkheid. De Hoge Raad laat voorts ruimte om aansprakelijkheid in het geheel achterwege te laten indien en voor zover zij door het handelen van de commanditaire vennoot niet of niet ten volle wordt gerechtvaardigd. Daartoe zal de commanditaire vennoot bijzondere omstandigheden moeten stellen en zo nodig bewijzen. Een handelen dat als zaakwaarneming is te kwalificeren of een handelen in het belang van de schuldeisers zou als zodanig kunnen worden aangemerkt. Het achterwege laten van de sanctie van artikel 21 WvK vormt niettemin een uitzondering op de hoofdregel dat de commanditaire vennoot voor overtredingen van de in artikel 20 lid 1 en 2 WvK genoemde verboden aansprakelijk wordt voor alle verbintenissen van de vennootschap en ter zake door iedere wederpartij van de vennootschap kan worden aangesproken. Ten slotte heb ik betoogd dat naar geldend recht een vergelijking tussen de commanditaire vennoot enerzijds en de (mede)beleidsbepaler anderzijds zich moeilijk laat indenken en naar mijn mening geen toegevoegde waarde heeft.

De laatste paragraaf bood een blik naar de toekomst. Het eind 2016 gepresenteerde Rapport Modernisering Personenvennootschap vormt een basis voor een nog te verschijnen wetsvoorstel dat de personenvennootschappen 21e eeuw-*proof* moet maken. Daartoe is op 21 februari 2019 een Ambtelijk Voorontwerp met toelichting gepubliceerd. Ik heb zowel het voorstel van de Werkgroep als dit Ambtelijk Voortonwerp besproken. Voor de commanditaire vennoot heeft de Werkgroep een geheel nieuw regime bedacht, waarin afstand wordt gedaan van het naamvoerings- en bestuursverbod. Niet alleen kan de commanditaire vennoot als (enig) bestuurder van de vennootschap fungeren, hij mag haar ook krachtens volmacht vertegenwoordigen. Zijn aansprakelijkheid houdt nog slechts verband met deze vertegenwoordiging. Ontbreekt het de commanditaire vennoot aan een (toereikende) volmacht, dan is zij te baseren op artikel 3:70 BW en heeft uitsluitend de desbetreffende derde een vordering jegens de commanditaire vennoot. Het gevaar schuilt juist in een bevoegdelijk handelen van de commanditaire vennoot. Dat wordt namelijk bedreigd met een bijzondere aansprakelijkheidsregeling in geval van faillissement van de vennootschap. De effectiviteit van deze regeling heb ik ter discussie gesteld, alsook verschillende knelpunten die naar mijn mening nog een oplossing behoeven. Met het Ambtelijk Voorontwerp sluit de wetgever voor wat betreft de commanditaire vennootschap inhoudelijk grotendeels aan bij het voorstel van de Werkgroep. Helaas roept het ontwerp ook de nodige vragen op en leidt de gekozen benaderingswijze tot onduidelijkheden. De eigen gedachtevorming van de wetgever verhoudt zich mijns inziens niet goed met het *cherrypicken* van ideeën en bepalingen uit het Rapport. Ik heb in het voorgaande met name aandacht gevraagd voor de onduidelijkheid die de wetgever laat bestaan over de positie van de commanditaire vennoot als bestuurder van de CV. In termen van aansprakelijkheid heeft de wetgever het voorstel van de Werkgroep overgenomen. Al met al heeft vooral de Werkgroep met zijn initiatief een fraaie eerste voorzet gegeven voor een modernisering van de rechtspositie van de commanditaire vennoot, maar werpen zowel het voorstel van de Werkgroep als het daarop gebaseerde Ambtelijk Voorontwerp ook de nodige vragen op.

Hoofdstuk 7

CONCLUSIE

'Absolute power unbalanced is anarchic; it eventually destroys both its surroundings and itself', aldus Berle in 1954.[1] In zijn theorieën beschreef hij de vennootschap die is verworden tot een op zichzelf staand instituut en dat door verschillende betrokkenen gezamenlijk wordt gestuurd. De verklaring voor dit institutionaliseren van de vennootschap tot een van de aandeelhouders losgeraakte entiteit, wordt veelal gezocht in doelmatigheidsoverwegingen. Bij een verspreid aandelenbezit zijn de vele aandeelhouders niet in staat en overigens ook niet zonder meer geschikt om leiding te geven aan de vennootschap. Daardoor ontstaat behoefte aan een vorm van absolutisme die gestalte krijgt in het bestuur van de vennootschap, dat tot taak heeft de vennootschap te besturen ten behoeve van haar kapitaalverschaffers. Deze *princes* staan aan het roer van de onderneming en zijn autonoom.[2] Volgens de Nederlandse traditie behartigt het bestuur niet slechts de belangen van de aandeelhouders, maar ook die van andere betrokkenen bij de vennootschap, zoals die van haar werknemers en crediteuren. Dit duale stelstel versterkt niet alleen de depersonalisatie van eigendom, maar is daarvan ook een uitvloeisel en verlegt de verantwoordelijkheid voor het nastreven van belangenpluralisme naar het bestuur. De autonomie van het bestuur moet voorkomen dat de afzonderlijke belangen van alle betrokkenen bij de vennootschap niet onevenredig worden benadeeld.[3]

Aandeelhouders geven evenwel niet blindelings hun kapitaal uit handen aan bestuurders die maar in beperkte mate oog mogen hebben voor het belang van de kapitaalverschaffer. De aan de aandeelhouders toegekende rechten zorgen ervoor dat zij samen met het bestuur invulling kunnen geven aan het beleid van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. De zelfstandigheid van het bestuur is dan ook niet absoluut. De aandeelhouders bepalen zelf de inhoud van hun samenwerking en beslissen over de structuur en continuïteit van de vennootschap. De uitoefening van bestuursbevoegdheden kan aan de goedkeuring van de aandeelhouders zijn onderworpen, bestuurders kunnen gehouden zijn redelijke instructies

1 Berle 1954, p. 66.
2 Zie paragraaf 2.3.
3 Zie paragraaf 3.6.

van de aandeelhouders op te volgen en de aandeelhouders kunnen op indirecte wijze sturing geven aan het bestuursbeleid door gebruik te maken van de bevoegdheid om bestuurders te ontslaan. Ten slotte zijn de aandeelhouders bij machte de invulling van de bestuurstaak te kleuren, doordat zij mede het door het bestuur te behartigen vennootschappelijk belang bepalen en via statuten én aandeelhoudersovereenkomsten deze bestuurstaak een nadere duiding kunnen geven.[4] De wisselwerking tussen beide organen in het duale stelsel beoogt een balans te creëren, teneinde een proportionele uitoefening van bevoegdheden door de organen van de vennootschap te bereiken. Een *absolute power* kent de vennootschap niet; het bestuur is geen despoot, terwijl de bevoegdheden van de aandeelhouders zich in essentie beperken tot de aard van de in de vennootschap vormgegeven samenwerking.

Het bestaan van de vennootschap en de inrichting daarvan zeggen evenwel niets over haar kwalificatie dóór het recht. Of en in hoeverre de kapitaalverschaffers de in vennootschapsvorm gegoten samenwerking als zodanig aan het rechtsverkeer kunnen doen deelnemen, is niet afhankelijk van haar inrichting. Evenmin zegt het aanstellen van bestuurders om aan deze samenwerking leiding te geven iets over die deelname. Uitsluitend het objectieve recht maakt het bestaan van de vennootschap als zodanig mogelijk. Men heeft het nodig geacht om naast de mens een andere soort deelnemer aan het rechtsverkeer te creëren, een entiteit die slechts bestaat in en door datzelfde recht. De figuur die wij aanduiden als rechtspersoon. Deze is te onderscheiden van de mens, die voor het recht als natuurlijk persoon wordt aangeduid. Dat niet iedere op het behalen van winst gerichte samenwerking tussen mensen in de vorm van een rechtspersoon door het leven hoeft te gaan, blijkt aanstonds uit het bestaan van de personenvennootschap. Ondanks dat de daartoe behorende vennootschapsvormen naar geldend recht niet als rechtspersoon worden aangeduid, nemen zij vrijwel steeds[5] als zodanig deel aan het rechtsverkeer. Ook deze vennootschappen ontlenen hun bestaan aan het recht en zijn voor hun functioneren afhankelijk van hetgeen door de wet, en de invulling daarvan in de rechtspraak, alsook de overeenkomst van vennootschap is bepaald.

Dat aan de ene vennootschapsvorm wel rechtspersoonlijkheid is toegekend en de andere dit kenmerk ontbeert, zegt vervolgens weinig over de rechten en verplichtingen van degenen die de betreffende entiteit oprichten of vormen, deelnemen in haar kapitaal, haar besturen, met haar handelen en van haar te vorderen hebben. Ook om die vragen te beantwoorden, moeten we te rade gaan bij het positieve recht. Voor de rechtspersoon kunnen daaruit twee belangrijke eigenschappen worden gedestilleerd. De rechtspersoon is ten eerste zelfstandig drager van rechten en plichten. Ten tweede heeft de rechtspersoon een eigen doel, dat niet aan het bestaan en de

4 Zie paragraaf 3.6.3.3.2.

5 Een stille maatschap treedt niet onder gemeenschappelijke naam naar buiten en neemt dus niet als zodanig – het samenwerkingsverband tot uiting brengend – deel aan rechtsverkeer.

belangen van individueel bepaalde personen gebonden is. Het zijn deze eigenschappen die de rechtspersoon in staat stellen om zelfstandig aan het (vermogensrechtelijke) rechtsverkeer deel te nemen. Het ontbreekt de rechtspersoon echter aan de fysieke en geestelijke eigenschappen om daadwerkelijk een eigen bestaan te leiden. De rechtspersoon heeft daarom altijd behoefte aan natuurlijk personen, die voor haar handelen en haar beleid en strategie bepalen. Nu de rechtspersoon strikt genomen nooit zelf kan handelen, moet hij worden vertegenwoordigd om aan het rechtsverkeer te kunnen deelnemen.

Voor personenvennootschappen ligt dat net even anders. Het gebrek aan rechtspersoonlijkheid maakt iedere (openbare) personenvennootschap in feite slechts tot een samenwerkingsverband dat onder gemeenschappelijke naam naar buiten treedt. Strikt genomen heeft de personenvennootschap geen behoefte aan regels omtrent vertegenwoordiging. De vennoten kunnen de personenvennootschap vertegenwoordigen door gezamenlijk, als het collectief, naar buiten te treden. Het beginsel van contractsvrijheid staat verder toe dat de vennoten een of meer van hen aanwijzen om de samenwerking als zodanig te vertegenwoordigen. Het huidige recht sluit daarbij aan. Regels omtrent de vertegenwoordiging van hun samenwerking kunnen de vennoten in vergaande mate zelf bepalen; de wet voorziet maar in enkele dwingendrechtelijke bepalingen. Ook feitelijk handelen van natuurlijk personen kan aan de rechtspersoon of de personenvennootschap worden toegerekend, wanneer het betreffende handelen in het maatschappelijk verkeer als handelingen van de rechtspersoon respectievelijk de personenvennootschap kunnen worden beschouwd.

Vertegenwoordiging ziet op de toerekening van (rechts)handelingen aan een ander. Omdat een rechtspersoon zelf drager van rechten en verplichtingen kan zijn, worden daden van vertegenwoordiging door haar bestuur aan de rechtspersoon toegerekend. Bestuurders kunnen dus jegens derden verplichtingen aangaan *namens* de rechtspersoon, zonder dat zij zelf gebonden raken. Het gebrek aan deze eigenschap bij de personenvennootschap, maakt dat vennoten in beginsel, anders dan bestuurders van rechtspersonen, wel zelf gebonden raken wanneer zij voor de samenwerking als zodanig naar buiten treden. Niet onbelangrijk is echter dat de personenvennootschap kenmerken heeft die de eigenschappen van de Nederlandse rechtspersoonlijkheid benaderen. Tot op zekere hoogte kan daarom wel wordt gezegd dat ook personenvennootschappen rechtssubjectiviteit hebben. De meest relevante van die kenmerken is het *afgescheiden vermogen*.[6] Rechtshandelingen die namens de personenvennootschap worden aangegaan, treffen haar (ook) in dit eigen vermogen. Aldus kunnen vennoten wel degelijk 'de vennootschap' binden.[7]

6 Paragraaf 6.2.1.
7 Paragraaf 6.2.3.

De eigen rechtssubjectiviteit is dus van belang bij de beantwoording van vraagstukken die de *gebondenheid* van een bepaalde entiteit betreffen. De rechtspositie van vorenbedoelde natuurlijk personen wordt daarentegen niet zonder meer bepaald door de gevolgen die het recht aan rechtspersoonlijkheid of rechtssubjectiviteit verbindt. Voor bestuurders van rechtspersonen voorzien de regels over vertegenwoordiging erin dat zij niet gebonden raken en derden waarmee is gehandeld hun vordering slechts op het vermogen van de rechtspersoon kunnen verhalen. Het feit dat de rechtspersoon drager is van haar eigen verplichtingen, maakt evenwel niet dat ook de aansprakelijkheid van aandeelhouders is beperkt of dat zij niet gehouden zouden zijn om eventuele verliezen te compenseren. Voor kapitaalverschaffers voorziet de wet daartoe in een beperking van hun aansprakelijkheid, door te bepalen dat zij niet persoonlijk aansprakelijk zijn voor hetgeen in naam van de vennootschap wordt verricht en evenmin gehouden zijn om tot een hoger bedrag dan hetgeen op de aandelen behoort te worden gestort in de verliezen van de vennootschap bij te dragen.[8] Bij de personenvennootschappen geldt een andere regime: de vennoten raken ook zelf verbonden en zijn jegens schuldeisers van de vennootschap hoofdelijk verbonden.[9] Voor de maten in een maatschap bepaalt de wet dat zij ieder (slechts) voor gelijke delen zijn verbonden.[10] Alleen de commanditaire vennoot heeft een betere en met de aandeelhouder van een kapitaalvennootschap vergelijkbare positie. Hij raakt in beginsel niet gebonden voor hetgeen in naam van de vennootschap is verricht en hoeft niet meer bij te dragen in haar verliezen dan het bedrag van zijn overeengekomen inbreng.[11]

Beperkte aansprakelijkheid moet als een aan de kapitaalverschaffers verleend *voorrecht* worden beschouwd. Het is weliswaar naar de huidige opvatting een wezenlijk kenmerk van de kapitaalvennootschappen, maar geen vanzelfsprekendheid noch een uitvloeisel van rechtspersoonlijkheid. Zij is het kind van de idee dat beperking van aansprakelijkheid de bereidheid tot investering vergroot en risicospreiding voor deze investeerders faciliteert. Het beschermt de kapitaalverschaffer tegen vorderingen van schuldeisers van de vennootschap. Tegelijkertijd waarborgt het de verhaalsrechten van de schuldeisers van de vennootschap, doordat schuldeisers van de kapitaalverschaffer hun vorderingen niet op het vennootschapsvermogen kunnen verhalen. Ik heb de beperking van aansprakelijkheid voor kapitaalverschaffers beschreven als een maatschappelijk aanvaard verschijnsel gebaseerd op het gezamenlijke voordeel voor de samenleving bij economische welvaart.[12] Beperking van aansprakelijkheid stimuleert immers het ondernemersklimaat en leidt zo tot een positief effect op de economie. Echter, niet zonder nadelen. Ondernemen is ook risico's nemen, terwijl de

8 Zie voor de besloten vennootschap artikel 2:175 lid 1 BW.
9 Artikel 18 WvK.
10 Artikel 7A:1680 BW.
11 Artikel 20 lid 3 WvK.
12 Zie paragraaf 5.2.1.

beperking van aansprakelijkheid als een belangrijke, en vooral onwenselijke, prikkel wordt gezien om meer of grotere risico's te nemen dan de ondernemer bereid zou zijn te nemen als zijn aansprakelijkheid onbeperkt zou zijn. Deze risico's worden door een beperking van aansprakelijkheid van de ondernemer niet in absolute zin beperkt noch geëlimineerd. Zij worden verlegd en, in ieder geval deels, afgewenteld op schuldeisers van de vennootschap. Beperkte aansprakelijkheid is zodoende ook een risico*verdeler*. Met name bij de besloten vennootschap lijkt die verdeling uit verhouding te zijn geraakt.[13] Regels die schuldeisers van de vennootschap beoogden te beschermen, zijn vrijwel volledig afgeschaft, met een inklinking van de rechtvaardiging voor beperkte aansprakelijkheid tot gevolg. De aansprakelijkheid van actoren binnen en rondom de vennootschap, in het bijzonder bestuurders, is er veelal voor in de plaats gekomen.[14] De verschillende regelingen dienaangaande lijken een ondergrens te markeren. Ongeoorloofd handelen begint waar dit geschiedt met de objectieve wetenschap dat de vennootschap na die handeling niet in staat zal zijn haar schulden te voldoen, zodat schuldeisers zullen worden benadeeld.[15]

Met deze ondergrens wordt het domein van misbruik betreden. Bij misbruik van rechtspersoonlijkheid gaat het in essentie om het gebruik van rechtspersonen waarbij met opzet of aan onverantwoordelijkheid grenzende opzet de belangen van schuldeisers worden veronachtzaamd. Het recht tolereert opzettelijke benadeling van schuldeisers niet, terwijl aan onverantwoordelijk handelen – zij het met de nodige prudentie – ook paal en perk wordt gesteld.[16] Benadeling van schuldeisers ligt echter op de loer wanneer natuurlijk personen onder de bescherming van rechtspersoonlijkheid of beperkte aansprakelijkheid aan het rechtsverkeer kunnen deelnemen; zij worden rechtens in staat gesteld risico's op andere deelnemers aan het rechtsverkeer af te wentelen. Bestuurdersaansprakelijkheid biedt slechts in beperkte mate bescherming tegen dergelijk handelen, omdat er altijd wel onvermogende stromannen kunnen worden gevonden die onbevreesd de plek van een daadwerkelijk malafide beleidsbepaler willen innemen. Reeds bij de ontwikkeling van de commanditaire vennootschap werd duidelijk dat een meer efficiënte bescherming van schuldeisers noopte tot het leggen van verbanden tussen beleidsbepaling enerzijds en aansprakelijkheid anderzijds.[17] Rechtspersoonlijkheid en beperkte aansprakelijkheid vragen om mogelijkheden om de natuurlijk personen die van deze voorrechten

13 Waarover in het bijzonder paragraaf 5.2.3.1.
14 Zie paragraaf 5.2.3.
15 Zie paragraaf 4.2.4.2.1 met betrekking tot de aansprakelijkheid van beleidsbepalers in faillissement, paragraaf 4.3.6 met betrekking de aansprakelijkheid van beleidsbepalers wegens onrechtmatige daad, paragraaf 5.2.2.4 met betrekking tot aansprakelijkheid als gevolg van vereenzelviging, paragraaf 5.3.2.5 met betrekking tot concernaansprakelijkheid en paragraaf 6.4.1 voor de aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot.
16 Zie paragraaf 4.2.1.1.
17 Zie paragraaf 6.3.1.

gebruikmaken, op het juiste pad te houden (gedragsnormering) en desnoods toch aansprakelijk te kunnen stellen.

Eind jaren 80 werden die mogelijkheden voor wat betreft de kapitaalvennootschappen uitgebreid op een wijze die in de kern weinig lijkt te verschillen van het commanditaire voorbeeld. Met de invoering van de WBA en WBF deed de (mede) beleidsbepaler intrede in bepalingen over aansprakelijkheid van bestuurders. In de strijd tegen misbruik konden zo niet alleen de formele bestuurders beter worden aangepakt, maar ook zij die een feitelijke machtspositie bekleedden. De figuur is aangeslagen, want ook in later ingevoerde regelingen over de aansprakelijkheid van bestuurders, alsmede bij wijzigingen van de Faillissementswet en het Wetboek van Strafrecht, is de (mede)beleidsbepaler geen onbekende.[18] Dat de vraag wie als zodanig is aan te merken casuïstisch van aard is en daardoor niet altijd eenvoudig is te beantwoorden, staat er schijnbaar niet aan in de weg dat de praktijk goed uit de voeten kan met de huidige regelingen. Naar mijn mening leidt deze aard wel tot rechtsonzekerheid, met name voor de (mede)beleidsbepaler. Daarom zou bij het beoordelen van aansprakelijkheid en een beroep op disculpatie wel rekening moeten worden gehouden met de mate waarin een (mede)beleidsbepaler de mogelijkheden of middelen had om anders te handelen, dan wel in te grijpen en schadebeperkend op te treden. Als uitgangspunt geldt echter dat de (mede)beleidsbepaler die zich daadwerkelijk als bestuurder heeft gedragen, die hoedanigheid ook maar moet waarmaken en de daaraan verbonden nadelige risico's op de koop toenemen, ongeacht of de betreffende actor zich tijdens zijn gedragingen bewust is geweest van de kwalificatie die de wet aan zijn betrokkenheid bij de vennootschap verbindt. Zowel leden van organen van de vennootschap als buitenstaanders hebben zodoende aansprakelijkheid te vrezen, maar uitsluitend wanneer zij hun vennootschappelijke of contractuele bevoegdheden overschrijden.

Bovendien weten rechters ook zonder specifieke wettelijke bepalingen het hoofd te bieden aan misbruik van rechtspersoonlijkheid en beperkte aansprakelijkheid, alsook onverantwoord handelen en nalaten. Het leerstuk van de onrechtmatige daad biedt in dit verband uitkomst. De door mij besproken regelingen over aansprakelijkheid zijn ofwel een lex specialis van de onrechtmatige daad, ofwel een concrete uitwerking daarvan. In deze context is voor de aansprakelijkheid van bij de rechtspersoon betrokken actoren, zoals bestuurders, oneigenlijke (mede)beleidsbepalers en moedervennootschappen, een eigenzinnig toetsingskader uitgedacht. Naar mijn mening verschillen die kaders niet wezenlijk van elkaar en vormt de wetenschap van benadeling – als het opzetvereiste in strafrechtelijk jargon – de spil in de beoordeling van aansprakelijkheid. Hierbij past de kanttekening dat de wetgever door middel

18 Zie paragraaf 4.2.1.

van bewijsvermoedens[19] de beoordeling van aansprakelijkheid deels heeft gedemarceerd. Daardoor kan de vraag naar de aanwezigheid van opzet of onverantwoordelijkheid van de betreffende actor uit het oog worden verloren. Bij de toepassing van artikel 6:162 BW is verder opvallend de gekunstelde wijze waarop voor anderen dan formele bestuurders van vennootschappen een hoge drempel voor aansprakelijkheid wordt gehanteerd, door het toekennen van een functionele betekenis aan het begrip (mede)beleidsbepaler. Een ontwikkeling waarvan ik een tegenstander ben.[20]

Ook in concernverhoudingen krijgt de onrechtmatige daadsactie een eigen dimensie, die mede het gevolg is van de concernleidingsplicht die aan de moedervennootschap, als enig aandeelhouder en soms ook bestuurder van haar dochter, wordt toegedicht. Het element zeggenschap treedt bij de beoordeling van aansprakelijkheid in deze verhoudingen duidelijk naar voren, nu het concernverband als zodanig reeds bemoeienis van de moeder veronderstelt. Naarmate de zeggenschap toeneemt, mag ook meer van de moeder worden verwacht, in het bijzonder als de omstandigheden van het geval daartoe aanleiding geven. Met het aannemen van een meer leidinggevende rol is ook de uitbreiding van inzicht in de dochter op haar plaats. Door op deze wijze haar verantwoordelijkheid te nemen, opent de moeder echter ook de deur voor aansprakelijkheidsrisico's.

Hier tekent zich een parallel af met de positie van (mede)beleidsbepalers. Eerst wanneer de (mede)beleidsbepaler zich een bepaalde mate van verantwoordelijkheid heeft aangetrokken, door ofwel samen met het bestuur het beleid te bepalen ofwel zich boven het bestuur te plaatsen, kan aansprakelijkheid aan de orde zijn. Waar de moeder afhankelijk van haar invloed kan worden beschouwd als de bestuurder van het concern als zodanig, is de (mede)beleidsbepaler dat op macro niveau, namelijk binnen één vennootschap. Een belangrijk verschil is echter gelegen in de aanleiding voor aansprakelijkheid. Voor aansprakelijkheid wegens (mede)beleidsbepaling is mijns inziens vrijwel altijd een actief handelen van de (mede)beleidsbepaler vereist. De (mede)beleidsbepaler moet zich feitelijk met het bestuur van de vennootschap hebben ingelaten. De aansprakelijkheid van een moeder in concern kan echter óók zijn gebaseerd (en is dat veelal ook) op een nalaten van de moeder om in te grijpen bij de dochter waar zij dat kan door ofwel gebruik te maken van haar formele bevoegdheden als aandeelhouder ofwel de zeggenschap aan te wenden die voortkomt uit haar intensieve bemoeienis.[21] Daarvan is eerste sprake wanneer op basis van haar inzicht en kennis, voortvloeiende uit de intensieve bemoeienis, een

19 Ik doel hier voornamelijk op de bewijsvermoedens in artikel 2:248 (138) lid 2 BW, artikel 36 lid 3 IW en artikel 23 lid 3 Wet Bpf 2000.

20 Zie paragraaf 4.3.2.

21 Zie met betrekking tot de (mede)beleidsbepaler paragraaf 4.2.3.1, waar ik heb betoogd dat een passieve rol bij de (mede)beleidsbepaler met name eerst aan de orde is wanneer de (mede)beleidsbepaler een beroep op disculpatie doet.

zorgplicht jegens schuldeisers van haar dochter is vast te stellen. Bij de beoordeling van haar aansprakelijkheid gaat het dan niet zozeer om de vraag óf zij zich met het beleid van de dochter heeft ingelaten, maar vormt de mate van inzicht in en kennis over de dochter in combinatie met de al dan niet aanwezige mogelijkheid om schuldeisers van de dochter voor schade te behoeden het relevante toetsingskader.[22] Ik meen dan ook dat de reikwijdte van het leerstuk van indirecte doorbraak ruimer is dan die van artikel 2:248 lid 7 BW. Dat valt te verklaren door de afbakening die de uit deze bepaling voortvloeiende kwalificatievraag bewerkstelligt, in het bijzonder het vereiste dat moet zijn gehandeld als ware men bestuurder. Omdat hierdoor een actief handelen wordt verlangd, zal de moeder niet als zodanig kwalificeren wanneer zij juist nalaat om op te treden. Deze beperkte werking van artikel 2:248 lid 7 BW ten opzichte van het resultaat dat met een indirecte doorbraak kan worden gerealiseerd, strookt mijns inziens met de wens van de wetgever om de WBF-aansprakelijkheid te reserveren voor uitzonderlijke gevallen. Gelet op het verschil in de omvang van aansprakelijkheid valt daar wel iets voor te zeggen. Als (mede)beleidsbepaler is de moeder immers aansprakelijk voor het boedeltekort, dat veel omvangrijker kan zijn dan de schade die schuldeisers van de dochter daadwerkelijk hebben geleden.

Uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat hij weinig voelt voor vormen van rechtsvinding, wanneer de oplossing ook in het leerstuk van de onrechtmatige daad kan worden gezocht. Wellicht dat de eenvoud van vereenzelviging, die deze grondslag ontbeert, reden is om dit leerstuk vrijwel tot de theorie te beperken. De inzet van vereenzelviging mag mijns inziens in de strijd tegen misbruik van vennootschappen wel nieuw leven worden ingeblazen.[23] Het leerstuk van vereenzelviging is niet zozeer gericht op de aanpak van misbruik van rechtspersonen verband houdend met het bepalen van het doen en laten van de entiteit, maar op het misbruik van de zelfstandige identiteit van twee of meer rechtspersonen en het onderscheid tussen vermogens dat daaruit voortvloeit. De relevante betekenis van zeggenschap is hierbij het aspect van de (feitelijke) beheersing van de betrokken rechtspersonen. Bij het beoordelen van aansprakelijkheid staat deze zeggenschap als zodanig minder centraal, omdat met name aandacht wordt besteed aan de wijze waarop die zeggenschap bij de verschillende entiteiten is aangewend om misbruik te maken van de verschillende (vermogens van) rechtspersonen die tot benadeling van schuldeisers leidt. De sanctie op deze misbruikvorm sluit daarop aan. Het onderscheid tussen de verschillende (vermogens van) rechtspersonen dat wordt aangewend om schuldeisers te benadelen wordt weggedacht teneinde het nadeel op te heffen.[24] Een duidelijke overeenkomst met (met name) de aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot is hierbij te ontwaren. Het gerechtvaardigde vertrouwen van derden ten aanzien van de aansprakelijkheidspositie van de commanditaire vennoot wordt beschermd

22 Zie paragraaf 5.3.3.
23 Daarover gaat paragraaf 5.2.3.
24 Waarover paragraaf 5.2.2.

door deze vennoot aansprakelijk te houden, wanneer hij het bestuursverbod overtreedt. Dit vanuit de gedachte dat derden door besturend handelen van een commanditaire vennoot zouden kunnen denken dat zij met een hoofdelijk aansprakelijke, beherend vennoot van doen hebben. Bij het leerstuk van vereenzelviging zou deze gedachte zo kunnen worden vertaald dat degene die zich als drager van rechten en verplichtingen naar derden presenteert, daarvoor ook moet instaan.[25] Het misbruiken van rechtspersoonlijkheid om dat gerechtvaardigde vertrouwen te schenden kan door middel van vereenzelviging worden aangepakt.

Ten slotte de commanditaire vennoot. Zijn aansprakelijkheid jegens schuldeisers van de CV berust niet direct of indirect op artikel 6:162 BW, maar op artikel 21 WvK. Naar de huidige stand van de rechtspraak moet evenwel sprake zijn van vergelijkbare, bijzondere omstandigheden om tot aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot te komen. Waar het deze bepaling bovendien tot voor kort aan de nodige finesse ontbrak, hebben rechters inmiddels de mogelijkheid om tot aansprakelijkheid te concluderen met nagenoeg dezelfde bijkomende tools als bij de andere door mij besproken aansprakelijkheidsregelingen. Bij de commanditaire vennootschap is duidelijk nog een tweede aanleiding voor aansprakelijkheid te onderscheiden, naast de opzettelijke benadeling van of onverantwoordelijk handelen jegens schuldeisers van de vennootschap. Het gaat dan om het gerechtvaardigde vertrouwen dat bij derden of een wederpartij is gewekt, zoals ik dat hiervoor in relatie tot vereenzelviging al aanstipte. De hieraan ten grondslag liggende gedachte klinkt volgens mij ook door bij de andere aansprakelijkheidsregelingen die ik heb besproken. Degene die zich een hoedanigheid aanmeet, moet instaan voor die hoedanigheid. Onder omstandigheden mogen derden afgaan op de uiterlijke schijn die door andere deelnemers aan het rechtsverkeer is gewekt.[26] Dat geldt ook wanneer die ander de schijn niet zelf heeft opgewekt, maar deze schijn hem in de verhouding tot zijn wederpartij wel kan worden toegerekend. Verwijtbaarheid aan de zijde van de opwekker is daartoe niet vereist. Het uitgangspunt dat men zal moeten instaan voor een hoedanigheid vraagt noodzakelijkerwijs om een oplossing voor gevallen waarin de aangemeten hoedanigheid ontbreekt. Pseudo-gevolmachtigden zullen dan het positieve contractsbelang van de benadeelde wederpartij moeten vergoeden. Bij gebrek aan een formele benoeming tot bestuurder, zouden (mede)beleidsbepalers de dans van aansprakelijkheid niet moeten kunnen ontspringen. De leidinggevende moedervennootschap die over inzicht en zeggenschap beschikt, zal bij een concrete aanleiding en voor zover het in haar macht ligt, bij haar dochter moeten ingrijpen. De commanditaire vennoot die de indruk wekt dat hij met zijn gehele vermogen instaat voor de schulden van de vennootschap, zal daartoe ook daadwerkelijk kunnen worden veroordeeld. De commanditaire vennoot dient evenwel niet louter als geldschieter te worden beschouwd.

25 Dit blijkt uit de achtergrond van het voor de commanditaire vennoot geldende bestuursverbod, zoals beschreven in paragraaf 6.3.1.

26 Artikel 3:36 BW.

Hoewel het voor kapitaalverschaffers van rechtspersonen vanzelfsprekend is dat zij bepaalde zeggenschapsrechten hebben, lijkt het bestuursverbod de commanditaire vennoot ervan te weerhouden om zich überhaupt met het beleid van de vennootschap in te laten. Toch heeft ook deze vennoot de nodige betrokkenheid bij de interne orde van de vennootschap en een bepaalde mate van interne zeggenschap.[27] Met name besturend handelen dat zich extern manifesteert kan tot aansprakelijkheid leiden, terwijl intern beleidsbepalend handelen naar mijn smaak veelal niet als een overtreding van het bestuursverbod moet worden aangemerkt. Dat is slechts anders wanneer dat interne handelen zich óók extern manifesteert. Net als bij de (mede)beleidsbepaler, maar in mindere mate bij de indirecte doorbraak in concern, zal voor de aansprakelijkheid van een commanditaire vennoot met name een actief handelen zijn vereist. Zijn positie is echter niet op een lijn te stellen met die van (mede) beleidsbepalers.[28] Dat is mijns inziens te verklaren door het algemene karakter van artikel 21 WvK, welke bepaling op de keper beschouwd reeds werkt wanneer een besturend handelen van de commanditaire vennoot is vastgesteld, terwijl deze bepaling (nog steeds) de intentie heeft om commanditaire vennoten van enig besturend handelen te weerhouden door de dreiging van aansprakelijkheid als straf.[29] Voor de (mede)beleidsbepaler geldt daarentegen een specifiek regime dat van toepassing is in beperkte gevallen en waarvan nimmer een ruime werking is beoogd. Ook het verschil ten opzichte van de positie van de moedervennootschap in concern laat zich duiden. Van haar wordt immers juist verwacht dat zij zich tot op zekere mate inlaat met het bestuur van haar dochters en, wanneer daarvoor aanleiding bestaat, zelfs ingrijpt. De concernverhouding geeft een eigen dimensie aan de aandeelhoudersrol van de moeder. Deze resulteert erin dat met de dreiging van aansprakelijkheid niet zozeer wordt beoogd om haar van inmenging te weerhouden. Eerder wordt de van haar verlangde verantwoordelijkheid en de mate van inmenging met een daarmee overeenstemmend aansprakelijkheidsrisico belast.[30] Het (mogelijk) toekomstige regime voor de commanditaire vennoot komt daarentegen meer in de buurt van het kader dat ook voor (mede)beleidsbepalers geldt. Een belangrijke kanttekening daarbij is echter dat de aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot onder het voorgestelde regime wordt gekoppeld aan door hem verrichte rechtshandelingen en niet het (mede)bepalen van het beleid. Dat is opvallend, omdat het besturen van een vennootschap meer inhoudt dan het verrichten van rechtshandelingen.

Volgens mij schuilt de essentie van aansprakelijkheden die met beleidsbepaling verband houden in de aangemeten, feitelijke hoedanigheid waaraan een bepaalde mate van verantwoordelijkheid is gekoppeld. Beleidsbepalers, moedervennootschappen en commanditaire vennoten kenmerken zich door de feitelijke invloed

27 Zie over de reikwijdte van het bestuursverbod paragraaf 6.3.2.
28 Waarover paragraaf 6.5.
29 Zie paragraaf 6.4.1.
30 Zie paragraaf 5.3.2.5.

die zij kunnen doen gelden, hoewel zij (veelal) ook een formele positie bekleden waaraan formele bevoegdheden zijn toegedicht. Het is evenwel de uitoefening van deze feitelijke invloed die hen in staat stelt om buiten de kaders van wet en overeenkomst de vennootschap te beheersen. Aansprakelijkheidsregels om gedrag te sturen, normeren en compenseren, vereisen veelal een formele positie die zich niet goed laat rijmen met vorenbedoelde feitelijke invloed. Bijzondere wettelijke aansprakelijkheidsbepalingen kennen immers dikwijls een normadressaat en moeten voor hun werkzaamheid tot een of meer specifiek aan te duiden personen zijn gericht. Daarin ligt mijns inziens de uitdaging besloten bij de aanpak van feitelijke beheersing van vennootschappen.

Artikel 6:162 BW laat hierbij de meeste ruimte door zich te richten tot degene die een onrechtmatige daad pleegt, terwijl de invulling van het begrip onrechtmatige daad van de maatschappelijke opvatting afhankelijk is. Deze veelzijdigheid werkt evenwel ook rechtsonzekerheid in de hand, zodat specificering mijns inziens gewenst is. De WBA en WBF voorzien in een dergelijke specificering door te verwijzen naar het begrip (mede)beleidsbepaler. Of iemand als zodanig kwalificeert, moet echter van geval tot geval worden beoordeeld en ook dat kan tot rechtsonzekerheid leiden. Dit geworstel met aansprakelijkheid voor feitelijke beheersing is evenzeer terug te zien in concernverhoudingen. Het gebrek aan bijzondere bepalingen voor groepsstructuren ligt daaraan mede ten grondslag. Bovendien is moeilijk te bepalen wanneer de verantwoordelijkheid van een moedervennootschap omslaat naar aansprakelijkheid. Enerzijds wordt van de moeder verwacht dat zij zich met haar dochters bemoeit en vormt het belang van de groep een door de dochters in acht te nemen belang, dat in sommige gevallen zelfs prevaleert boven het belang van de dochter. Anderzijds is de Nederlandse regeling voor kapitaalvennootschappen vrijwel geheel toegesneden op de vennootschap die niet in concernverband opereert. De aan het bestuur toegekende autonomie ten opzichte van de aandeelhouder geldt ook voor het bestuur van een dochtervennootschap en moet door de moedervennootschap worden gerespecteerd. Het dochterbestuur zal telkens een zelfstandige afweging moeten maken, waardoor de moeder in haar leidinggevende functie wordt beperkt. Het omslagpunt bevindt zich ergens binnenin dit spanningsveld. Ten slotte de commanditaire vennoot, wiens absolute aansprakelijkheid bij overtreding van het bestuursverbod vrij recent veranderde en die thans binnen een meer relatief kader wordt berecht. Aan de overtredingen die tot aansprakelijkheid kunnen leiden is weinig veranderd; discussies over daden van bestuur behoren niet tot het verleden. De gevolgen van vorenbedoelde overtredingen zijn echter in belangrijke mate gemitigeerd, althans de commanditaire vennoot heeft in rechte meer mogelijkheden gekregen om zich tegen de omvang van zijn aansprakelijkheid te verweren.

De door mij besproken aansprakelijkheden steunen volgens mij dan ook op twee pijlers: opzettelijke benadeling van schuldeisers en de perceptie of het gerechtvaardigd vertrouwen van deze schuldeisers. Het eerste moet worden voorkomen of

bestraft; het tweede bepaalt in belangrijke mate wie daarvoor moet opdraaien en deels ook de omvang van diens aansprakelijkheid. Als maatschappelijk aanvaard uitgangspunt heeft te gelden dat een gedeeltelijke afwenteling van ondernemersrisico's op schuldeisers is geoorloofd. Die afwenteling mag echter niet voortkomen uit een bewust handelen dat strekt tot benadeling van schuldeisers, nu dit naar de maatschappelijke opvatting als onrechtmatig kwalificeert. Het is vervolgens degene die feitelijk handelt, die tot de orde moet worden geroepen. De juridische fictie waarvan hij zich bedient, mag dan weliswaar *de iure* drager van rechten en verplichtingen zijn, maar *de facto* is het uiteindelijk de mens die handelt en wiens gedrag moet worden gestuurd. Een ongelimiteerde beperking van aansprakelijkheid zou tot een anarchie leiden, waarin naar hartenlust risico's kunnen worden genomen. De met feitelijke beheersing van vennootschappen verband houdende aansprakelijkheid brengt die anarchie in balans.

Hoofdstuk 8

SUMMARY

Control and liability: a triptych on the liabilities of de facto policymakers of companies

This thesis focuses on the de facto control of Dutch companies. After a general introduction (chapter 1) and an explanation of the organisation of companies (chapter 2), the author first discusses the role of management board members of private limited companies and the degree of their autonomy (chapter 3). Next, three types of liability related to the de facto control of companies are discussed. The first is the position of actual (co-) policymakers. In the first part of this chapter the author discusses special statutory provisions in which (co-)policymakers are equated, in terms of liability, with formal directors under the articles. The second part of this chapter includes a study of the liability of (co-)policymakers based on general liability law (chapter 4). The following chapter is also divided into two parts and deals with the Dutch doctrines of piercing the corporate veil. The author first advocates the doctrine of identification in this regard, after which the author discusses the so-called indirect form of piercing the corporate veil from the perspective of groups of companies (chapter 5).The last part of the triptych deals with the liability of limited partners (*commanditaire vennoten*) under Dutch law. To this end, the author first discusses the current position of limited partners and then discusses proposals to amend the current statutory rules (chapter 6). His conclusion (chapter 7) includes both a contemplation of the triptych and a representation of parallels and contradictions discovered between the three forms of liability for the actual control of companies.

8.1 Introduction

The starting point of this research is the autonomy of companies as participants in the legal system on the one hand, and the protection from liability for the persons controlling and owning companies on the other. Under Dutch law, directors of legal entities are in principle protected against liability because their actions are attributed to the company, while the liability of shareholders is by statutory law limited to their contribution. In the case of a limited partnership, the limited partner enjoys the same

limitation of liability, but its managing partners have less protection against liability than the directors of legal persons. They are jointly and severally liable. The limitation of liability is justified by a separation of powers and stimulates the entrepreneurial climate. The nexus between policy-making and liability is reflected in different regimes in which, in order to prevent abuse of legal persons, acting as a director is threatened with liability. This forms the common denominator of the three parts of the triptych discussed in this thesis: liability of the (co-)policymaker, identification and liability in group relationships and the liability of limited partners resulting from violation of the prohibition for this partner to be involved in the management of the company.

8.2 Legal personality and liability

For most legal entities, the aforementioned separation of powers is put in place by a formal distinction between onwnership and control. This distinction is related to the fact that a legal entity is unable to act by itself. Actually participating in a legal system requires the help of people. Company law makes sure that legal persons can participate in legal transactions through natural persons by assigning tasks, responsibilities and powers to the various bodies. The separation of ownership and control can be traced back to companies with a multitude of shareholders, where efficiency demanded that management be outsourced to a separate body. For that reason, the management of the company as well as its participation in the legal system have been assigned to the board of directors. In order to maintain control of their investment, the shareholders jointly have the power to directly or indirectly influence the company's policy, whereas the board of directors is tasked with protecting the interests of all those involved with the company. In this way shareholders retain a say in the company and the board of directors is required to ensure a balanced representation of the interests of both shareholders and other persons involved, such as employees and creditors.

In the absence of this dichotomy, the effective representation of interests may be jeopardised. This is undesirable, since the limitation of liability encourages risk-taking and, therefore, the interests of others than the shareholder are in need of protection. The justification for the limitation of liability is blurred in the absence of the aforementioned dichotomy. An autonomous board of directors is, in principle, capable of ensuring that not only the interests of shareholders are served, but also the interests of others involved in the company. The two-tier structure provides for a balanced distribution of powers in order to ensure that the plurality of interests can be represented in a proportionate manner and requires the natural persons acting on behalf of the company to use their powers in a responsible manner.

However, this does not automatically encourage directors to protect the interests of others involved with the company. The legal personality granted to companies offers directors protection against liability. Director's liability aims to create further protection of interests by sanctioning mismanagement with an obligation to pay compensation for incurred damages. When assessing the liability of directors, shareholders or limited partners, it is always relevant to what extent there has been control over the damaging action, or at least the possibility of preventing the particular action that led to the damage. This indicates an awareness of the personal responsibility of natural persons who participate in legal transactions under the protection of legal personality or limited liability. Statutory rules on liability in relation to the de facto management of companies are intended to express this responsibility by providing de facto management with a normative and compensating framework.

8.3 Management

This chapter discusses the role and powers of the management board, the possibilities for the management board to represent the company and the degree of autonomy of the management board.

8.3.1 Role and powers

Pursuant to section 2:239 paragraph 1 of the Dutch Civil Code (DCC), the management board of a private limited company (*besloten vennootschap*) is tasked with managing the company. However, statutory law does not provide for an elaborate description of management as such. It is therefore hard to define the scope of this task. The primary function of directors is that of being a manager. In summary, this includes the day-to-day management of the company and its business, as well as determining its strategy and policy for both the short and long term, taking into account the company's objects stated in the articles of association. In addition to preparing, adopting and implementing this policy, the management board also manages the company's assets and acts as an initiator for other bodies of the company. The role and duties of directors depend on, among other things, the nature and size of the business, the objectives of the company and the further allocation of duties and powers within the company's own organisational rules. Each director is required to perform his or her duties properly and to act in accordance with the interests of the company and its business. Under Dutch law, this interest extends beyond the interests of the shareholders and includes the interests of employees and creditors, among others. In addition, directors are tasked with controlling distributions to shareholders. Finally, as manager of the company and its assets, a director must also render the necessary account for, and provide information to, other stakeholders, such as shareholders and, in the event of the company's bankruptcy, the trustee in bankruptcy. The role of directors is not only formed by statutory law, but also by the articles of

association of the company and resolutions of the company's bodies. The powers of directors may be extended or limited, but the directors must always retain a certain degree of autonomy.

8.3.2 Representation

The company's participation in legal transactions results in particular from the performance of legal acts by its directors on behalf of the company. Directors derive their power to represent the company from statutory law (for directors of private limited companies enshrined in section 2:240 DCC). The authority to represent the company is always unrestricted and unconditional and may also be granted to persons other than directors. However, the authority of individual directors can be limited. Internal and organisational rules of the company cannot affect this authority. If the company is duly represented, the legal act on its behalf is attributed to the company. The statutory rules on the representation of companies are, again, based on the principle of protection of third parties.

In addition to this statutory power of representation, the company may also be duly represented pursuant to statutory rules on the granting of a power of attorney. Not only directors, but also others can represent the company on the basis of a power of attorney. The scope of a power of attorney may be limited and is also subject to the powers imposed on the principal. A power of attorney may be embedded in a certain legal relationship, an appointment or position and may arise from the appearance of authority to represent the company. Finally, statutory law provides for liability of the person who claims to act by virtue of a power of attorney. In the absence of an adequate power of attorney, the other party can hold that person liable.

8.3.3 Autonomy of the board of directors

In the last part of this third chapter, the author considers the autonomy of the board of directors by discussing the authority of other bodies of the company to issue binding or non-binding instructions to the directors of the company. Since 2012, the articles of association of a private limited company may provide that the board is obliged to follow instructions from the corporate body or bodies referred to in such a provision, unless complying with this instruction would be contrary to the interests of the company and its business (section 2:239 paragraph 4 DCC). This authorisation to issue instructions must be distinguished from the de facto power of instruction arising from the power to suspend and dismiss directors of the company. In the legal doctrine, the statutory power of instruction has developed from the perspective of group companies. From this perspective the requirement of central management of a group already implies that the autonomy of directors of subordinated companies is limited. However, over the years a more nuanced view was adopted in case law in which judges considered the balancing of interests, including the interests of subsidiaries

in relation to the interest of the group as a whole. At present, the power of instruction in a private limited company is designed in such a way that each instruction is assessed in relation to the company's and its business' interests. As a result, the board is required to check each instruction to these interests and, depending on the outcome of such a check, may refuse to comply with an instruction. The author argues that another body of the company cannot give binding instructions to directors. The scope of the power of instruction is then discussed. In addition to a list of the bodies to which this authority can be granted, the author notes the general limitations of the authority to issue instructions. For example, in the articles of association of the company, the power of instruction may be limited by referring to specific subjects, while the company's interests may also indirectly lead to a limitation of the power of instruction. Finally, the standards for assessing both instructions and refusals to comply are discussed. At the end of this chapter, the author argues that judges must substantively exameninstructions to directors and their refusal to comply.

8.4 Liability of de facto (co-)policymakers

In the fourth chapter, the author assesses the liability of (co-)policymakers. In doing so, the author distinguishes between liability arising from special statutory provisions that provide for the assimilation of (co-)policymakers with directors on the one hand ('actual policymakers') and liability based on the doctrine of tort, which does not provide for the aforementioned assimilation, on the other hand (false(co-)policymakers').

8.4.1 Actual (co-)policymakers

In order to define the (co-)policymaking figure, the author first discusses the parliamentary history of the provisions that provide for the assimilation of (co-)policymakers with directors. To tackle the abuse of legal entities, the (co-)policymaker was introduced into statutory law in the 1980s. The legislator's main objective was to prevent directors of legal entities from escaping liability by allowing straw men to act as directors in their place. Since liability for mismanagement was linked to this formal capacity, it was necessary to provide for provisions that effectively equated (co-)policymakers with directors. It is important to note that the legislator never intended a broad scope for the liability of (co-)policymakers. Moreover, only the (co-)policymaker who actually acted as if he or she were a director may be held liable. This requirement makes it clear that the liability for (co-)policymaking is limited to cases in which corporate powers (f.e. shareholders or supervisory board members) or contractual powers (f.e. employees or advisors) are exceeded. In principle, all responsibility rests with the directors, but the person who, by exceeding his or her authority, co-manages the company along with the directors or even sets the directors aside, may be liable in the same way as a director of the company.

In order to qualify the (co-)policymaker, it is important to consider the anti-abuse background that played a role in the introduction of this figure. In particular, one should think of cases which reveal an intention to avoid liability for prejudice to creditors by hiding behind the legal personality of a company. In order for a person not formally appointed as a director to be assimilated as such, it is necessary that he or she determined or co-determined the company's policy, whereas in doing so he or she acted as if he or she were a director. For this qualification it is sufficient that this person co-managed the company. Finally, in principle, there must always be an active involvement of the (co-)policymaker in the damaging act.

Pursuant to sections 36 of the Collection of State Taxes Act 1990 (CSTA) and 23 Sectoral Pension Fund (Obligatory Membership) Act 2000 (SPF), directors of entities (a broader context than just legal persons) are jointly and severally liable for certain tax debts and pension premiums respectively, if they do not timely notify the tax authority or pension provider that these debts cannot be paid (notification of inability to pay). They may also be liable if the notification obligation has been met but the debts remain unpaid and it is plausible that the non-payment of these debts is the result of mismanagement attributable to the directors. An explanation of the law on this subject is followed by three caveats in relation to the (co-)policymaker. Firstly, a failure to correctly or timely notify the authority of the inability to pay leads in principle to liability. The author argues that this presumption that leads to liability, without actually determining whether it is a case of mismanagement, should not apply if it appears from the circumstances that the (co-)policymaker was not able to comply with the notification obligation because he or she was not authorised to do so. Secondly, the collective nature of these provisions means that directors cannot disculpate by referring to the (co-)policymaker, since the directors always have their own responsibility. However, the mere circumstance that (co-)policymaking has taken place cannot solely lead to liability. Thirdly, the possibilities for equation in section 36 CSTA and section 23 SPF respectively influence each other. Consequently, in applying these provisions, a legal entity-(co-)policymaker[1] and its possible (co-)policymakers may also be held liable. The corporate law equivalent which provides for the liability of legal entity-directors (section 2:11 DCC) lacks such an effect. The referral in that provision is limited to the formal directors of legal entity-directors.

Pursuant to section 2:248 DCC each director is jointly and severally liable for the deficit in a bankruptcy of the company in case of mismanagement and when it is plausible that this mismanagement is a major cause of the bankruptcy. Policymakers share this fate. After a general explanation of these rules, the author once again makes several caveats in relation to the (co-)policymaker. First of all, the circumstance that on the basis of section 2:248 DCC, second paragraph, in the event of a violation of

1 Under Dutch law directors can either be natural persons or legal entities.

the obligation to keep records (section 2:10 DCC) or a violation of the obligation to publish the annual accounts (section 2:394 DCC), liability is in principle established. This principle also applies with respect to (co-)policymakers, although they do not necessarily have the powers required for the proper performance of their duties, including the power to involve themselves in the administration of the company or the annual accounts. The author argues that the Supreme Court has wrongly assumed responsibility for (co-)policymakers with respect to the duty of administration and the duty to publish. Secondly, it is doubtful whether the (co-)policymaker can effectively invoke the disculpatory powers of this provision. After all, the involvement of the (co-)policymaker in the mismanagement is often decisive in determining whether he or she can be regarded as a (co-)policymaker. Moreover, the (co-)policymaker may lack the ability to meet the requirements for an appeal to disculpation, since he is not formally authorised to oppose mismanagement of the directors or to take measures to avert the consequences thereof. In addition, the (co-)policymaker does not always realise that he or she qualifies as such and should therefore act disculpatory in anticipation of liability. For that reason, the author argues that when assessing an appeal to disculpation, account must be taken of circumstances that necessitate the conclusion that a policymaker did not have the ability or means to intervene and take action to limit the damage.

Supervisory board members may also be held liable as (co-)policymakers (section 2:248 paragraph 1 jo. 7 DCC), while the law also provides for the liability of de facto supervisory board members (section 2:249 jo. 2:248 paragraph 1 jo. 7 DCC). The author discusses the scarce case law in which such examples have arisen and concludes that supervisory board members, despite the fact that they may have a very strong influence or considerable degree of control over the company's policy, will normally act within the limits of their legal authority, so that they only have to fear liability as a director in very exceptional cases.

The first part of this fourth chapter concludes with a discussion of sections 2:207 (repurchase of own shares), 2:208 (resolution to reduce capital) and 2:216 (dividend payment) DCC. The common denominator of these provisions is that the directors must give their approval when any kind of distribution is made to the shareholders. This approval must be refused if the directors know or should reasonably foresee that the company will not be able to continue to pay its due debts at a later date. The author first discusses the circumstance that these provisions relate to an internal liability (vis-à-vis the company), while the other provisions that provide for an assimilation of (co-)policymakers with formal directors relate to an external liability (vis-à-vis creditors). The author is critical of this mixture of internal and external liability.

8.4.2 False (co-)policymakers

In the second part of this chapter, the author focuses his attention on the liability of (co-)policymakers on the basis of the general doctrine of tort (section 6:162 DCC). It starts with an explanation of the applicability of this provision to (co-)policymakers. Subsequently, the author considers whether this (co-)policymaker is the same as the one who can be held liable by virtue of an assimilation. He concludes that this is not the case and that the question of qualification in the application of section 6:162 DCC is not really necessary. The false policymaker distinguishes itself in the qualification question from the actual policymaker by the requirement typical of the latter, that he or she must have acted as if he or she were a director. In the light of section 6:162 DCC, the concept of the (co-)policymaker is erroneously assigned a functional meaning which leads to an unnecessary expansion of persons who can be held liable as a director on the grounds of a wrongful act. This is detrimental to the exceptional nature of the liability of this figure, as intended by the legislator.

This qualification issue is followed by a critical explanation of the standard used in assessing the liability of false (co-)policymakers. Currently, this standard is equal to the standard that is used when assessing the liability of directors towards creditors of the company on the grounds of section 6:162 DCC. This requires that serious blame can be attributed to the director personally. Because the common standard of section 6:162 DCC is exchanged for this special standard, a higher standard for liability applies to directors than outside cases of director's liability. The author argues that the justifications for accepting this higher threshold for liability do not apply to the (co-)policymaker. Consequently, this special standard cannot be applied in respect of the (co-)policymaker. Nevertheless, current case law shows that the liability of (co-)policymakers on the basis of section 6:162 DCC also requires that serious blame can be attributed to the (co-)policymaker personally.

Finally, the author discusses the application of section 2:11 DCC in the event of liability of (co-)policymakers pursuant to section 6:162 DCC. Since 2017, it has been established that the transfer of liability from legal entity-directors to their directors applies to all cases in which directors are held liable in their capacity. However, according to the author, there is no room to apply section 2:11 DCC when the liability of a (co-)policymaker is based on section 6:162 DCC. After all, both sections of the law lack a provision that provides for an equation of the (co-)policymaker with directors.

8.5 Piercing the corporate veil

The fifth chapter deals with liability for the actual control of companies as a result of piercing the corporate veil. The first part deals with the doctrine of identification that is characterized as a direct form of piercing the veil. In such cases the principle that legal persons are equated with natural persons for property law purposes (section 2:5 DCC) is set aside. The second part of this chapter concerns an indirect form of piercing the veil, which leaves section 2:5 DCC intact but in fact achieves the same result. It is indirect, because the liability relates to obligations of the legal entity, but these are at the expense of the policymaker pursuant to section 6:162 DCC, because the policymaker personally committed a wrongful act against the creditor(s) of the legal entity. The author deals with this particular subject from the perspective of groups of companies, whereby a parent company is held liable for obligations of its subsidiary.

8.5.1 Identification

In cases of identification an exception is made to the principle of section 2:5 DCC by assimilating two or more (legal) persons. Thereby, one legal subject is equated with one or more other legal subjects and is considered as one (under property law). The author first characterizes the protection that directors derive from this provision and the limitation of shareholders' liability as a privilege, and concludes that this protection or limitation of liability can be regarded as a socially accepted phenomenon based on the joint benefit to society as a result of economic prosperity. Subsequently, it is established that legal personality and the limitation of liability preclude that those who act consciously, or who at least should reasonably have been aware of an damaging act, can be sued by the company's creditors, while the foreseeability of damage justifies looking beyond the company itself for liability. On the basis of the doctrine of identification, it can be determined when the aforementioned privilege must give way in favour of aggrieved creditors. Subsequently, the author discusses the case law in which the doctrine of identification has developed. It follows from this that the identification-cases and the abuse of legal personality in that regard are preferably tackled with the application of section 6:162 DCC, because in such cases the accusation to be made (frustrating of recourse) and the extent of the compensation obligation (assigning the underlying claim instead of compensating the damage as a result of frustrating recourse) often do not match up.

Although the author is of the opinion that the doctrine of identification should in principle be applied with restraint, he nevertheless advocates a wider applicability of this doctrine as a means to compensate creditor's damages. Finally, the author puts forward several viewpoints that could give more substance to the doctrine of identification. These are, on the one hand, derived from insights from case law and literature on misuse of power, sham actions and evasion of the law. On the other

hand, the author refers to insights that can be derived from case law and literature on attributing actual acts and legal acts to legal persons, as well as the knowledge of officers of legal persons. It is concluded that the common denominator is always the perspective of the injured party and thus the extent to which the injured party has legitimately relied on the identity of its opposing party.

8.5.2 The indirect form of piercing the corporate veil

This doctrine has particularly developed in the case law on liability of parent companies. The author describes this development and observes that the (casuistic) case law on carelessness of parent companies is moving towards the acceptance of a duty of care on the part of the parent company towards creditors of its subsidiaries on the basis of the circumstances of the matter. In this respect, the factors (i) intensive involvement or control, (ii) insight into the subsidiary and (iii) the foreseeability of damages are particularly important.

After this description, the author provides a general explanation of duties of care under Dutch law in order to be able to approach the aforementioned criteria from this general framework. The liability for breach of a duty of care implies that there has been a failure to comply with that duty. In group relationships, the liability of a parent company for breach of its duty of care is essentially based on the accusation that it has failed to act where action – in view of its insight into the subsidiary – was necessary and – in view of its control over the subsidiary – was possible. In the remainder of this paragraph, the author discusses the meaning of the duty of a parent company to exercise supervision over its subsidiaries ('group management duty') on the one hand and the intensive involvement of the parent company on the other hand in assessing its liability.

In short, the group management duty means that (the management of) a parent company is obliged to perform its duties properly towards the entire group. The author argues that as a parent company's involvement in its subsidiary increases, as a rule its insight into the subsidiary will also increase, so that it will have to be guided to a greater extent by the interests of the subsidiary in question. Only when the parent company expresses this involvement by interfering with its subsidiary on the basis of its (de facto) control, will it also have to bear a certain degree of responsibility. This is due to the fact that in that case the parent company must be deemed to be aware of the interests of its subsidiary's creditors and at the same time has the opportunity to respect those interests. However, it is in particular the requirement of intensive involvement or control that deserves attention in the assessment of liability. Such a degree of involvement leads to insight into and control over the subsidiary on the basis of which a duty of care on the part of the parent company can be present. At the same time, the degree of involvement determines whether and to what extent the parent company was able to intervene in the affairs of its subsidiary. The author

advocates that if such a possibility to intervene is lacking, the parent company should not be liable to creditors of its subsidiary.

This chapter ends with a study into the possibilities of addressing a parent company as a (co-)policymaker within the meaning of section 2:248 paragraph 7 DCC. To this end, the author first raises the qualification question: when can a parent company be considered a (co-)policymaker of its subsidiary? The de facto (corporate) powers used to control subsidiaries and to (co-)determine their policies are relevant for answering this question. Neither the single fact that the parent company is a (majority) shareholder nor the existence of a group management duty is sufficient to addres the parent company as a (co-)policymaker pursuant to section 2:248 paragraph 7 DCC. The requirement that the parent company must have acted as if it were a director of its subsidiary implies that the parent company can only be regarded as a (co-)policymaker if it has stepped outside its role as 'central manager' of the group and the subsidiary's directors tolerate this or are set aside by the parent company. In addition, the parent company must have been managing the day-to-day affairs of the subsidiary directly by means of its de facto powers. Finally, the liability as (co-)policymaker is compared to the liability of parent companies on the basis of section 6:162 DCC (indirect form of piercing the veil). The author concludes that both forms of liability differ from each other, since in the case of (co-)policymaking it is particularly relevant in what way the parent company has interfered in the management of the subsidiary, whereas the indirect form of piercing the corporate veil requires a determination of the interference of the parent company with the policy of the subsidiary. After establishing this interference, an assessment must be made to what extent the parent company's insight into and (de facto) control over the subsidiary have been acquired as a result of such interference.

8.6 The liability of limited partners

The sixth chapter is the third and final part of the triptych on the actual control of companies. It focuses on the liability of the limited partner. Unlike the general partners of a limited partnership, the limited partner is not liable for the debts of the company and does not share in its losses above the amount of its contribution. Pursuant to section 20 of the Commercial Code (CC), the limited partner may not, among other things, get involved with the management of the company (the 'management prohibition'). In the event of a violation of this prohibition, the limited partner is jointly and severally liable for the company's debts on the basis of section 21 CC and thus loses the privilege of limited liability. The author considers the background and scope of this management prohibition as well as the current criteria for assessing the liability of a limited partner. In addition, the author compares the liability of the limited partner with that of the (co-)policymaker within the meaning

of section 2:248 paragraph 7 DCC. At the end of this chapter, proposals for amendments to the current legislation on, among other things, the liability of limited partners are discussed.

The author argues that, in principle, the limited partner will have to be involved in matters that cannot be included in the day-to-day management of the company, so that the determination of the strategy of the limited partnership also falls within the competence of all partners jointly. Furthermore, the limited partner can indirectly influence the management of the limited partnership when certain decisions are subject to its approval or when the agreement of the partnership otherwise grants the authority to decide on internal matters. Finally, the limited partner is prohibited from representing the company. If the limited partner nevertheless acts in a representative capacity, this has two consequences: (i) the limited partner enters into the agreement with the other party instead of the company and (ii) the limited partner is jointly and severally liable for all obligations of the company.

8.6.1 The management prohibition

The management prohibition for limited partners is based on two principles. Firstly, it must be prevented that a limited partner abuses its privileged position resulting from limited liability by taking unacceptable risks when participating in legal transactions. Secondly, the management prohibition aims to prevent third parties from being misled by the limited partner. These third parties could easily mistake a limited partner for a general partner. Only the latter is jointly and severally liable for the obligations of the limited partnership. Keeping this background in mind, the author discusses the scope of the management prohibition. He observes that, currently, there are two main views on the scope of the management prohibition. The first, narrow interpretation of this scope limits the prohibited actions to purely external actions (i.e. towards third parties). Within the second, broader interpretation, the limited partner is completely forbidden to perform managerial acts, regardless of the involvement of third parties. In a more nuanced variant of this broad view it is assumed that internal acts of the limited partner are only prohibited in so far as these acts also have consequences for third parties. The author concludes that the limited partner is not entirely forbidden to be involved with the management of the company and in any case a certain degree of influence on the management is permitted internally. However, a dominant internal action of the limited partner must always lead to a violation of the management prohibition, insofar as this prohibition must (also) be considered as a provision aimed at preventing abuse and reckless actions under the protection of limited liability.

Until 2015, a violation of the management prohibition for the limited partner had far-reaching consequences. This was the result of the characterisation of section 21 CC as a penalty provision. According to the author, there was no reason to characterise the provision as such. However, it also offers the limited partner some protection, because a requirement of culpability is derived from this characterisation. The author

concludes that liability also requires an active act on the part of the limited partner. Since 2015, liability of the limited partner pursuant to section 21 CC is only justified if and to the extent that this liability is in accordance with the aforementioned background of the management prohibition. For this reason, its application may not be disproportionate to the nature and seriousness of the violation by the limited partner. Moreover, section 21 CC cannot be applied if and insofar as the sanction is not, or not fully, justified by the actions of the limited partner. In addition, judges may deviate from the principle that a limited partner becomes liable for all obligations of the company. Finally, it may now also be of importance whether third parties were aware that they were dealing with a limited partner instead of a general partner. The author provides the relevant case law with general commentary in this respect and, within this framework, further clarifies the notions of 'disproportionality' and 'unjustified sanction'. With the framework for the liability of limited partners in mind, the author then considers whether the liability of limited partners is comparable to the liability of (co-)policymakers of legal persons. He does not consider this to be the case, because the relevant provisions differ too much from each other in design. This is despite the fact that both provisions partly share the same background and the fact that, since 2015, the assessment of the liability of limited partners shows similarities with the assessment of the liability of (co-)policymakers. There is, however, some convergence with regard to the nature of the relevant conduct: both the qualification as a (co-)policymaker and a violation of the management prohibition require an active action on the part of the (co-)policymaker and the limited partner respectively.

8.6.2 Proposed amendments of statutory law

In the last part of this chapter, the author discusses a private legislative initiative to reform the statutory law on partnerships proposed by the 'Werkgroep Personenvennootschappen' (Working Group), as well as the preliminary draft by the official legislator for new statutory law on partnerships, which is based on the aforementioned initiative of the Working Group.

In 2016, the Working Group presented a comprehensive proposal for new statutory law on partnerships. In this proposal, the limited partnership continued to exist as a separate legal form, including the limited liability of the limited partner. An important difference with the current provisions, however, is the proposal to allow limited partners to participate in the management of the limited partnership or even form the management, excluding general partners. In principle, however, the limited partner would not be allowed to represent the limited partnership. In addition, the Working Group's proposal included a complete revision of the limited partner's liability. In line with the above, it was proposed to abolish the management prohibition and furthermore to allow the limited partner to represent the limited partnership on the basis of a power of attorney. On the other hand, a new provision for liability, inspired by section 2:248 DCC, would be introduced to prevent misuse of these

newly acquired powers. In the proposal the limited partner is jointly and severally liable for the deficit in case of bankruptcy of the limited partnership, if its actions by virtue of a power of attorney are an important cause of the bankruptcy. The author is critical of the proposed provision, because the wording of the proposed legal text cannot lead to the intended legal consequences. Moreover, the provision is limited to legal acts only. Damaging acts that are not considered to be legal acts cannot be dealt with by applying the proposed provision, nor does it make any link with liability resulting from, for example, mismanagement.

The legislator used the proposal by the Working Group as a basis for drawing up an official preliminary draft for new statutory law on partnerships. However, the legislator has chosen on the one hand to take provisions from the proposal of the Working Group and on the other hand to tinker with the text of these provisions, which does not improve the clarity of the official draft. Yet, the official preliminary draft does not affect the Working Party's proposal regarding the liability of limited partners acting by a power of attorney. The criticisms mentioned by the author on the proposal of the Working Group therefore apply equally to the official preliminary draft. In addition, the official preliminary draft is unclear about the extent to which limited partners can participate in the management of the limited partnership.

Hoofdstuk 9

VALORISATIEADDENDUM

Dit onderzoek betreft een wetenschappelijke studie naar aansprakelijkheid die voortvloeit uit de feitelijke beheersing van vennootschappen. De kern van het onderzoek wordt gevormd door een drietal luiken die aan dit onderwerp is te relateren. Het eerste luik heeft betrekking op de aansprakelijkheid van (mede)beleidsbepalers. Daarbij is een onderscheid gemaakt tussen de aansprakelijkheid die voortvloeit uit bijzondere wettelijke bepalingen, waarin (mede)beleidsbepalers voor de toepassing van de betreffende bepaling met een formele bestuurder worden gelijkgesteld, en de aansprakelijkheid van (mede)beleidsbepalers op grond van het leerstuk van onrechtmatige daad. Het tweede luik omvat een beschrijving van grondslagen voor aansprakelijkheid die worden toegepast in geval van (feitelijke) beheersing van meerdere vennootschappen. De eerste grondslag is het leerstuk van vereenzelviging, dat het mogelijk maakt om door de zelfstandige identeit van verschillende (rechts)personen heen te kijken om zo het als gevolg van misbruik van die zelfstandige identiteit ontstane nadeel te compenseren. Als tweede grondslag komt wederom de onrechtmatige daad aan de orde, waaruit aansprakelijkheid van een moedervennootschap jegens schuldeisers van haar dochter kan voortvloeien indien het concern-besturend optreden van de moeder zodanig intensief is geweest dat zij een zorgplicht jegens vorenbedoelde schuldeisers in acht heeft te nemen en vervolgens nalaat om aan die verplichting te voldoen. Het derde luik behandelt ten slotte de aansprakelijkheidspositie van de commanditaire vennoot. Evenals de aandeelhouders van kapitaalvennootschappen, geniet deze vennoot de bescherming van beperking van aansprakelijkheid. Daar staat evenwel tegenover dat het hem op straffe van aansprakelijkheid is verboden zich in te laten met het bestuur van de vennootschap.

Het doel van dit onderzoek is geweest het verwerven van (praktische) inzichten over deze drie thema's, teneinde meer duiding te kunnen geven aan het algemene kader van bestuurdersaansprakelijkheid en in het bijzonder de mate waarin ondanks een gebrek aan formele bevoegdheid bestuursmacht kan worden verworven die mogelijk in aansprakelijkheid uitmondt. Daarmee past dit onderzoek binnen het groeiende

aantal publicaties[1] over bestuurdersaansprakelijkheid en andere vormen van aansprakelijkheid van functionarissen van rechtspersonen en vennootschappen. Hoewel het onderwerp bestuurdersaansprakelijkheid steeds meer in de schijnwerpers staat, wordt relatief weinig aandacht besteed aan de aansprakelijkheid die niet aan de formele hoedanigheid van bestuurder is gekoppeld maar juist beoogt om het feitelijk als zodanig optreden te voorzien van een vergelijkbare normstelling. Met dit onderzoek is nagestreefd een bijdrage te leveren aan het voorzien in vorenbedoelde leemte.

9.1 De sociale en economische relevantie

Op een totaal van 1.896.405 bedrijven in Nederland wordt bijna een kwart daarvan geëxploiteerd door middel van een rechtspersoon.[2] Met een ruime meerderheid van 88% bestaat deze groep rechtspersonen voor het overgrote deel uit besloten vennootschappen.[3] Dat betekent dat ongeveer eenvijfde van de Nederlandse bedrijvigheid door middel van een besloten vennootschap wordt uitgeoefend. Voor zowel consumenten als bedrijven is daarom de kans groot dat zij in het dagelijks leven en in het handelsverkeer niet een natuurlijk persoon als wederpartij treffen, maar een rechtspersoon die veelal de rechtsvorm van een besloten vennootschap heeft. Werknemers zullen evenzeer vaak in dienst zijn van een rechtspersoon. Naar verwachting zal het gebruik van rechtspersonen en in het bijzonder de besloten vennootschap om ondernemingen te drijven toenemen, met name als gevolg van de flexibilisering van het BV-recht per 2012, in welk kader de regels voor het oprichten en exploiteren van een besloten vennootschap zijn vereenvoudigd.[4] Daarnaast is ook te verwachten dat het gebruik van personenvennootschappen zal toenemen wanneer de de huidige, verouderde wettelijke regeling is hervormd en het ondernemen vanuit dergelijke rechtsvormen aantrekkelijker wordt, zoals het ambtelijk voorontwerp ter

1 Zie o.a. G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen (VDHI nr. 140)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017; W.A. Westenbroek, *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie (IVOR nr. 108)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017; B.F. Assink e.a. (red.), *De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders' (IVOR nr. 104)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017; C.M. Harmsen, *Administratieplicht en aansprakelijkheid voor het boedeltekort (Serie O&R, deel 115)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019; A. Karapetian, *Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Civielrechtelijke en strafrechtelijke normen voor bestuurders van noodlijdende ondernemingen (Recht en Praktijk nr. InsR11)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

2 Bron: https://opendata.cbs.nl/#/CBS/nl/dataset/81589NED/table?dl=3CFD5, laatst geraadpleegd 14 juli 2020. In totaal zijn er in het derde kwartaal van 2020 1.896.405 bedrijven geregistreerd, waarvan 430.175 door rechtspersonen wordt gevormd. Daarmee wordt 22,7% van de bedrijven door middel van een rechtspersonen geëxploiteerd.

3 Bron: https://opendata.cbs.nl/statline/#/CBS/nl/dataset/81588NED/table?dl=3CFD3, laatst geraadpleegd 14 juli 2020. In het derde kwartaal van 2020 telt het CBS 379.505 besloten vennootschappen op een totaal aantal rechtspersonen van 430.175 en een totaal aan bedrijven van 1.896.405.

4 Vgl. https://www.cbs.nl/nl-nl/achtergrond/2016/50/faillissementen-oorzaken-en-schulden-2015, laatst geraadpleegd 14 juli 2020, paragraaf 2.4.

zake beoogt.[5] Daarin behoudt de commanditaire vennoot zijn beperkte aansprakelijkheid, maar krijgt hij meer mogelijkheden om op de voorgrond te treden.

De deelname aan het rechtsverkeer door middel van rechtspersonen of onder de dekking van beperkte aansprakelijkheid brengt risico's met zich voor schuldeisers van dergelijke entiteiten. Het voornaamste daarvan is gelegen in de omstandigheid dat de door een beperking van aansprakelijkheid geboden bescherming aan ondernemers ertoe kan leiden dat eerder of meer risico's worden genomen dan het geval zou zijn geweest als de betreffende ondernemer en diens vermogen wel met aansprakelijkheid jegens schuldeisers van de onderneming werden bedreigd. De nadelige gevolgen van deze risico's worden (deels) op de schuldeisers van de vennootschap afgewenteld.[6] Wettelijke regelingen en rechtspraak over bestuurdersaansprakelijkheid en aandeelhoudersaansprakelijkheid zijn vrijwel steeds ingegeven door de gedachte dat de belangen van schuldeisers van de vennootschap moeten worden beschermd tegen een onevenredige afwenteling van dergelijke risico's. Daarmee worden grenzen gesteld aan het gebruik van vennootschappen om zo misbruik en fraude te voorkomen. Door middel van het aansprakelijkheidsrecht kan enerzijds worden voorzien in de preventie van schadeveroorzakend handelen van gebruikers van vennootschappen en anderzijds in mogelijkheden om de daaruit voortvloeiende schade te compenseren.[7]

De sociale en maatschappelijke relevantie van de aanpak van schuldeisersbenadeling als gevolg van misbruik en frauduleus handelen is duidelijk terug te zien in recente wettelijke herzieningen, zoals de aanscherping van de fraudebestrijdende taak van de curator in faillissementen[8], de herziening van de strafbaarstelling van faillissementsfraude[9] en de invoering van het civielrechtelijk bestuursverbod[10], waarin steeds ook aandacht is besteed aan de positie en aansprakelijkheid van de (feitelijk) bestuurders van rechtspersonen. De aanpak van fraude, waaronder ook de inzet van katvangers kan worden verstaan, en misbruik van rechtspersonen heeft voor de wetgever hoge prioriteit, onder meer omdat deze fenomenen het vertrouwen in het handelsverkeer ondermijnen en zorgen voor grote financiële schade bij benadeelde partijen.[11]

---

5 Zie https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2019/02/21/wetsvoorstel-modernisering-personenvennootschappen, laatst geraadpleegd op 14 juli 2020, paragraaf 1 van de aldaar gepubliceerde memorie van toelichting bij het Ambtelijk Voorontwerp van het Wetsvoorstel Modernisering personenvennootschappen.

6 Zie o.a. paragraaf 2.3.

7 In relatie tot bestuurdersaansprakelijkheid zie hiervoor bijvoorbeeld M. Kroeze, *Bange bestuurders*, in: B.F. Assink e.a. (red.), *De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders' (IVOR nr. 104)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, paragraaf 3.

8 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 253, nr. 3, p. 1 (MvT).

9 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 994, nr. 3, p. 1-2 (MvT).

10 *Kamerstukken II* 2013/14, 34 011, nr. 3, p. 1-2 (MvT).

11 *Kamerstukken II* 2012/13, 29 911, nr. 74, p. 1 (brief van de minister van V&J van 26 november 2012).

De hieruit voortvloeiende maatschappelijke schade wordt door het Openbaar Ministerie geschat op enkele honderden miljoenen euro's tot meer dan een miljard euro.[12]

Met uitzondering van de indirecte doorbraak van aansprakelijkheid in concernverhoudingen houden de in dit onderzoek aan de orde gestelde thema's direct verband met de bestrijding van misbruik van rechtspersonen en beperkte aansprakelijkheid. Echter, ook de aansprakelijkheid in concernverhoudingen deelt deze achtergrond, nu daarmee wordt beoogd het bestuurlijk handelen van moedervennootschappen van een evenredige mate van verantwoordelijkheid te voorzien. Door een verdieping aan te brengen binnen deze thema's en aanknopingspunten te onderscheiden voor het gebruik van de besproken (wettelijke) regelingen, wordt een bijdrage geleverd aan de bestrijding van fraude en misbruik van rechtspersonen, alsook (indirect) de daaruit voortvloeiende maatschappelijke en economische schade. De resultaten van het onderzoek bieden steun aan de verduidelijking van de begrippenkaders die relevant zijn bij het beoordelen van aansprakelijkheid voor beleidsbepaling en voorzien in een overzicht van de daarvoor relevante wettelijke bepalingen en rechtspraak. Daarmee kan de effectiviteit van dit specifieke deel van het aansprakelijkheidsrecht worden vergroot.

9.2 Doelgroepen

Zowel het voorkomen van misbruik van rechtspersonen als het compenseren van de daaruit voortvloeiende schade krijgt gestalte binnen de juridische praktijk. Het onderzoek is derhalve buiten de wetenschap ook relevant voor de wetgever, de rechterlijke macht, het Openbaar Ministerie en de advocatuur. Binnen hun eigen taak in relatie tot het Nederlandse rechtsstelsel kunnen zij dit onderzoek benutten als naslagwerk en daaraan inspiratie ontlenen voor de invoering en/of herziening van wetgeving met betrekking tot de aanpak van misbruik van rechtspersonen, alsook het aan de rechter voorleggen en beoordelen van casus die de feitelijke beheersing van vennootschappen betreffen. Praktijkbeoefenaars kunnen de resultaten van het onderzoek voorts in hun advisering meenemen.

Een indirect effect daarvan kan zijn dat er meer rechtspraak verschijnt over de in het onderzoek behandelde thema's, hetgeen kan bijdragen aan het maatschappelijke begrip in dit verband. Daarnaast is het onderzoek dienstbaar aan het handelsverkeer, doordat het enerzijds bewustwording creëert bij consumenten en het bedrijfsleven over de risico's die kleven aan het handelen met vennootschappen en anderzijds aan (potentieel) malafide beleidsbepalers duidelijk maakt dat ook zij aansprakelijkheid

12 Zie https://www.om.nl/onderwerpen/fraude/faillissementsfraude, laatst geraadpleegd 14 juli 2020; in 2013 werd dit geschat op een bedrag van 1,28 miljard euro per jaar, zie *Kamerstukken II* 2014/15, 33 994, nr. 6, p. 1-2 (NnavV).

hebben te duchten. Ten slotte kan vorenbedoelde toename van de effectiviteit van het aansprakelijkheidsrecht (op termijn) bijdragen aan een vermindering van de sociale en maatschappelijke schade als gevolg van misbruik van rechtspersonen.

9.3 Innovatie en realisatie

Het innovatieve karakter van deze studie is gelegen in de gezamenlijke behandeling van drie thema's die betrekking hebben op de aansprakelijkheid voor de feitelijke beheersing van vennootschappen. In het bijzonder ontbreekt in de rechtsliteratuur een meeromvattend werk over de positie van (mede)beleidsbepalers, terwijl ook het leerstuk van vereenzelviging in het afgelopen decennium weinig aandacht heeft gekregen en de aansprakelijkheidspositie van de commanditaire vennoot sinds de nuancering daarvan in 2015 maar in beperkte mate in rechtspraak en literatuur is geduid. Met het onderzoek wordt aandacht gevraagd voor de omstandigheid dat (specifieke) wettelijke regelingen over de aansprakelijkheid van bestuurders in efficiëntie kunnen toenemen door deze regelingen uit te breiden tot beleidsbepalers die niet in een bepaalde hoedanigheid zijn benoemd. Daarnaast laat het onderzoek zien dat rechtspersoonlijkheid en beperkte aansprakelijkheid weliswaar hand in hand gaan met regelingen die beogen om misbruik van deze voorrechten te voorkomen, maar óók dat dergelijk misbruik niet steeds even effectief is te bestrijden wanneer daartoe slechts open normen worden aangereikt.

De realisatie van dit valorisatietraject volgt ten eerste uit de voorgenomen publicatie van het onderzoek, teneinde de resulaten toegankelijk te maken voor bovengenoemde doelgroep. Daarnaast bestaat de intentie om op basis van dit onderzoek te komen tot een verbreding van de onderzochte thema's door nader onderzoek te verrichten naar deelonderwerpen die weliswaar met het onderzoek verband houden, maar daarin niet direct aan de orde zijn gesteld.

LITERATUURLIJST

Van Achterberg 1989
M.P. van Achterberg, *De juridische definitie van het economische verschijnsel concern in het ondernemingsrecht. Een beschouwing over de problemen die samenhangen met de juridische definiëring van het economische verschijnsel concern, mede aan de hand van de definitieproblematiek die in de geconsolideerde jaarrekening naar voren komt*, Deventer: Kluwer 1989.

Akerboom 2008
C.P.M. Akerboom, *Grenzen van het nalaten. Strafrechtelijke en privaatrechtelijke aansprakelijkheid voor een omissie*, Tilburg: Celsus Juridische Uitgeverij 2008.

Van Amsterdam & Marseille 2002
A.M. van Amsterdam & E.A. Marseille, 'Aansprakelijkheidsstelling vergt daadwerkelijk onderzoek', *WFR* 2002, 78.

Ancery 2016
A.G.F. Ancery, 'Schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid bij een statutaire bevoegdheidsbeperking', *MvV* 2016, nr. 2, p. 37-43.

Van Andel 2006a
W.J.M. van Andel, 'Aansprakelijkheid voor nalaten in het ondernemingsrecht', *Ondernemingsrecht* 2006, 16.

Van Andel 2006b
W.J.M. van Andel, 'Naschrift bij de reactie van J.S. Kortmann', *Ondernemingsrecht* 2006, 118.

Arons 2017
T.M.C. Arons, 'Commentaar bij HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275 (X/Le Roux Fruit Exporters (Pty) Ltd)', *MvO* 2017, nr. 5 en 6, p. 153-156.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015
A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Asser/Sieburgh 6-III 2018
C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Asser/Kortmann 3-III 2017
S.C.J.J. Kortmann (m.m.v. J.S. Kortmann), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel III. Volmacht en vertegenwoordiging*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Asser/Lutjens 7-XI 2019
E. Lutjens, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel XI. Pensioen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015
M.J. Kroeze (m.m.v. H. Beckman, M.A. Verbrugh), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel I. De rechtspersoon*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017
J.M.M. Maeijer & M. van Olffen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel VII. Maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Asser/Maeijer 2-III 1994
J.M.M. Maeijer, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Vertegenwoordiging en rechtspersoon. Deel III. De naamloze en de besloten vennootschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Asser/Maeijer 2-III 2000
J.M.M. Maeijer, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Vertegenwoordiging en rechtspersoon. Deel III. De naamloze en de besloten vennootschap: hoofdstuk X, XI, XII en XIV.*, Deventer: Kluwer 2000.

Asser/Maeijer 5-V 1995
J.M.M. Maeijer, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel V. Maatschap, vennootschap onder firma, commanditaire vennootschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009
G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme (m.m.v. R.G.J. Nowak), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel II. De naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2009.

Asser/Rensen 2-III 2017
G.J.C. Rensen (m.m.v. J.M. Blanco Fernández), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel III. Overige rechtspersonen. Vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, stichting, kerkgenootschap en Europese rechtsvormen*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Asser/Rensen 2-III* 2012
G.J.C. Rensen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel III. Overige rechtspersonen. Vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, stichting, kerkgenootschap en Europese rechtsvormen*, Deventer: Kluwer 2012.

Asser/Sieburgh 6-I 2016
C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018
T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV. Opdracht, incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisverzekering*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I 2004
W.C.L. van der Grinten & S.C.J.J. Kortmann, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Vertegenwoordiging en Rechtspersoon. Deel I. De vertegenwoordiging*, Deventer: Kluwer 2004.

Asser/Van der Grinten & Maeijer 2-II 1997
J.M.M. Maeijer, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Vertegenwoordiging en Rechtspersoon. Deel II. De Rechtspersoon*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Asser/Van Mierlo 3-VI 2016
A.I.M. van Mierlo (m.m.v. K.J. Krzeminski), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel VI. Zekerheidsrechten*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Asser/Van Olffen & Rensen 2-IIa 2019
M. van Olffen & G.J.C. Rensen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IIa. NV en BV. Oprichting, vermogen en aandelen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019
G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme (m.m.v. mr. drs. R.G.J. Nowak, mr. T. Salemink), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IIb. NV en BV. Corporate Governance*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Asser/Vonken 10-I 2018
A.P.M.J. Vonken (m.m.v. H.L.E. Verhagen, X.E. Kramer & S. van Dongen), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 10. Internationaal privaatrecht. Deel I. Algemeen deel IPR*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Assink 2009
B.F. Assink, 'Deel I – Facetten van verantwoordelijkheid in hedendaags ondernemingsbestuur', in: B.F. Assink & D.A.M.H.W. Strik, *Ondernemingsbestuur en risicobeheersing op de drempel van een nieuw decennium: een ondernemingsrechtelijke analyse (Preadvies van de Vereeniging Handelsrecht)*, Deventer: Kluwer 2009.

Assink 2016
B.F. Assink, 'De factor "wetenschap van benadeling" in te onderscheiden vormen van bestuurdersaansprakelijkheid', in: L. Timmerman e.a., *Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 98)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Assink 2016a
B.F. Assink, 'Van Vennootschapsrechtelijk belang (II, slot)', *WPNR* 2016, 7112.

Assink 2017
B.F. Assink, 'De ernstig verwijt-maatstaf en aansprakelijkheid van een feitelijke, indirecte en/of nieuwe bestuurder ex art. 2:9 BW of art. 6:162 BW', in: B.F. Assink e.a. (red.), *De vele gezichten van Maarten Kroeze's "bange bestuurders" (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 104)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Assink 2019
B.F. Assink, 'Aandeelhouders en strategie na Boskalis/Fugro', in: B.F. Assink e.a., *De betekenis en functies van het vennootschappelijk belang (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 115)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Assink e.a. 2019
B.F. Assink e.a., *De betekenis en functies van het vennootschappelijk belang (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 115)*, onder redactie van B. Kemp, H. Koster, en C.A. Schwarz, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Assink & Timmerman 2019
B.F. Assink & L. Timmerman, 'Langetermijnbetrokkenheid van aandeelhouders', *Ondernemingsrecht* 2019, 157, afl. 16, p. 865-872.

Assink & De Jongh 2015
B.F. Assink & J.M. de Jongh, 'Gedragsnormen, enquêterecht en aandeelhouder', in: B.F. Assink e.a. (red.), *De toekomst van het ondernemingsrecht (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 99)*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Assink & Verbrugh 2016
B.F. Assink & M.A. Verbrugh, 'Over bestuur, beleidsvrijheid en vier mogelijke begrenzers daarvan (primair bezien vanuit het BV-recht)', in: M. van Olffen (red.), *Handboek notarieel ondernemingsrecht* (OO&R), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Bainbridge & Todd Henderson 2016
S.M. Bainbridge & M. Todd Henderson, *Limited liability. A legal and economic analysis*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited 2016.

Bakker 2014
I.M.G. Bakker, 'Hoge Raad voorkomt uitholling van artikel 3:70 BW', *Bb* 2014, 1.

Bakker 2017
P.S. Bakker, 'Verhaalsfrustatie door en met een SPF: enige beschouwingen naar aanleiding van het arrest Resort of the World/Maple Leaf (HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2285, *NJ* 2017/124), *Caribisch Juristenblad* 2017 (6) 4, p. 307-319.

Barneveld 2011
J. Barneveld, 'Dividend, decharge & disculpatie. Reactie op "Dividend en decharge" van mw. mr. J.E. Brink-van der Meer, prof. mr. J.B. Huizink en mr. P.A. Ledeboer in WPNR (2011) 6874', *WPNR* 2011/6893.

Barneveld 2014
J. Barneveld, *Financiering en vermogensonttrekking door aandeelhouders (Serie Van der Heijden Instituut nr. 120)*, Deventer: Kluwer 2014.

Bartman 1985
S.M. Bartman, 'Nieuwe wet heeft mazen voor concerns', *Volkskrant* 22 januari 1985.

Bartman 1989
S.M. Bartman, *Concernbeleid en aansprakelijkheid (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 6)*, Deventer: Kluwer 1989.

Bartman 1992
S.M. Bartman, 'Rechtspersoon en rechtsvinding', in: *Rechtsuitgang. Opstellen aangeboden aan Prof. mr. N.E. Algra ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1992.

Bartman 1996
S.M. Bartman, 'Vereenzelviging als methode van rechtsvinding; lange slagen, snel thuis?', *WPNR* 1996, 6248.

Bartman 2000
S.M. Bartman, 'Onrechtmatige daad en vereenzelviging, een interactief paar. Kanttekeningen bij HR 13 oktober 2000, n.g. (Rainbow Products-Ontvanger)', *WPNR* 2000, 6422.

Bartman 2001
S.M. Bartman, 'Naschrift bij Reactie op het artikel "Onrechtmatige daad en vereenzelviging; een interactief paar" van mr. S.M. Bartman in WPNR (2000) 6422', *WPNR* 2000, 6434 van Van der Voort Maarschalk, *WPNR* 2001, 6434.

Bartman 2014
S.M. Bartman, 'Anders dan het orakel van Delphi', *Ondernemingsrecht* 2014, 143.

Bartman/Dorresteijn 2000
S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteijn, *Van het concern*, Deventer: Gouda Quint 2000.

Bartman e.a. 2013
S.M. Bartman, A.F.M. Dorresteijn & C. de Groot, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2013.

Bartman e.a. 2016
S.M. Bartman, A.F.M. Dorresteijn & M. Olaerts, *Van het concern*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Van Bekkum 2019
J. van Bekkum, 'Het Geocopter-arrest: explicitering van de regel in een uitzonderlijke casus', *MvO* 2019, nrs. 5-6, p. 167-170.

Van Bekkum & Kreileman 2019
J. van Bekkum & N. Kreileman, 'Bestuurdersaansprakelijkheidsrechtspraak. Kwantitatieve trends 2003-2017', *Ondernemingsrecht* 2019, 61, afl. 6, p. 308-320.

Belder 2004
J.C. Belder, 'Concernfinanciering en doeloverschrijding', *V&O* 2004, nr. 3.

Berle & Means 1933
A.A. Berle Jr. & G.C. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, New York: Macmillan 1933.

Berle 1954
A.A. Berle Jr., *The 20th Century Capitalist Revolution*, New York: Harcourt, Brace and Company 1954.

Bier 2014
B. Bier, 'Enkele mijmeringen over artikel 2:216 BW', *TvJ* 2014, nr. 4, p. 90-98.

Bier 2017
B. Bier, 'Verwarring bij vertegenwoordiging', in: C.D.J. Bulten e.a. (red.), *Vertrouwen in het ondernemingsrecht en het financiële recht. Liber amoricum prof. mr. S.C.J.J. Kortmann (Serie Van der Heijden Instituut nr. 150)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Bier 2019
B. Bier, 'De bestuurder: waakhond van de crediteuren of schoothond van de aandeelhouders', in: S.M. Bartman e.a., *JB. Opstellen aangeboden aan prof. mr. Jan Bernd Huizink ter gelegenheid van zijn emeritaat als hoogleraar Ondernemingsrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam (ZIFO-reeks nr. 29)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Bil & Fliek 2019
T.V.J. Bil & J.F. Fliek, 'De matigingsbevoegdheid van artikel 2:248 lid 4 BW', *TvI* 2019, 19, p. 147-155.

Blanco Fernández 2009
J.M. Blanco Fernández, 'Timmerman's grondslagen: reactie op de oratie', *Ondernemingsrecht* 2009, 5.

Blanco Fernández 2017
J.M. Blanco Fernández, 'Bevoegdhedenovereenkomsten door bestuurders en commissarissen', *Ondernemingsrecht* 2017, 40.

Blanco Fernández 2018
J.M. Blanco Fernández, 'Wat is de vennootschap en wat behoort het vennootschapsrecht te zijn', *Ondernemingsrecht* 2018, 29, p. 169-178.

Bleichrodt 2017
F.W. Bleichrodt, 'Feitelijk leidinggeven', in: B.F. Assink e.a. (red.), *De vele gezichten van Maarten Kroeze's "bange bestuurders" (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 104)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Blommaert 2016
M.J. Blommaert, 'Perikelen rondom turboliquidaties: opgeruimd staat netjes?', *TvI* 2016, 34.

Boeve 2017
G.J. Boeve, 'De (schone) schijn van volmachtverlening', *Bb* 2017, 27 (afl. 7), p. 100-102.

Booij 2003
J.A. Booij, *Aansprakelijkheid van bestuurders voor belastingschulden (Fiscale monografieën nr. 104)*, Deventer: Kluwer 2003.

Boots 2018
S.A.G. Boots, 'Curator in verzet tegen faillissement met lege boedel: wanneer is er sprake van misbruik van bevoegdheid bij faillissementsaanvraag?', *Bb* 2018, 26 (afl. 9).

Boschma 2015
H.E. Boschma, 'De (aansprakelijkheids)positie van de bestuurder van een concerndochter. Risico's, valkuilen en vangnetten', *NTBR* 2015 (afl. 4), 17.

Boschma & Schutte-Veenstra 2012
H.E. Boschma & J.N. Schutte-Veenstra, 'De BV uit de steigers! Gewijzigd systeem van crediteurenbescherming bij de BV en de daaraan verbonden gevolgen voor de aansprakelijkheid van bestuurders', *Ondernemingsrecht* 2012/116.

Boschma & Wezeman 2016
H.E. Boschma & J.B. Wezeman, 'Het rapport van de Werkgroep Personenvennootschappen', *Ondernemingsrecht* 2016, 85.

Boschma & Wezeman 2017
H.E. Boschma & J.B. Wezeman, 'De personenvennootschap op weg naar 2020. Het rapport Modernisering Personenvennootschappen: een geslaagde eerste aftrap', *AA* 2017, 3 (AA20170203), p. 203-214.

Buijn 2002
F.K. Buijn, 'De inrichting van statuten van vennootschappen', *Ondernemingsrecht* 2002, 9, p. 264-268.

Buijn/Storm 2013
F.K. Buijn & P.M. Storm, *Ondernemingsrecht BV en NV in de praktijk (Recht en Praktijk nr. ONR4)*, Deventer: Kluwer 2013.

Bulten & Kreileman 2016
C.D.J. Bulten & N. Kreileman, 'Het civielrechtelijk bestuursverbod', *Ondernemingsrecht* 2016, 109, p. 535-546.

Bulten & Kreileman 2017
C.D.J. Bulten & N. Kreileman, 'De dans ontspringen door decharge?', in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen (Serie Van der Heijden Instituut nr. 140)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Bulten & Leijten 2013
C.D.J. Bulten & A.F.J.A. Leijten, 'Een lastige doorbraakbepaling?', in: D. Busch & M.P. Nieuwe Weme (red.), *Christels Koers (Onderneming & Recht nr. 79)*, Deventer: Kluwer 2013.

Canisius & Canisius 2015
M.B.F. Canisius & R.E.H. Canisius, *Uitkeringen aan aandeelhouders in het nieuwe BV-recht. Besluitvorming, vertegenwoordiging en vereenzelviging (Serie Van der Heijden Instituut nr. 127)*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Chin-Oldenziel & Belkaid-Koubia 2013
M. Chin-Oldenziel & M. Belkaid-Koubia, 'Fraus legis, het normvereiste geanalyseerd', *WFR* 2013, 1492.

Dahmen 2009
R.G.M. Dahmen, 'De aanwijzingsbevoegdheid van het gewijzigde artikel 2:239 lid 4 BW: toepassing, toetsing, afdwingbaarheid en aspecten van aansprakelijkheid in concernperspectief', *TvOB* 2014-2a, p. 61-71.

Van Dam 1995
C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid voor nalaten, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, nr. 52*, Deventer: Kluwer 1995.

Van Dijck e.a. 2008
G. van Dijck e.a., 'Lege boedels: code rood of vals alarm? Een verkennende empirische studie naar Bredase ervaringen met lege boedels', *TvI* 2008, 33.

Van Dijk 2012
N. van Dijk, 'Aanwijzingsbevoegdheid bij de Flex-BV', *Bb* 2012, 64.

Van Dongen 1995
R.C. van Dongen, *Identificatie in het rechtspersonenrecht. Rechtsvergelijkende beschouwingen over 'Piercing the corporate veil' in het interne en internationaal privaatrecht van Nederland, Duitsland, Zwitserland, New York en Texas*, Deventer: Kluwer 1995.

Doorenbos 2015
D.R. Doorenbos, 'Bestuurdersaansprakelijkheid in het strafrecht', in: Holtzer e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015 (Serie Van der Heijden Instituut nr. 128*), Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Dorresteijn 2004
A.F.M. Dorresteijn, *Substance over form in het ondernemingsrecht?* (oratie RUG), Deventer: Kluwer 2004.

Dortmond 2003
P.J. Dortmond, 'De besturende commanditaire vennoot; de openbare houdstervennootschap', *Ondernemingsrecht* 2003, afl. 4.

Dumoulin 2017
S.H.M.A. Dumoulin, 'Het Executive Committee; over bestuur en toezicht, vennootschap en onderneming', *Ondernemingsrecht* 2017, 63.

Duynstee 1942
F.J.F.M. Duynstee, *Commanditaire vraagstukken*, Zwolle: Tjeenk Willink 1940.

Duynstee & Verwey 2015
D.J.F.F.M. Duynstee & E.J.R. Verwey, 'Het enquêterecht voor de curator', in: Ph.W. Schreurs e.a. (red.), *De Gereedschapskist van de Curator. Insolad Jaarboek 2015*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Eijsbouts & Kemp 2012
A.J.A.J. Eijsbouts & B. Kemp 'Over maatschappelijk verantwoord ondernemen, waardecreatie, ondernemingsrecht en vennootschappelijk belang', *TvOB* 2012, nr. 5.

Elbers 1997
J. Elbers, '(On)eigenlijke vereenzelviging van rechtssubjecten voor de heffing en inning van belastingen', *WFR* 1997, 1178.

Elbers 2001
J. Elbers, 'Vereenzelviging: de verschijningsvormtheorie exit?', *WFR* 2001, 90.

Elbers 2014
J. Elbers, *Misbruik van het identiteitsverschil en crediteursbenadeling. Een onderzoek naar vereenzelviging en klassieke vormen van redres*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2014.

Elbers 2017
J. Elbers, 'De Hoge Raad bij vereenzelviging en vermogensafscherming: Rainbow revisited', *WPNR* 2017, 7136.

Ernes 2001
A.L.H. Ernes, 'Identiteit van de wederpartij. Enkele rechtsvergelijkende opmerkingen naar aanleiding van HR 13 juli 2001, NJ 2001, 497 (*Hardstaal/Bovry*)', *WPNR* 2001, 6469.

Fluit 2017
R. Fluit, 'Onttrekkingen door aandeelhouders en de (niet benijdenswaardige) rol van het bestuur', *O&F* 2017 (25), p. 4-35.

Fruytier 2017
P.A. Fruytier, 'Schijn van vertegenwoordiging: naar een nadere invulling van het risicobeginsel', *MvV* 2017, nr. 9, p. 271-277.

Galjaart 2003
M.W. Galjaart, 'Enkele aspecten van de commanditaire vennootschap onder het Wetsvoorstel Personenvennootschappen', *V&O* 2003, nr. 4, p. 63-67.

Gepken-Jager 2000
E.E.G. Gepken-Jager, *Vertegenwoordiging bij NV en BV. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de uitvoering van art. 9 Eerste EG-richtlijn inzake het vennootschapsrecht*, Deventer: Kluwer 2000.

Gepken-Jager 2001
E.E.G. Gepken-Jager, 'Bestuurszelfstandigheid', *O&F* 2001, nr. 48, p. 13-19.

Gepken-Jager 2003
E.E.G. Gepken-Jager, 'Vertegenwoordiging en volmacht', *O&F* 2003/57, p. 7-11.

Geradts 2004
V.A.A. Geradts, 'Toezicht door of namens de commanditair vennoot; overtreding beheersverbod?', *V&O* 2004, nr. 1, p. 16-18.

Giesen 2004
I. Giesen, *Aansprakelijkheid na een nalaten, Studiekring Offerhaus, nieuwe reeks nr. 8,* Deventer: Kluwer 2004.

Van Ginneken 2017
M.J. van Ginneken, 'Bange commissarissen. Enige gedachten over de aansprakelijkheid van commissarissen en niet-uitvoerende bestuurders', in: B.F. Assink e.a. (red.), *De vele gezichten van Maarten Kroeze's "bange bestuurders" (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 104)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Van Ginneken & Timmerman 2011
M.J. van Ginneken & L. Timmerman, 'De betekenis van het evenredigheidsbeginsel voor het ondernemingsrecht', *Ondernemingsrecht* 2011, 123.

Groenewald 2001
Th. Groenewald, *Doeloverschrijding bij NV en BV: een rechtsvergelijkend onderzoek naar de uitvoering van de bepalingen omtrent doeloverschrijding in artikel 9 eerste EG-richtlijn inzake het vennootschapsrecht*, Deventer: Kluwer 2001.

Groffen 2002
C.J. Groffen, 'Bestuursautonomie en aandeelhoudersovereenkomst', *V&O* 2002, nr. 6, p. 119-120.

De Groot 2011
H. de Groot, *Bestuurdersaansprakelijkheid (Recht en Praktijk nr. ONR2)*, Deventer: Kluwer 2011.

GS Onrechtmatige daad
C.J.J.M. Stolker (red.), *Groene Serie Onrechtmatige daad*, Deventer: Wolters Kluwer.

GS Personenassociaties
W.J.M. van Veen (red.), *Groene Serie Personenassociaties*, Deventer: Wolters Kluwer.

GS Rechtspersonen
J.B. Huizink (red.), *Groene Serie Rechtspersonen*, Deventer: Wolters Kluwer.

GS Vermogensrecht
J. Hijma (red.), *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer.

Hamers 2002
J.J.A. Hamers, 'Recente ontwikkelingen in het ondernemingsrecht. Doorbraak, instructiebevoegdheid vs. Instructiemacht en de bevoegdheid van de curator', *S&V* 2002, nr. 3 p. 65-72.

Hamers & Van Vliet
J.J.A. Hamers & L.P.W. van Vliet, *Inleiding personenvennootschappen*, Den Haag: Boom Juridisch 2019.

Hammerstein 2011
A. Hammerstein, 'Het evenredigheidsbeginsel als leidraad', *Ondernemingsrecht* 2011, 122.

Handboek 1968
E.J.J. van der Heijden & W.C.L. van der Grinten, *Handboek voor de Naamlooze Vennootschap*, Zwolle: Tjeenk Willink 1968.

Handboek 1992
W.C.L. van der Grinten, H.J.M.N. Honée & Th.C.M. Hendriks-Jansen, *Van der Heijden Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 1992.

Handboek 2013
P.J. Dortmond, *Van der Heijden Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013.

Handboek Strafzaken
M.F. Attinger e.a./P.A.M. Mevis e.a., *Handboek Strafzaken*, Deventer: Wolters Kluwer.

Hanegraaf 2017
C.E.J.M. Hanegraaf, *Art. 2.11 BW, doorgeefluik van bestuurdersaansprakelijkheid. Hoe diep kan een bestuurder vallen? (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 106)* (diss Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Hanegraaf 2019a
C.E.J.M. Hanegraaf, 'Het civielrechtelijk bestuursverbod en de (mede-)beleidsbepaler', *Bb* 2019/12, afl. 5, p. 42-47.

Hanegraaf 2019b
C.E.J.M. Hanegraaf, 'Een weerlegbaar bewijsvermoeden voor de kwalificatie als beleidsbepaler in concernverhoudingen', *FIP* 2019/128, afl. 3, p. 38-41.

Hanegraaf 2019c
C.E.J.M. Hanegraaf, 'Wat zijn de "zó uitzonderlijke omstandigheden?" Over bestuurdersaansprakelijkheid, misbruik van identiteitsverschil en vereenzelviging', *Bb* 2019, 64, p. 281-286.

Hansmann & Kraakman 1991
H. Hansmann & R.H. Kraakman, 'Towards unlimited shareholder liability for corporate torts', *Yale Law Journal*, vol. 100, nr. 7 (mei 1991), p. 1879-1934.

Hansmann & Kraakman 2017
H. Hansmann, R.H. Kraakman e.a., *The anatomy of corporate law: a comparative and functional approach*, Oxford: Oxford University Press 2017.

Hartlief 2002
T. Hartlief, 'Zorgplichten in het onrechtmatigedaadsrecht. Uitdijing en begrenzing', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 10 jaar Nieuw Burgerlijk Recht (Onderneming & Recht nr. 24*), Deventer: Kluwer 2002.

Hartlief e.a. 2018
T. Hartlief e.a. (red.), *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Studiereeks Burgerlijk Recht nr. 5)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Van der Heijden 1908
E.J.J. van der Heijden, *De ontwikkeling van de Naamloze Vennootschap in Nederland vóór de codificatie*, Amsterdam: Van der Vecht 1908.

Heyman 1988
H.W. Heyman, 'Van besloten naar commanditaire vennootschap', in: H.W. Heyman e.a., *De commanditaire vennootschap in de actuele praktijk (Recht en Praktijk nr. 48)*, Deventer: Kluwer 1988.

Hofman & Theuns 2017
C. Hofman & L.C.J. Theuns, 'Psychische en fysieke disculpatiegronden ten aanzien van inlichtingenverplichtingen. Met één been in het graf?', *WFR* 2017, 38.

Hollemans & Schwarz 2016
R. Hollemans & C.A. Schwarz, 'Vertegenwoordiging bij de N.V. en de B.V.; de (on) zin van het Richtlijnenstelsel van vertegenwoordiging', *TvOB* 2016, nr. 4, p. 110-119.

Honée 1986
H.J.M.N. Honée, 'Aansprakelijkheid in concernverhoudingen', in: P. van Schilfgaarde e.a., *De nieuwe misbruikwetgeving (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 2)*, Deventer: Kluwer 1986.

Hornman 2016
M.J. Hornman, *De strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevenden van onderneming. Een beschouwing vanuit multidimensionaal perspectief*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2016.

Houwen e.a. 1993
L.G.H.J. Houwen, A.P. Schoonbrood-Wessels & J.A.W. Schreurs, *Aansprakelijkheid in concernverhoudingen*, Deventer: Kluwer 1993.

Hox 2018
L. Hox, 'Het oorzakenonderzoek in faillissement – Curator are you seeing the bigger picture?', *TvI* 2018, 42 (afl. 6), p. 265-276.

Huizink 1989
J.B. Huizink, *Bestuurders van rechtspersonen (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 7)*, Deventer: Kluwer 1989.

Huizink 2002
J.B. Huizink, 'Van lusten en lasten', *TvI* 2002, p. 309.

Huizink 2008
J.B. Huizink, 'De eenpersoonsvennootschap', *O&F* 2008, afl. 2, p. 7-22.

Huizink 2010
J.B. Huizink, 'Zorgplichten in het concern', *O&F* 2010, afl. 4, p. 5-28.

Huizink 2013
J.B. Huizink, 'Maakt de Hoge Raad het vennootschapsrecht opnieuw nodeloos ingewikkeld?', *O&F* 2013, nr. 1, p. 23-32.

Huizink 2015
J.B. Huizink, 'Bestuursautonomie na Cancun', in: Verdam e.a., *Autonomie van het bestuur en haar grenzen voor en na de Cancun-uitspraak (ZIFO-reeks nr. 16*), Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Huizink 2016
J.B. Huizink, 'De commanditaire vennootschap', in: M. van Olffen e.a., *Modernisering personenvennootschappen. Congres en Rapport Werkgroep Personenvennootschappen (Serie Van der Heijden Instituut nr. 137)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Huizink 2017
J.B. Huizink, 'De administratieplicht van art. 2:10 BW voor groepsmaatschappijen', *TvI* 2017, 16, p. 101-106.

Van den Ingh 2002
F.J.P. van den Ingh, 'Reactie op de column van Timmerman', *Ondernemingsrecht* 2002, nr. 1.

Van den Ingh 2002a
F.J.P. van den Ingh, 'De bevelstructuur in de vennootschap', in: *Concernverhoudingen (Serie Van der Heijden Instituut nr. 69)*, Deventer: Kluwer 2002.

Van den Ingh 2006
F.J.P. van den Ingh, 'Toezicht door de concernleiding', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *10 jaar JOR. Alsnog geannoteerd*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006.

Jansen 2012
K.J.O. Jansen, *Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht (Recht en Praktijk nr. CA5)*, Deventer: Kluwer 2012.

Jansen 2016
K.J.O. Jansen, 'Kennispresumptie in het verbintenissenrecht: tussen weten en behoren te weten', *NTBR* 2016, 31.

De Jongh 2011
De Jongh, 'Gij zult splitsen! Instructies van aandeelhouders in beursvennootschappen', *Ondernemingsrecht* 2011, 11.

De Jongh 2011a
J.M. de Jongh, 'Redelijkheid en billijkheid en het evenredigheidsbeginsel, in het bijzonder in de verhouding van aandeelhouders tot bestuur', *Ondernemingsrecht* 2011, 124.

De Jongh 2014
J.M. De Jongh, *Tussen societas en universitas. De beursvennootschap en haar aandeelhouders in historisch perspectief (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 94)*, Deventer: Kluwer 2014.

De Jongh 2016
J.M. de Jongh, 'Boekbespreking' (bespreking van: B. Kemp, *Aandeelhoudersverantwoordelijkheid: De positie en rol van de aandeelhouder en aandeelhoudersvergadering (Serie Van der Heijden Instituut nr. 129)*, Deventer: Wolters Kluwer 2015), *RMThemis* 2016, afl. 6, p. 275-280.

De Jongh 2019
J.M. de Jongh, 'Een maatschappelijke resultante. Het vennootschapsbelang op de golven van maatschappelijke verandering', in: B.F. Assink e.a., *De betekenis en functies van het vennootschappelijk belang (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 115)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Jonkers 2017
A.L. Jonkers, 'McGregror, de houdgreep van de aandeelhouders en de rechtvaardiging van beperkte aansprakelijkheid', *TvI* 2017, 15, p. 90-100.

Kakebeeke-Van der Put 1961
M.A. Kakebeeke-Van der Put, *Wetsontduiking*, Deventer: Kluwer 1961.

Karapetian 2019
A. Karapetian, *Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Civielrechtelijke en strafrechtelijke normen voor bestuurders van noodlijdende ondernemingen (Recht en Praktijk nr. InsR11)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Karapetian & Lennarts 2016
A. Karapetian & M.L. Lennarts, 'Flitsfraude', *TvI* 2016, 32.

Katan 2017
B.M. Katan, *Toerekening van kennis aan rechtspersonen (Onderneming en Recht nr. 98)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Katan 2018
B.M. Katan, 'Kennis van de bestuurder = kennis van de rechtspersoon. Toch?', *Ondernemingsrecht* 2018, 22 (afl. 3), p. 135-141.

Kelk 2016
C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Kemp 2015
B. Kemp, *Aandeelhoudersverantwoordelijkheid: De positie en rol van de aandeelhouder en aandeelhoudersvergadering (Serie Van der Heijden Instituut nr. 129)*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Kemp 2019
B. Kemp, 'Aandeelhouders, eigen belang en het vennootschappelijk belang: over de schijn van vrijheid en werkelijke grenzen', in: B.F. Assink e.a., *De betekenis en functies van het vennootschappelijk belang (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 115)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Keulen & Knigge 2010
B.F. Keulen & G. Knigge, *Ons strafrecht deel 2. Strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Klein Wassink 2016
A.J.M. Klein Wassink, 'Gedachten over de invulling van moederlijke zorgplichten in doorbraaksituaties', *Ondernemingsrecht* 2016, 79 (afl. 10/11).

Van de Klift 2008
J.P.D. van de Klift, 'Het Ceteco-vonnis en benadeling in de vorm van vermeerdering van het passief', *V&O* 2008, nr. 9.

De Kloe & Aldana 2018
H.J. de Kloe & F. Ortiz Aldana, 'Wet versterking positie curator: is de positie van de curator daadwerkelijk versterkt?', *MvO* 2018, nr. 1-2, p. 50-60.

De Kluiver 2012
H.J. de Kluiver, 'De openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid', in: G. van Solinge e.a., *Relativering van rechtspersoonlijkheid (Serie Van der Heijden Instituut nr. 114*), Deventer: Kluwer 2012.

Van der Korst 2002
P.J. van der Korst, 'Bestuursautonomie', *JORplus* 2002, p. 22-29.

Van der Korst 2010
P.J. van der Korst 'Aanwijzingsbevoegdheid en instructiemacht in concernverhoudingen', *TOP* 2010, nr. 7.

Kortmann 2006
J.S. Kortmann, 'Aansprakelijkheid van bestuurders, commissarissen en aandeelhouders voor doen en laten', *Ondernemingsrecht* 2006, 117.

Koster 2013
H. Koster, *De Flex-BV,* Deventer: Kluwer 2013.

Koster 2015
H. Koster, 'Overtreding beheersverbod en hoofdelijke aansprakelijkheid commanditaire vennoot', *Bb* 2015, 57, p. 196-198.

Koster 2016
H. Koster, 'De turboliquidatie nader beschouwd', *Bb* 2016, 89 (afl. 26).

Koster 2017
H. Koster, 'Doorbraak van aansprakelijkheid: bange aandeelhouders?', in: B.F. Assink e.a. (red.), *De vele gezichten van Maarten Kroeze's "bange bestuurders" (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 104)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Kreileman 2017
N. Kreileman, 'De aansprakelijkheid van de niet-uitvoerende bestuurder ex art. 2:138 en 2:248 BW', in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen (Serie Van der Heijden Instituut nr. 140)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Kroeze 2006
M.J. Kroeze, 'Bange bestuurders (EUR-oratie)', *Ondernemingsrecht* 2006, 3.

Kroeze & Wezeman 2016
M.J. Kroeze & J.B. Wezeman, 'Over artikel 2:11 BW, matroesjkapoppetjes en de aansprakelijkheid van de beleidsbepaler', in: C.D.J. Bulten e.a. (red.), *Marius geannoteerd. Opstellen aangeboden aan mr. M.W. Josephus Jitta (Serie Van der Heijden Instituut nr. 133)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Laméris & Van Thiel 2018
R. J. Laméris & S.C.M. van Thiel, 'Art. 2:11 BW, doorgeefluik van bestuurdersaansprakelijkheid. Hoe diep kan een bestuurder vallen? Bespreking van het proefschrift van mr. C.E.J.M. Hanegraaf', *MvV* 2018, nr. 1, p. 10-14.

Langeveld 2002
S.V. Langeveld, 'Achter de regenboog', in: Van den Ingh e.a. (red.), *Met een zekere stijl. Gedenkbundel ter ere van mr. Justus Voûte*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002.

Leber 2017
L. Leber, *De patronaatsverklaring: rechtsvergelijkende en internationale privaatrechtelijke beschouwingen over de aansprakelijkheid vanwege een geruststellende verklaring (Recht en Praktijk nr. CA15)*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Lennarts 1999
M.L. Lennarts, *Concernaansprakelijkheid. Rechtsvergelijkende en internationaal privaatrechtelijke beschouwingen*, Deventer: Kluwer 1999.

Lennarts 2002
M.L. Lennarts, 'Wat weet een concern(vennootschap)?', in: L. Timmerman e.a. (red.), *Concernverhoudingen (Serie Van der Heijden Instituut nr. 69)*, Deventer: Kluwer 2002.

Lennarts 2005
M.L. Lennarts, 'Een nieuwe regeling van het instructierecht. Het gaat om de inhoud, niet om de vorm!', *O&F* 2005, nr. 65.

Lennarts 2017
M.J. Lennarts, 'Piercing the corporate director. Over de (on)zin van art. 2:11 BW en art. 106a lid 2 Fw', in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen (Serie Van der Heijden Instituut nr. 140)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Lennarts & Schutte-Veenstra 2004
M.L. Lennarts & J.N. Schutte-Veenstra, *Versoepeling van het BV-kapitaalbeschermingsrecht (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 47)*, Deventer: Kluwer 2004.

Van Liere 2015
F. van Liere, 'De reikwijdte van de zorgplicht binnen concernverhoudingen', *O&F* 2015 (23) 3, p. 50-63.

Löwenberg 2005
M. Löwenberg, 'Bestuursautonomie en instructiebevoegdheid binnen het concern', *V&O* 2005, nr. 12, p. 214-217.

Löwensteyn 1959
F.J.W. Löwensteyn, *Het wezen en de bevoegdheid van het bestuur van de vereniging en de naamloze vennootschap*, Zwolle: Tjeenk Willink 1959.

Löwensteyn 1988
F.J.W. Löwensteyn, 'Het uur der waarheid', in: J.H. Christiaanse e.a. (red.), *Tot Vermaak Van Slagter*, Deventer: Kluwer 1988.

Maeijer 1964
J.M.M. Maeijer, *Het belangenconflict in de naamloze vennootschap* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 1964.

Maeijer 2000
J.M.M. Maeijer, 'Deelrechtsorde, redelijkheid en billijkheid, en vennootschappelijk belang', in: J.B. Huizink e.a. (red.), *A-T-D. Opstellen aangeboden aan Prof. mr. P. van Schilfgaarde*, Deventer: Kluwer 2000.

Mathey-Bal 2016
P.P.D. Mathey-Bal, *De positie van de vennootschap onder firma. In civielrechtelijk, vennootschapsrechtelijke, publiekrechtelijk en Europeesrechtelijk perspectief (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 97)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Mathey-Bal 2016a
P.P.D. Mathey-Bal, 'Naar een nieuwe regeling voor de personenvennootschap, *Ondernemingsrecht* 2016, 104.

Meijeren 2009
D.J.S. Meijeren, 'De commanditaire vennootschap', *Ondernemingsrecht* 2009, 26 (afl. 2).

Meijers 1996
V.A.E.M. Meijers, *Civielrechtelijke beschouwingen over de rechtspositie van de commanditaire vennoot*, Deventer: Kluwer 1996.

Meijers 1997
V.A.E.M. Meijers, 'Commanditaire Verdiepingen', *De NV* 1997, 6, p. 166 e.v.

Melissen & Mulder 2009
W.A.H. Melissen & R. Mulder, 'Beloning curatoren en lege boedels; stand van zaken, wat wordt van curatoren verlangd?', *TvI* 2009, 32.

Mendel & Mohr 2000
M.M. Mendel & A.L. Mohr, 'Hoe hevig is de handelende commanditair het haasje?', in: J.B. Huizink e.a. (red.), *A-T-D. Opstellen aangeboden aan Prof. mr. P. van Schilfgaarde*, Deventer: Kluwer 2000.

Mendel & Oostwouder 2013
M.M. Mendel & W.J. Oostwouder, 'Het vennootschappelijk belang na recente uitspraken van de Hoge Raad', *NJB* 2013, 1776.

Mendel & Oostwouder 2017
M.M. Mendel & W.J. Oostwouder, 'Lange termijn waardecreatie van de beursvennootschap en de daaraan verbonden onderneming, het bestendige succes van de (dochter)onderneming en het begrip "vennootschappelijk belang": harmonie of disharmonie?', *O&F* 2017, afl. 3.

Mohr 1996
A.L. Mohr, 'Vereenzelviging; beperkt speelveld voor een nieuwe tak van sport', *WPNR* 1996, 6243.

Mohr 1997
A.L. Mohr, 'Vereenzelviging ter land, ter zee en in de lucht!', *WPNR* 1997, 97.

Mohr/Meijers 2018
A.L. Mohr & V.A.E.M. Meijers, *Van personenvennootschappen. Naar huidig en toekomstig recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Moulen Janssen 2017
S.C.E.F. Moulen Janssen, 'Aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders bij winstuitkeringen bij een BV', in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen (Serie Van der Heijden Instituut nr. 140)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Van Mourik 1993
M.J.A. van Mourik, *De personenvennootschap*, Zwolle: Tjeenk Willink 1993.

Van Mourik 2003
M.J.A. van Mourik, 'Deel II', in: A.L. Mohr, M.J.A. van Mourik & H.M.N. Schonis, *Personenvennootschappen (Preadvies van de Vereeniging 'Handelsrecht' 2003)*, Deventer: Kluwer 2003.

Müller 2018
J. Müller, 'Kampschöer/Le Roux en de doorgetrokken aansprakelijkheid', *Bb* 2018, 4, p. 13-16.

Nethe 2017
M.Y. Nethe, 'Reuring rond turboliquidatie', *Ondernemingsrecht* 2017, 6.

Nichols 1969
T. Nichols, *Ownership, control and ideology. An enquiry into certain aspects of modern business ideology*, Londen: Allen & Unwin 1969.

Nillesen 1986
J.T.L. Nillesen, 'De Durchgriff, enkele beschouwingen over de relativering en begrenzing van rechtspersoonlijkheid en belastingplicht (slot)', *WFR* 1986, afl. 5745, p. 1271-1283.

Van Nuland 2016
J.E. van Nuland, 'De aansprakelijkheid van de moderne commanditaire vennoot', *MvO* 2016, afl. 10-11, p. 252-259.

Van Nuland 2017
J.E. van Nuland, 'De aansprakelijkheidspositie van de (mede)beleidsbepaler: art. 2:11 BW en het ernstig verwijt', *TvOB* 2017-4, p. 126-133.

Okma 1945
N. Okma, *Misbruik van recht*, Wageningen: NV Gebrs. Zomer en Keuning's Uitgeversmaatschappij 1945.

Olaerts 2007
M. Olaerts, *Vennootschappelijke beleidsbepaling in geval van financiële moeilijkheden; de positie van bestuurders en aandeelhouders*, Antwerpen: Intersentia 2007.

Olaerts 2015
M. Olaerts, 'Herstructurering in concernverhoudingen: het vennootschappelijk belang, instructierechten en de autonomie van het bestuur van de dochtervennootschap', *TvOB* 2015, nr. 6.

Olaerts 2017
M. Olaerts, 'Is de aandeelhouder gebonden aan het belang van de vennootschap?', *Ondernemingsrecht* 2017, 113 (afl. 14), p. 631-642.

Olaerts 2019
M. Olaerts, 'Het vennootschappelijk belang in concernverband: over strategiebepaling en autonomie bij verbonden vennootschappen', in: B.F. Assink e.a., *De betekenis en functies van het vennootschappelijk belang (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 115)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Olaerts 2019a
M. Olaerts, 'Concernleiding: enkele gedachten over informatievoorziening, concerninrichting en aansprakelijkheid', in: S.M. Bartman e.a., *JB. Opstellen aangeboden aan prof. mr. Jan Bernd Huizink ter gelegenheid van zijn emeritaat als hoogleraar Ondernemingsrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam (ZIFO-reeks nr. 29)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Olden 2019
P.D. Olden, 'Bestuur en aansprakelijkheid: intuïtief door de grijze tussenzone', *Ondernemingsrecht* 2019, 83, p. 454-459.

Van Olffen 1989
M. van Olffen, *Ondernemer en ondernemingsvermogen. Juridische aspecten bij het dienstbaar maken van vermogen aan ondernemingsactiviteiten*, Deventer: Kluwer 1989.

Van Olffen 2012
M. van Olffen, 'Vragen rond de CV', *Ondernemingsrecht* 2012, 48 (afl. 6).

Van Olffen e.a. 2016
M. van Olffen e.a., *Modernisering personenvennootschappen. Congres en Rapport Werkgroep Personenvennootschappen (Serie Van der Heijden Instituut nr. 137)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Van Oven 1972
A. van Oven, 'De grote onderneming en de papieren NV', in: *Van Opstall-bundel. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. S.N. van Opstall*, Deventer: Kluwer 1972.

Pitlo/Raaijmakers 2017
M.J.G.C. Raaijmakers, *Ondernemingsrecht (Pitlo-serie nr. 2*), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Portengen 2006
H.J. Portengen, 'Naar contractsvrijheid voor de BV en haar statutaire inrichting (?!)', in: T.P. van Duuren e.a., *De vereenvoudigde BV (Preadvies van de Vereeniging 'Handelsrecht' 2006)*, Deventer: Kluwer 2006.

Portengen & Yee 2010
H.J. Portengen & Q. Yee, 'De (beperkte) volmacht aan de statutair bestuurder revisited', *V&O* 2010, nr. 9, p. 153-157.

Pouw 2015
J. Pouw, 'Vereenzelviging: nog altijd zeldzaam', *V&O* 2015, nr. 5, p. 79-80.

Quist 2005
P.H.N. Quist, 'Procuratieperikelen (I)', *WPNR* 2005/6627, p. 545-547.

Raaijmakers 1976
M.J.G.C. Raaijmakers*, Joint Ventures*, Zwolle: Tjeenk Willink 1976.

Raaijmakers 1977
M.J.G.C. Raaijmakers*, Over verschuivingen in het toerekeningspatroon bij rechtspersonen. Preadvies NJV 1977*, Zwolle: Tjeenk Willink 1977.

Raaijmakers 1993
M.J.G.C. Raaijmakers, 'Over de verhouding tussen plicht en bevoegdheid van de moedermaatschappij tot centrale leiding van de groep', in: J.W. Winter e.a., *Beschouwingen over concernfinanciering (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 18*), Deventer: Kluwer 1993.

Raaijmakers 2014
J.H.P.M. Raaijmakers, *Aansprakelijkheid in belastingzaken (Fiscale Monografieën nr. 73)*, Deventer: Kluwer 2014.

Raaijmakers 2015
M.J.G.C. Raaijmakers, 'Bestuursautonomie in een (gezamenlijke) dochter-BV: een novum in concernverhoudingen?', in: J.B. Huizink e.a., *Het concern van 2020 (ZIFO-reeks nr. 14)*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Raaijmakers 2015a
M.J.G.C. Raaijmakers, 'De "institutionele opvatting": grondslag en inhoud', *Ondernemingsrecht* 2015, 28, p. 155-164.

Raaijmakers 2015b
M.J.G.C. Raaijmakers, 'Over de oorsprong, zin en betekenis van de "institutionele opvatting"', in: *Autonomie van het bestuur en haar grenzen voor en na de Cancun-uitspraak (ZIFO-reeks nr. 16)*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Raaijmakers 2016
J.H.P.M. Raaijmakers, *Fiscale aansprakelijkheidsbepalingen in de Invorderingswet 1990 (FED Fiscale Brochures)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Raaijmakers & Van der Sangen 2011
M.J.G.C. Raaijmakers & G.J.H. van der Sangen, 'De positie van de directeur-grootaandeelhouder in het nieuwe BV-recht', *TvOB* 2011-4.

De Ranitz 2008
S.H. de Ranitz, 'Perverse prikkels, curatoren en de goede procesorde', *TvI* 2008, 42.

Reehuis & Slob 1990
W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek: parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Invoering boeken 3, 5 en 6. Boek 3: Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1990.

Rensen 2013
G.J.C. Rensen, 'Tegenstrijdig belang in de notariële praktijk', *WPNR* 2013/6979.

Renssen 2016a
S. Renssen, 'Curatorenverzet in geval van een lege boedel', *MvO* 2016, nrs. 1-2.

Renssen 2016b
S. Renssen, *De turboliquidatie van de Besloten Vennootschap*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Renssen 2017
S. Renssen, *De herijking van het faillissementsrecht (Recht en Praktijk nr. 8)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Roelvink 1977
H.L.J. Roelvink, *Door rechtspersonen heen kijken. Preadvies NJV 1977*, Zwolle: Tjeenk Willink 1977.

Roelvink 1988
H.L.J. Roelvink, 'De "Corporate Veil" in recente rechtspraak', in: *Van vennootschappelijk belang. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. J.M.M. Maeijer ter gelegenheid van zijn 25-jarig ambtsjubileum als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Nijmegen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

De Roo 2019
K.H.M. de Roo, 'Delegatie van bestuursbevoegdheden', *WPNR* 2019/7243, p. 469-477.

Sanders/Westbroek 2005
P. Sanders, W. Westbroek, F.K. Buijn & P.M. Storm, *BV en NV: het nieuwe ondernemingsrecht (Recht en Praktijk nr. 23)*, Deventer: Kluwer 2005.

Van der Sangen 2009
G.J.H. van der Sangen, 'Concernleiding en aansprakelijkheid: het delicate evenwicht tussen unitaire leiding en juridische zelfstandigheid', *TvOB* 2009-6, p. 146-153.

De Savornin Lohman 2007
H.A. de Savornin Lohman, 'De aansprakelijkheid van de (mede)beleidsbepaler krachtens de Tweede Misbruikwet en de Derde Misbruikwet', in: M.A. Holtzer e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2006-2007 (Serie Van der Heijden Instituut nr. 93)*, Deventer: Kluwer 2007.

Schelhaas 2017
H.N. Schelhaas, 'Een vierluik over onbevoegde vertegenwoordiging', *AA* 2017, AA20170508, p. 508-515.

Van Schilfgaarde 1970
P. van Schilfgaarde, *Doorbraak van aansprakelijkheid in het N.V.-recht* (oratie RUG), Deventer: Kluwer 1970.

Van Schilfgaarde 1986
P. van Schilfgaarde, *Misbruik van rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 1986.

Van Schilgaarde 1998
P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, Deventer: Gouda Quint 1998.

Van Schilfgaarde 2016
P. van Schilfgaarde, *De redelijkheid en billijkheid in het ondernemingsrecht (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 100)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Van Schilfgaarde 2017
P. van Schilfgaarde, *Van de NV en de BV*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Schimmelpenninck 2008
R.J. Schimmelpenninck, 'Protocol oorzakenonderzoek voor complexe faillissementen', *TvI* 2008, 20.

Schimmelpenninck 2008a
R.J. Schimmelpenninck, 'Naschrift bij de reactie van mr. S.H. De Ranitz', *TvI* 2008, 43.

Schoonbrood-Wessels 1996
A.P. Schoonbrood-Wessels, 'De aansprakelijkheid van de moeder voor schulden van de dochter: de stand van zaken (I)', *De NV* 1996, 1.

Schoordijk 1996
H.C.F. Schoordijk, 'Het (privaatrechtelijk) dogmatisch tekort', *NJB* 1996, afl. 26, p. 1002.

Schrama 2012
H.K. Schrama, 'Aandeelhouders en het vennootschappelijk belang', *V&O* 2012, nr. 6, p. 101-106.

Schreurs 2017
Ph. W. Schreurs, 'Selectie van betalingen – afrekenen in de twilight zone', in: G. Van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Een nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied (Serie Van der Heijden Instituut nr. 140),* Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Schuijling & Kortmann 2017
B.A. Schuijling & S.C.J.J. Kortmann, 'Taakverdeling, disculpatie en draagplicht', in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen (Serie Van der Heijden Instituut nr. 140)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Schuit 1997
S.R. Schuit, 'Instructiebevoegdheid in joint venture-verhoudingen', *De NV* 1997/9, p. 246.

Schutte-Veenstra 2017
J.N. Schutte-Veenstra, 'Formeel of feitelijk bestuurder: maakt het verschil?', in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen (Serie Van der Heijden Instituut nr. 140)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Schwarz 2008
C.A. Schwarz, 'Het einde van de Nederlandse CV', *Ondernemingsrecht* 2008, 158.

Schwarz 2018
C.A. Schwarz, *De impact van het vennootschappelijk belang: machtsverhoudingen, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid* (EUR-oratie), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.

Schwarz & Van der Ploeg 1986
C.A. Schwarz & T.J. van der Ploeg, 'De tweede misbruikwet en de aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot', *WPNR* 1986, 5802, p. 647-649.

Sirey 1822
Jean-Baptiste Sirey, *Jurisprudence de la cour de cassation de 1791 á 1813*, Parijs: Laporte 1822.

Slagter/Assink 2013
W.J. Slagter, & B.F. Assink, *Compendium Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Snijders-Kuipers 2017
B. Snijders-Kuipers, 'Uitkeringsperikelen rondom de BV', *JBN* 2017/4, nr. 16.

Stokkermans 2015
Chr.M. Stokkermans, 'De CV komt weer tot bloei!', *WPNR* 2015, 7068, p. 576-587.

Stokkermans 2017
Chr.M. Stokkermans, *Sleutels voor personenvennootschappen (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 102*), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Stokkermans 2017a
Chr.M. Stokkermans, 'Bestuurder van personenvennootschap', in: B.F. Assink e.a. (red.), *De vele gezichten van Maarten Kroeze's "bange bestuurders" (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 104)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Stolp 2013
M. Stolp, 'Enkele belangrijke aspecten van bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW belicht', *NJB* 2013, 1344.

Tekstra 2015
A.J. Tekstra, 'Piercing the corporate veil is niet toegestaan', *WFR* 2015, 539.

Tekstra 2017
A.J. Tekstra, 'Fiscale bestuurdersaansprakelijkheid', in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen (Serie Van der Heijden Instituut nr. 140)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Terstegge 2014
J.A. Terstegge, 'Instructierecht en de Flex-BV: "Hier spreekt de algemene vergadering van uw vennootschap om u de volgende opdracht te geven…"', *WPNR* 2014/7011.

Tervoort 2013
A.J.S.M. Tervoort, *Het bestuursverbod bij de commanditaire vennootschap (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 93)*, Deventer: Kluwer 2013.

Tervoort 2015a
A.J.S.M. Tervoort, *Het Nederlandse personenvennootschapsrecht (Recht en Praktijk nr. ONR8)*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Tervoort 2015b
A.J.S.M. Tervoort, 'De CV in de rechtspraktijk: enige aandachts- en pijnpunten', in: W.G. Huijgen e.a., *De personenvennootschap anno 2015 en haar toekomst (Ars Notariatus nr. 159)*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Tervoort 2019
A.J.S.M. Tervoort, 'De commanditaire vennootschap in het Voorontwerp modernisering personenvennootschappen', *Ondernemingsrecht* 2019, 113, p. 636-640.

Timmerman 2001
L. Timmerman, 'Vereenzelviging als strijdmiddel in vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures', *Ondernemingsrecht* 2001, p. 294 e.v.

Timmerman 2001a
L. Timmerman, 'Instructierecht', *Ondernemingsrecht* 2001, nr. 16.

Timmerman 2002
L. Timmerman, 'Hebben wij in Nederland nog behoefte aan concernrecht?', in: L. Timmerman e.a. (red.), *Concernverhoudingen (Serie Van der Heijden Instituut nr. 69)*, Deventer: Kluwer 2002.

Timmerman 2016
L. Timmerman, 'Vijf fundamentele veranderingen in het ondernemingsrecht', in: B. Bier e.a. (red.), *Handboek notarieel ondernemingsrecht – deel 1 – BV en NV (Serie Van der Heijden Instituut nr. 132)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Timmerman 2016a
V. Timmerman, 'When the facts change…', *Ondernemingsrecht* 2016/39.

Timmerman 2017
L. Timmerman, 'Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid', in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen (Serie Van der Heijden Instituut nr. 140)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Timmerman 2018
L. Timmerman, 'Ter herinnering aan mr. H.L.J. Roelvink', *Ondernemingsrecht* 2018, 46, p. 291-292.

Tjittes 2001
R.P.J.L. Tjittes, *Toerekening van kennis*, Deventer: Kluwer 2001.

Tjittes 2017
R.P.J.L. Tjittes, 'Handelen in hoedanigheid van de "bestuurder" en zijn aansprakelijkheid', in: B.F. Assink e.a. (red.), *De vele gezichten van Maarten Kroeze's "bange bestuurders" (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 104)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Tjong Tjin Tai 2006
T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en Zorgethiek*, Deventer: Kluwer 2006.

Tjong Tjin Tai 2007
T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Nalaten als onrechtmatige daad', *NJB* 2007, nr. 40, p. 2540-2546.

Tol 2014
F.A.M. Tol, 'De inkleuring van het vennootschappelijk belang', *V&O* 2014, nr. 9, p. 130-140.

Torringa 1984
R.A. Torringa, *Strafbaarheid van rechtspersonen*, Arnhem: Gouda Quint 1984.

Uniken Venema 1969
C.A. Uniken Venema, 'Concernrecht', in: H.L. Bakels e.a., *Op de grenzen van komend recht: opstellen aangeboden aan prof. Mr. J.H. Beekhuis*, Deventer: Kluwer en Zwolle: Tjeenk Willink 1969.

Uniken Venema 1981
C.A. Uniken Venema, 'Doorbraak in concernverhoudingen, bezien in het licht van de misbruikontwerpen', *WPNR* 1981/5575, p. 583-593.

De Valk 2009
S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevenden (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 63)*, Deventer: Kluwer 2009.

Vastmans 2016
R.H.H. Vastmans, 'Het rechtspersoonlijk belang van het voorontwerp Wet bestuur en toezicht rechtspersonen: schijnuniformering of ware eendracht?', *MvO* 2016, nrs. 5 en 6.

Van Veen 2015
W.J.M. van Veen, 'Vennootschapsrechtelijke doorwerking, bestuursautonomie en bestuurstaak', in: *Autonomie van het bestuur en haar grenzen voor en na de Cancun-uitspraak (ZIFO-reeks nr. 16)*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Van Veen 2017
W.J.M. van Veen, 'Het belang van de rechtspersoon en zijn raison d'être', *WPNR* 2017/7162, p. 640-654.

Van Veen 2018
E. van Veen, 'Is moeders wil wet? In hoeverre kan een moeder de strategie van haar dochter(s) bepalen?', *TOP* 2018, nr. 6, p. 38-41.

Verboom 2017
U.B. Verboom, 'Aansprakelijkheid van commissarissen, in het bijzonder van leden van auditcommissies', in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen (Serie Van der Heijden Instituut nr. 140)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Verbunt & Van den Heuvel 2007
B.E.L.J.C. Verbunt & R.F. van den Heuvel, 'De rol van toerekening van wetenschap bij aansprakelijkheid voor zuiver nalaten in het rechtspersonenrecht', in: Holtzer e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2006-2007 (Serie Van der Heijden Instituut nr. 93)*, Deventer: Kluwer 2007.

Verdam 2010
A.F. Verdam, 'De zorgplicht van de bestuurder van een rechtspersoon', *O&F* 2010 (18), p. 94.

Verdam 2015
A.F. Verdam, 'Iets over de verhouding tussen de institutionele opvatting, het vennootschapsbelang en de norm van redelijkheid en billijkheid, mede in relatie tot bestuurders, commissarissen en aandeelhouders', in: *Autonomie van het bestuur en haar grenzen voor en na de Cancun-uitspraak (ZIFO-reeks nr. 16)*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Verdam 2017
A.F. Verdam, 'Schending van artikel 2:8 BW en onrechtmatige daad', *WPNR* 2017, 7163.

Verdam 2019
A.F. Verdam, 'Het bestuur van de dochter in concernverband', *Ondernemingsrecht* 2019, 77, afl. 8, p. 400-410.

Verheij 2015
A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad (Monografieën Privaatrecht nr. 4)*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Verrest & Heukels 2017
P.A.M. Verrest & T. Heukels, 'Nieuwe wetgeving ter bestrijding van faillissementsfraude', *AA* 2017 afl. 1, AA20170051, p. 51-57.

Verstijlen 2015
F.M.J. Verstijlen, 'Bestuurdersaansprakelijkheid in het gemene recht', in: M. Holtzer e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015 (Serie Van der Heijden Instituut nr. 128)*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Verstoep 2018
J. Verstoep, 'Moet wie administratie zegt ook boekhouding in concernverband zeggen?', *MvO* 2018, nr. 8/9, p. 259-266.

Veth 1921
G. Veth, *Simulatie in het privaatrecht*, Amsterdam: A.H. Kruyt 1921.

Vetter & Tekstra 2016
J.J. Vetter & A.J. Tekstra, *Invordering van belastingen (fed fiscale studieserie nr. 2)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Vetter 2017
H.J. Vetter, 'Waarom zou de aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad zijn uitgesloten? HR 17 februari 2017: art. 2:11 BW en onrechtmatige daad – de Hoge Raad kiest (terecht?) voor eenheid', *O&F* 2017, 4.5, p. 63-72.

Viöter & Speyart 2016
D.A. Viöter & H.M.H. Speyart, 'Vennootschappelijk belang en doeloverschrijding', *O&F* 2016 (24), nr. 2, p. 47-64.

Vischer 2016
M.H. Vischer, 'Bestuurdersaansprakelijkheid bij pensioenschulden: de lange arm van het bedrijfstakpensioenfonds', *TvOB* 2016-2, p. 51-65.

Van der Voort Maarschalk 2000
A.E.H. van der Voort Maarschalk, 'Onrechtmatige daad en vereenzelviging; een interactief paar. Reactie op het artikel "Onrechtmatige daad en vereenzelviging; een interactief paar" van mr. S.M. Bartman in WPNR (2000) 6422', *WPNR* 2000, 6434.

Van der Waals 2019
S.E. van der Waals, 'De V van Voorontwerp en Vertegenwoordiging', *Ondernemingsrecht* 2019, 109, p. 612-617.

Wery 2003
P.L. Wery, *Hoofdzaken maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap (Serie Hoofdzaken Handelsrecht)*, Deventer: Kluwer 2003.

Westbroek 1969
W. Westbroek, *Zijn wettelijke bepalingen gewenst in verband met concernverhoudingen? (Preadvies Vereeniging 'Handelsrecht')*, Zwolle: Tjeenk Willink 1969.

Westbroek 1988
W. Westbroek, 'De aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot', in: H.J.M.N. Honée e.a. (red.), *Van vennootschappelijk belang*, Zwolle: Tjeenk Willink 1988.

Westenbroek 2014
W.A. Westenbroek, 'De beleidsbepaler van artikel 2:138/248 lid 7 onder de loep genomen', *Ondernemingsrecht* 2014, 119.

Westenbroek 2017
W.A. Westenbroek, *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 108)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Van der Westerlaken 2002
A.P.M. van der Westerlaken, 'Instructiemacht in de praktijk', *V&O* 2002, nr. 12, p. 209-213.

Wezeman 1986
J.B. Wezeman, 'De commanditaire matador en de nieuwe misbruikwetgeving', *WPNR* 1986, 5802, p. 650-657.

Wezeman 1998
J.B. Wezeman, *Aansprakelijkheid van bestuurders*, Deventer: Kluwer 1998.

Wezeman 2017
J.B. Wezeman, 'Het mechanisme van artikel 2:248 lid 2 BW', in: B.F. Assink e.a. (red.), *De vele gezichten van Maarten Kroeze's "bange bestuurders" (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 104*), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Winter 2007
J.W. Winter, 'Level Playing Fields', in: H. Beckman e.a., *De nieuwe macht van de kapitaalverschaffer*, Deventer: Kluwer 2007.

De Wit, Broos & Van Nijnatten 2007
J.M.J. de Wit, J. Broos & E.H.W. van Nijnatten, 'Aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot in het wetsvoorstel personenvennootschappen', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2007, nr. 6, p. 188-193.

Wuisman 2011
I.S. Wuisman, *Een Nederlandse personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid: wenselijk? (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 81)*, Deventer: Kluwer 2011.

Wuisman & Vriesendorp 2017
I.S. Wuisman & R.D. Vriesendorp, 'Commanditaire vennoten krachtens volmacht en bestuurders: wie is er bang voor de faillissementscurator', in B.F. Assink e.a. (red.), *De vele gezichten van Maarten Kroeze's "bange bestuurders" (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 104)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Zaman 2007
D.F.M.M. Zaman, 'Hoe staat het nu eigenlijk met het nieuwe personenvennootschapsrecht?', *JBN* 2007, 51.

Van Zeben & Du Pon 1977
C.J. van Zeben & J.W. Du Pon (red.), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek: parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Invoeringswet Boek 2: Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 1977.

Van Zeben & Van Ewijk 1962
C.J. van Zeben & O.W. van Ewijk*, Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek: parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Boek 2: Rechtspersone*n, Deventer: N.V. Uitgeversmaatschappij Ae.E. Kluwer 1962.

RECHTSPRAAK

(in chronologische volgorde per instantie)

Hoge Raad

HR 18 januari 1901, W. 7553 (*De Hoop*)
HR 14 april 1927, *NJ* 1927, p. 1220, m.nt. Meijers *(Tweede Hollandsche Herverzekeringmaatschappij/Nederlandsche Handelsmaatschappij)*
HR 25 november 1927, *NJ* 1928, p. 364 (*Kretzschmar/Mendes de Leon*)
HR 4 januari 1937, *NJ* 1937, 586, m.nt. Scholten (*Erik Schaaper*)
HR 10 april 1942, *NJ* 1942, 501
HR 15 januari 1943, *NJ* 1943, 201 (*Walvius*)
HR 30 juni 1944, *NJ* 1944, 465 (*Wennex*)
HR 24 januari 1947, ECLI:NL:HR:1947:BG9451
HR 21 januari 1955, *NJ* 1959, 43, m.nt. Bröring (*Forumbank*)
HR 28 juni 1957, *NJ* 1957, 514
HR 31 januari 1958, *NJ* 1958, 251 (*Dulleman/Sala c.s.)*
HR 13 juni 1958, *NJ* 1958, 352 (*Dieselgarage II*)
HR 20 maart 1959, *NJ* 1959, 581
HR 13 november 1959, *NJ* 1960, 472 (*Melchers*)
HR 18 december 1959, *NJ* 1960, 121 (*De Gouw/De Hamer*)
HR 27 januari 1960, *NJ* 1960, 235.
HR 19 februari 1960, *NJ* 1960, 473, m.nt. Bröring (*Aurora*)
HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136, m.nt. Scholten (*Coca Cola/Duchateau*)
HR 6 mei 1966, *NJ* 1966, 287
HR 1 maart 1968, *NJ* 1968, 246 *(Moluksche Evangelische Kerk/Clijnk)*
HR 15 juli 1968, *NJ* 1969, 101 (*Wijsmuller*)
HR 24 april 1970, *NJ* 1970, 406, m.nt. Scholten (*Romano*)
HR 3 december 1971, *NJ* 1972, 117 (*Hotel Jan Luyken*)
HR 22 november 1974, *NJ* 1975, 149, m.nt. Scholten (*Heddema/De Coninck*)
HR 5 november 1976, *NJ* 1977, 586, m.nt. Heemskerk (*Moret Gudde Brinkman*)
HR 11 maart 1977, *NJ* 1977, 521, m.nt. Scholten (*Kribbebijter*)
HR 5 januari 1979, *NJ* 1979, 317 *(Slijkerman/Volkshogeschool 't Oldörp)*
HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34 (*Kleuterschool Babbel*)
HR 11 april 1980, *NJ* 1981, 377, m.nt. Wachter (*Sleephelling Maatschappij Scheveningen/Buis*)

HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635, m.nt. Brunner (*Ermes c.s./Haviltex*)
HR 25 september 1981, *NJ* 1982, 443, m.nt. Maeijer (*Osby*)
HR 17 december 1982, *NJ* 1983, 480, m.nt. Scholten (*Bibolini*)
HR 14 januari 1983, *NJ* 1983, 597, m.nt. Wachter (*Peeters q.q./Gatzen*)
HR 23 december 1983, *NJ* 1985, 170, m.nt. Alkema en Van der Grinten
HR 2 november 1984, *NJ* 1985, 446, m.nt. Maeijer (*Blok/De Haan*)
HR 19 februari 1988, *NJ* 1988, 487, m.nt. Van der Grinten (*Albada Jelgersma II*)
HR 20 mei 1988, *NJ* 1989, 676, m.nt. Alkema en Maeijer (*Koster/Van Nie q.q.*)
HR 30 juni 1989, *NJ* 1989, 819, m.nt. Maeijer (*Toetanchamon*)
HR 20 oktober 1989, *NJ* 1990, 308 (*Ellem*)
HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 466, m.nt. Maeijer (*Ogem II*)
HR 8 juni 1990, *NJ* 1990, 607 (*Kruithof/Wittenberg*)
HR 8 juli 1991, *NJ* 1991, 765 (*Hoeben*)
HR 4 oktober 1991, *NJ* 1992, 247, m.nt. Van Schilfgaarde (*Glorywave*)
HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 174 (*Nimox*)
HR 7 februari 1992, *NJ* 1992, 438, m.nt. Maeijer (*Astro*)
HR 16 oktober 1992, *NJ* 1993, 98, m.nt. Maeijer (*Westland/Utrecht Hypotheekbank*)
HR 4 december 1992, *NJ* 1993, 271, m.nt. Maeijer (*Mast Holding*)
HR 11 juni 1993, NJ 1993, 713, m.nt. Maeijer (Brens q.q./Sarper)
HR 26 januari 1994, *NJ* 1994, 545 (*Heuga*)
HR 10 september 1993, *NJ* 1994, 272 (*De Zilver Ster*)
HR 17 december 1993, *NJ* 1994, 301, m.nt. Maeijer (*Van den Broeke/Van der Linde*)
HR 24 juni 1994, *NJ* 1995, 578, *RvdW* 1994, 139 (*Mercantiel/Van der Meer*)
HR 30 september 1994, *NJ* 1996, 196-198, m.nt. Brunner (*Staat/Shell*)
HR 11 november 1994, *NJ* 1995, 151, m.nt. Maeijer (*Kooij/Bartman q.q.*)
HR 18 november 1994, *NJ* 1995, 170, m.nt. Maeijer (*Securicor*)
HR 13 januari 1995, *NJ* 1995, 482, *RvdW* 1995, 27 (*Sobi/Hurks I*)
HR 9 juni 1995, *NJ* 1996, 213, *RvdW* 1995, 124 (*Krijger/Citco*)
HR 16 juni 1995, *NJ* 1996, 214, m.nt. Maeijer (*Bato's Erf Beheer Nijmegen/De Staat*)
HR 3 november 1995, *NJ* 1996, 215, m.nt. Maeijer (*Roco/De Staat*)
HR 2 februari 1996, *NJ* 1996, 406 (*Pfennings/Niederer*)
HR 7 juni 1996, *NJ* 1996, 695 (*Drankenhandel Van Zoolingen*)
HR 28 juni 1996, *NJ* 1997, 58 (*Bodam Jachtservice*)
HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 149 (*Playland*)
HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360, m.nt. Maeijer (*Staleman/Van de Ven*)
HR 10 januari 1997, *NJ* 1998, 544, m.nt. Brunner (*Praktijkwaarnemer tandarts*)
HR 31 januari 1997, *RvdW* 1997, 36 (*Globe/Groningen*)
HR 7 november 1997, *JOR* 1998, 5 (*Kandel/Koolhaas*)
HR 9 januari 1998, *NJ* 1999, 285, m.nt. Kleijn (*MeesPierson/Ten Bos*)
HR 12 juni 1998, *NJ* 1998, 727, m.nt. Van Schilfgaarde (*Coral/Stalt*)
HR 9 oktober 1998, *NJ* 1999, 581 (*Hartman/Bakker*)
HR 23 oktober 1998, *NJ* 1999, 582 (*Nacap/Kurstjens*)
HR 8 januari 1999, *NJ* 1999, 318, m.nt. Maeijer (*Pelco/Sturkenboom*)

HR 21 mei 1999, *NJ* 1999, 507 *(Kerkhof en Wekking/Spoelstra)*
HR 25 juni 1999, *NJ* 2000, 33, m.nt. Stein (*Bolckmans/Van den Broek*)
HR 19 februari 2000, *NJ* 2000, 295, m.nt. Maeijer (*New Holland Belgium/Oosterhof*)
HR 28 april 2000, *JOR* 2000, 126 (*Montedison*)
HR 12 mei 2000, *JOR* 2000, 145, m.nt. Blanco Fernández (*Geestelijk leider*)
HR 12 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5774, *NJ* 2000, 440
HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000, 698, m.nt. Maeijer (*Rainbow*)
HR 12 januari 2001, *NJ* 2001, 157 (*Kuijpers/Wijnveen*)
HR 2 februari 2001, *NJ* 2002, 379, m.nt. Snijders (*S./Vonk*)
HR 8 juni 2001, *NJ* 2001, 454 (*Panmo*)
HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002, 94 (*Juno*)
HR 23 november 2001, *JOR* 2002, 4, m.nt. Blanco Fernández (*Mefigro/Wind q.q.*)
HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 95 (*Vlimeta*)
HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 96, m.nt. Kortmann (*Sobi/Hurks II*)
HR 24 mei 2002, *NJ* 2002, 413 (*Van der Have/Ontvanger*)
HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 455 (*Berghuizer Papierfabriek*)
HR 18 april 2003, *JOR* 2003, 160, m.nt. Bartman (*Rivier De Lek c.s.-Van Wetering*)
HR 6 februari 2004, *JOR* 2004, 67 (*Reinders Didam*)
HR 20 februari 2004, *NJ* 2004, 254 (*Vreeswijk/Van Heeckeren van Kell*)
HR 1 juni 2004, *NJ* 2005, 252, m.nt. Knigge
HR 17 juni 2005, *JOR* 2005, 234 (*De Berghorst c.s./Maas*)
HR 14 oktober 2005, *JOR* 2006, 61, m.nt. Borrius (*Ontvanger/van Burgeler te Lingewaal*)
HR 11 november 2005, *NJ* 2005, 231, m.nt. Vranken (*Voorsluijs*)
HR 23 december 2005, *NJ* 2006, 289, m.nt. Mok (*Safe Haven*)
HR 20 oktober 2006, *NJ* 2007, 2, m.nt. Maeijer (*Van Schilt/Jansen q.q.*)
HR 17 november 2006, *RvdW* 2006, 1082 (*Bonbosch*)
HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659 (*Ontvanger/Roelofsen*)
HR 2 maart 2007, *NJ* 2007, 240, m.nt. Maeijer (*Holding Nutsbedrijf Westland/Schieke*)
HR 13 juli 2007, *NJ* 2007, 434, m.nt. Maeijer (*ABN AMRO*)
HR 30 november 2007, *NJ* 2008, 91, m.nt. Maeijer (*Blue Tomato*)
HR 14 maart 2008, *NJ* 2008, 466 (*Lammers/Aerts q.q.*)
HR 21 maart 2008, *NJ* 2008, 297, m.nt. Maijer (*Nieuwe Steen*)
HR 20 juni 2008, *NJ* 2009, 21, m.nt. Maeijer en Snijders (*Willemsen/NOM*)
HR 27 juni 2008 ECLI:NL:HR:2008:BD5467
HR 12 september 2008, *RvdW* 2008, 840 (*Coutts Holding*)
HR 23 januari 2009, *BNB* 2009, 99, m.nt. Essers
HR 27 februari 2009, *NJ* 2009, 318, m.nt. Van Schilfgaarde (*Stichting Waaldijk/Aerts q.q.*)
HR 11 september 2009, *NJ* 2009, 565, m.nt. Snijders en Van Schilfgaarde (*Comsys Holding*)
HR 18 september 2009, *JOR* 2010, 29, m.nt. Kortmann en Faber

HR 1 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM5125
HR 19 februari 2010, *NJ* 2010, 115 (*ING/Bera Holding*)
HR 9 juli 2010, *NJ* 2010, 544, m.nt. Van Schilfgaarde(*ASMI*)
HR 21 januari 2011, *JOR* 2011, 68, m.nt. Tekstra
HR 4 februari 2011, *JOR* 2011, 170, m.nt. Tekstra
HR 11 maart 2011, *NJ* 2012, 388, m.nt. Verstappen (*Van Zundert/Kort*)
HR 8 juli 2011, *NJ* 2011, 477, m.nt. Zwemmer (*Intertrust/Ontvanger*)
HR 12 augustus 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR4865
HR 2 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ8104 (*Atlanco*)
HR 2 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ3876
HR 2 november 2011, *NJ* 2002, 24
HR 3 februari 2012, *NJ* 2012, 390, *JOR* 2012, 101 (*Fujitsu/Exel*)
HR 7 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU2878
HR 13 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7346
HR 12 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW7948
HR 13 juli 2012, *JOR* 2012, 306, m.nt. Bergervoet (*Janssen q.q./JVS Beheer*)
HR 12 oktober 2012, *NJ* 2012, 686 (*Varde Investments/Harbers*)
HR 23 november 2012, *NJ* 2013, 302, m.nt. Van Schilfgaarde (*Spaanse Villa*)
HR 1 maart 2013, *JOR* 2013, 195, m.nt. Tekstra (*X/Staatssecretaris van Financiën*)
HR 15 maart 2013, *NJ* 2013, 290, m.nt. Van Schilfgaarde (*Biek Holding*)
HR 12 juli 2013, *NJ* 2013, 401 (*Apeldoornse Asbestsanering*)
HR 1 november 2013, *RvdW* 2013, 1309, *NJ* 2014, 7, m.nt. Van Schilfgaarde (*Verify*)
HR 22 november 2013, *NJ* 2011, 114, m.nt. Tjong Tjin Tai (*Zandvliet/Vlielander*)
HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:161
HR 24 januari 2014, *NJ* 2014, 177, m.nt. Van Schilfgaarde
HR 28 februari 2014, *JOR* 2014, 155, m.nt. Tekstra
HR 4 april 2014, *NJ* 2014, 286, m.nt. Van Schilfgaarde (*Cancun*)
HR 23 mei 2014, *JOR* 2014, 229, m.nt. Van Bekkum (*Kok/Maas q.q.*)
HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 21, m.nt. Van Schilfgaarde (*Hezemans Air*)
HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 22, m.nt. Van Schilfgaarde (*RCI Financial Services/ Kastrop*)
HR 10 oktober 2014, *NJ* 2014, 456 *(Rosbeek q.q./Rademakers c.s.)*
HR 4 november 2014, *RvdW* 2014, 1261
HR 28 november 2014, *JOR* 2015, 26, m.nt. Kortmann (*Snippers q.q./Rabobank*)
HR 8 december 2014, *JOR* 2014, 320, m.nt. Tekstra
HR 6 februari 2015, *RvdW* 2015, 253 (*VDV/Totaalbouw*)
HR 6 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:522
HR 13 maart 2015, *NJ* 2015, 241, m.nt. Van Schilfgaarde (*Carlande*)
HR 29 mei 2015, *NJ* 2015, 380, m.nt. Van Schilfgaarde (*Katterug*)
HR 15 augustus 2015, *BNB* 2015, 207, m.nt. Vetter
HR 18 september 2015, *NJ* 2016, 66, m.nt. Van Schilfgaarde (*Breeweg/Wijnkamp*)
HR 27 november 2015, *NJ* 2016, 245, m.nt. Tjong Tjin Tai (*Ponzi-zwendel*)
HR 18 december 2015, *JOR* 2016, 145, m.nt. Jansen (*Hoeksma q.q./R.M. Trade*)

HR 15 januari 2016, *V-N* 2016, 6.3
HR 26 april 2016, *NJ* 2016, 375, m.nt. Wolswijk
HR 7 oktober 2016, *NJ* 2017, 124, m.nt. Van Schilfgaarde (*Maple Leaf*)
HR 4 november 2016, *JOR* 2016, 326, m.nt. Blanco Fernández (*Distriport*)
HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2997
HR 3 februari 2017, *JOR* 2017, 149, m.nt. Kortmann (*Tamacht/Hodenius*)
HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:277 (*Aventura*)
HR 17 februari 2017, *NJ* 2017, 215, m.nt. Van Schilfgaarde (*Kampschöer/Le Roux*)
HR 24 maart 2017, *JOR* 2018, 60, m.nt. Borrius (*Hanzevast/G4*)
HR 14 juli 2017, *NJ* 2017, 326 (*Ter Heide/Mette*)
HR 22 september 2017, *NJ* 2017, 395, m.nt. Van Schilfgaarde (*Stichting Participanten Warmond/Lexence*)
HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3269 *(Boersen q.q./Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor het Levensmiddelenbedrijf)*
HR 26 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:107 (*X/Libosan q.q.*)
HR 30 maart 2018, *Ondernemingsrecht* 2018, 81, m.nt. Lennarts (*Van Niewburg c.s./TMF*)
HR 20 april 2018, *JOR* 2018, 142, m.nt. Leijten (*Boskalis/Fugro*)
HR 30 november 2018, *JOR* 2019, 96, m.nt. Biemans (*X/Unisphere Holding*)
HR 21 december 2018, *JOR* 2019, 74, m.nt. Verboom (*Geocopter*)
HR 12 april 2019, *JOR* 2019, 123, m.nt. Tekstra
HR 19 april 2019, *JOR* 2019, 244, m.nt. Bartman (*Xando*)
HR 23 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:673
HR 29 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:467
HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034
HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:61 (*Curatoren Kooilust/Banning c.s.*)

Gerechtshof

Hof (OK) Amsterdam 10 december 1981, *NJ* 1983, 24, m.nt. Maeijer (*Ford*)
Hof Amsterdam 27 mei 1999, *JRV* 2001, 10
Hof Arnhem 13 februari 2001, *NJ* 2001, 529
Hof 's-Hertogenbosch 22 augustus 2002, *JOR* 2002, 209
Hof Amsterdam (OK) 13 maart 2003, *JOR* 2003, 85, m.nt. Van den Ingh (*Corus*)
Hof 's-Hertogenbosch 13 juli 2004, *JOR* 2004, 292 (*Van Gils*)
Hof Leeuwarden 13 oktober 2004, *JOR* 2004, 296
Hof Leeuwarden 19 januari 2005, *JOR* 2005, 138, m.nt. Borrius
Hof 's-Gravenhage 26 april 2005, *JOR* 2005, 171, m.nt. Borrius (*Berntsen q.q./Lampe*)
Hof Leeuwarden 27 juli 2005, *JIN* 2005, 348, m.nt. Van den Berg
Hof 's-Hertogenbosch 17 mei 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AY8369
Hof Arnhem 30 mei 2006, *NJ* 2008, 631, m.nt. Maeijer (*Coutts Holding*)
Hof Amsterdam 11 januari 2007, *RO* 2007, 70

Hof Arnhem 16 januari 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:AZ7076
Hof Amsterdam (OK) 17 januari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ6440 (*Stork*)
Hof Amsterdam 1 maart 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BM6193
Hof Leeuwarden 2 maart 2007, ECLI:NL:GHLEE:2007:BA0187
Hof 's-Gravenhage 19 maart 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BC8178
Hof 's-Gravenhage 27 mei 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD5876
Hof 's-Hertogenbosch 13 januari 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BI2180
Hof Amsterdam 21 april 2009, *JOR* 2009, 267, m.nt. Van Andel (*Rexcom/DINS*)
Hof 's-Hertogenbosch 28 april 2009, *RO* 2013, 54
Hof Amsterdam 4 juni 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ3362
Hof Arnhem-Leeuwarden 21 juli 2009, *JOR* 2010, 37, m.nt. Stokkermans
Hof 's-Hertogenbosch 28 juli 2009, *JOR* 2009, 315, m.nt. Stokkermans (*Dierenartsenpraktijk*)
Hof 's-Hertogenbosch 11 augustus 2009, *NJF* 2010, 74
Hof Arnhem 10 november 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BL8324 (*Atlanco*)
Hof Arnhem 13 juli 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BN1687
Hof Amsterdam (OK) 28 juni 2011, *ARO* 2011, 107 (*Thiry Beheer/Waterspreng*)
Hof Leeuwarden 28 juni 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ9817
Hof Arnhem 20 maart 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BV9609
Hof 's-Hertogenbosch 3 april 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW1092
Hof Amsterdam (OK) 19 april 2012, *ARO* 2012, 63 (*VOC Detachering*)
Hof 's-Hertogenbosch 26 april 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW5435
Hof Amsterdam 22 mei 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX1934
Hof Amsterdam (OK) 1 juni 2012, *ARO* 2012, 84 (*DOS*)
Hof Amsterdam 11 juni 2012, *JOR* 2013, 235
Hof Amsterdam 28 juni 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX0224
Hof Arnhem 28 augustus 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX6040
Hof Arnhem 4 september 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX6589, *RO* 2013, 3
Hof 's-Hertogenbosch 27 november 2012, ECLI:NL:GHSGH:2012:BY4739
Hof Amsterdam (OK) 15 februari 2013, *JOR* 2013, 102, m.nt. Strik
Hof Amsterdam (OK) 26 maart 2013, *ARO* 2013, 80 (*Van Lier/Van der Lans*)
Hof Den Haag 18 juni 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:1833
Hof 's-Hertogenbosch 16 juli 2013, *JOR* 2013, 302, m.nt. Bartman (*Luchtman q.q./Bruyn c.s.*)
Hof Den Haag 20 augustus 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5386
Hof Den Haag 12 november 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5129
Hof 's-Hertogenbosch 10 december 2013, *RO* 2014, 16
Hof Arnhem-Leeuwarden 31 december 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:9958
Hof 's-Hertogenbosch 24 januari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:185
Hof Arnhem-Leeuwarden 18 februari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:1211
Hof Arnhem-Leeuwarden 25 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2423
Hof 's-Hertogenbosch 6 mei 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1276
Hof Arnhem-Leeuwarden 27 mei 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:4204

Hof Amsterdam 27 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2015
Hof 's-Hertogenbosch 3 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1860
Hof Den Haag 3 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1860.
Hof Arnhem-Leeuwarden 1 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5274
Hof Arnhem-Leeuwarden 12 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6357
Hof Amsterdam 19 augustus 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3428
Hof Amsterdam 19 augustus 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3429
Hof 's-Hertogenbosch 18 november 2014, *RO* 2015, 18 (*Schalken/Biesebeek*)
Hof Arnhem-Leeuwarden 25 november 2014, *JOR* 2015, 3, m.nt. Van Bekkum (*De Vries c.s./Wimmenhove-Kossten q.q.*)
Hof Amsterdam 17 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5365
Hof Amsterdam 21 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:127
Hof Arnhem-Leeuwarden 27 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:531
Hof Amsterdam 27 januari 2015, *JOR* 2015, 164, m.nt. Stokkermans (*Distriport*)
Hof Arnhem-Leeuwarden 17 februari 2015, *JOR* 2015, 104, m.nt. Bartman (*Golf en Country Club Edda Huzid/Docky*)
Hof Amsterdam 12 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:811, *JOR* 2015, 133, m.nt. Stokkermans
Hof Arnhem-Leeuwarden 24 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2113
Hof Den Haag 12 mei 2015, *JOR* 2015, 257, m.nt. Nowak (*Lorwa Holding/Jue Holding*)
Hof Amsterdam 12 mei 2015, *JIN* 2015, 179
Hof Arnhem-Leeuwarden 20 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7948
Hof Amsterdam 9 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:424
Hof Amsterdam 23 februari 2016, *JOR* 2016, 93, m.nt. Stokkermans
Hof Amsterdam 26 april 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1724
Hof Amsterdam 17 mei 2016, *JOR* 2016, 313, m.nt. Schreurs
Hof Arnhem-Leeuwarden 18 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4081
Hof Amsterdam 25 mei 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2013
Hof Amsterdam 31 mei 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2762
Hof Arnhem-Leeuwarden 14 juni 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4726
Hof Arnhem-Leeuwarden 12 juli 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:5680
Hof 's-Hertogenbosch 26 juli 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:3235
Hof Amsterdam 26 september 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3924
Hof Arnhem-Leeuwarden 27 september 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7752
Hof Arnhem-Leeuwarden 25 oktober 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:8596
Hof Arnhem-Leeuwarden 6 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:9858
Hof Arnhem-Leeuwarden 14 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:1017
Hof Den Haag 21 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:304
Hof 's-Hertogenbosch 21 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1102
Hof 's-Hertogenbosch 6 april 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1522
Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1965 (*Elliot/AkzoNobel*)
Hof Amsterdam 27 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2551

Hof Amsterdam 4 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1760
Hof Amsterdam 11 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2724
Hof Arnhem-Leeuwarden 25 juli 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:6465
Hof 's-Hertogenbosch 8 augustus 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3521
Hof Den Haag 22 augustus 2017, *JOR* 2017, 317, m.nt. Harmsen (*Soxx Holding*)
Hof 's-Hertogenbosch 29 augustus 2017, *JOR* 2017, 318, m.nt. Van Zoest
Hof Amsterdam 5 september 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3579
Hof Arnhem-Leeuwarden 14 november 2017, ECLI:NL:2017:GHARL:9983
Hof 12 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5509
Hof Arnhem-Leeuwarden 2 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:57
Hof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:724
Hof Den Haag 8 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1013
Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 15 mei 2018, *JIN* 2019, 123, m.nt. Vastmans en Van Nuland
Hof Arnhem-Leeuwarden 3 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6118
Hof Arnhem-Leeuwarden 14 augustus 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7338
Hof Arnhem-Leeuwarden 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9490
Hof Arnhem-Leeuwarden 27 november 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:10333
Hof 's-Hertogenbosch 11 december 2018, *JOR* 2019, 75, m.nt. Wintgens-Van Luijn
Hof Den Haag 18 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3706
Hof Amsterdam (OK) 20 december 2018, *JOR* 2019, 102, m.nt. Olaerts
Hof 's-Hertogenbosch 26 maart 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1151 (*Detacom/KSD*)
Hof Arnhem-Leeuwarden 2 april 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:2896
Hof Arnhem-Leeuwarden 7 mei 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:3947
Hof 's-Hertogenbosch 14 mei 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1832
Hof Arnhem-Leeuwarden 28 mei 2019, *JOR* 2019, 157, m.nt. Bartman
Hof Amsterdam 23 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2669
Hof Arnhem-Leeuwarden 24 september 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7801
Hof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, *JIN* 2020, 8, m.nt. Kok (*Freshlight/Evenementenhal Hardenburg*)
Hof Den Haag 10 december 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3238
Hof Arnhem-Leeuwarden 24 maart 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:2491

Rechtbank

Rb. Amsterdam 27 mei 1981, *NJ* 1985, 124 (*Theal*)
Rb. 's-Hertogenbosch 11 maart 1983, *NJ* 1984, 394 (*Kuiken*)
Rb. Leeuwarden 12 november 1987, *NJ* 1988, 699 (*Interpolacel*)
Rb. Arnhem 28 december 1987, *KG* 1988, 34 (*Amstelland*)
Rb. Amsterdam 17 april 1996, *V-N* 1996, 1998.25
Rb. Amsterdam 7 januari 1999, *JOR* 1999, 56
Rb. 's-Gravenhage 3 februari 1999, *JOR* 1999, 243

Rb. Utrecht 15 maart 2000, *JOR* 2000, 233 (*Unirobe*)
Rb. Arnhem 2 november 2000, *JOR* 2001, 52, m.nt. Blanco Fernández
Rb. Leeuwarden 31 januari 2001, *V-N* 2001, 55.13
Rb. Roermond 6 september 2001, ECLI:NL:RBROE:2001:AD3364
Rb. Utrecht 19 september 2001, ECLI:NL:RBUTR:2001:AD4597
Rb. Zwolle 24 juli 2002, *NJ* 2002, 593
Rb. Amsterdam 10 december 2003, *Ondernemingsrecht* 2004, 233, m.nt. Jäger
Rb. Dordrecht 28 april 2004, ECLI:NL:RBDOR:2004:AO8586
Rb. Utrecht 9 juni 2004, JOR 2004, 227
Rb. Arnhem 28 juli 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:6835
Rb. Amsterdam 28 december 2005, *JOR* 2005, 259
Rb. Rotterdam 19 april 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AX1352
Rb. Zwolle 23 juni 2006, ECLI:NL:RBZWO:2004:AR 3669
Rb. Zwolle-Lelystad 4 oktober 2006, ECLI:NL:RBZLY:2006:BA8596
Rb. 's-Gravenhage 15 november 2006, *V-N* 2007, 40.32
Rb. Groningen 31 januari 2007, ECLI:NL:RBGRO:2007:BB2792
Rb. 's-Gravenhage 30 mei 2007, *JOR* 2007, 201, *RO* 2007, 64
Rb. Haarlem 26 juni 2007, ECLI:NL:RBHAA:2007:BK1193
Rb. Maastricht 5 september 2007, ECLI:NL:RBMAA:2007:BB3201
Rb. Utrecht 12 december 2007, *JOR* 2008, 10 (*Ceteco*)
Rb. Roermond 23 januari 2008, ECLI:NL:RBROE:2008:BC4323
Rb. Middelburg 19 maart 2008, *JOR* 2009, 47
Rb. Rotterdam 23 april 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD2787
Rb. Leeuwarden 19 september 2008, ECLI:NL:RBLEE:2008:BF2237
Rb. Alkmaar 5 augustus 2009, *RO* 2009, 69
Rb. Rotterdam 12 augustus 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ8984
Rb. Zutphen 30 september 2009, ECLI:NL:RBZUT:2009:BK4198
Rb. Utrecht 28 oktober 2009, *JIN* 2010, 77, m.nt. Gepken-Jager
Rb. Arnhem 18 november 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BK5397
Rb. Rotterdam 9 december 2009, *RO* 2010, 37
Rb. Almelo 7 april 2010, ECLI:NL:RBALM:2010:BM1696
Rb. Rotterdam 14 april 2010, *JOR* 2010, 181, m.nt. Strik
Rb. Leeuwarden 22 juli 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BO3224
Rb. Amsterdam 25 augustus 2010, ECLI:NL:RBAMS:2012:BP1022
Rb. Rotterdam 1 september 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN9674
Rb. Amsterdam 13 oktober 2010, *RO* 2011, 41
Rb. Arnhem 27 april 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BQ4772
Rb. Utrecht 4 mei 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BQ2579
Rb. 's-Gravenhage 11 mei 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ6042
Rb. Breda 25 mei 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BQ9971
Rb. Rotterdam 8 juni 2011, *JIN* 2011, 629
Rb. Utrecht 10 augustus 2011, ECLI:NLRBUTR:2011:BR4778
Rb. Rotterdam 28 augustus 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR7071

Rb. Rotterdam 31 augustus 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR7071
Rb. 's-Gravenhage 1 februari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV3111
Rb. Almelo 8 februari 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BV3132
Rb. Utrecht 15 februari 2012, *JOR* 2012, 243, m.nt. Willems (*Kortekaas c.s./Lippens e.a.*)
Rb. Utrecht 28 maart 2012, *JOR* 2013, 297, m.nt. Van Thiel
Rb. Amsterdam 25 april 2012, *JOR* 2012, 177, m.nt. Olden
Rb. Amsterdam 2 mei 2012, *RO* 2012, 54
Rb. Amsterdam 20 juli 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX2641
Rb. Rotterdam 29 augustus 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BX7304
Rb. Haarlem 13 december 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BY6525
Rb. Den Haag 9 januari 2013, *JOR* 2013, 96, m.nt. Barneveld
Rb. Rotterdam 23 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BY9861
Rb. Zeeland-West-Brabant 30 januari 2013, *JOR* 2013, 71, m.nt. Stokkermans
Rb. Oost-Nederland 27 maart 2013, *JOR* 2013, 201, m.nt. Harmsen
Rb. Gelderland 14 mei 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:BZ9928
Rb. Rotterdam 22 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2987
Rb. Oost-Brabant 28 mei 2013, ECLI:NL:RBOBR:2014:485
Rb. Noord-Nederland 5 juni 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:4821
Rb. Rotterdam 26 juni 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5310
Rb. Rotterdam 3 september 2013, *RO* 2013, 81
Rb. Noord-Holland 3 oktober 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:1153
Rb. Gelderland 15 oktober 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:3756
Rb. Zeeland-West-Brabant 28 oktober 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:7895
Rb. Oost-Brabant 27 november 2013, ECLI:NL:RBOBR2013:6700
Rb. Noord-Nederland 4 december 2013, *JOR* 2014, 64, m.nt. Van Thiel
Rb. Noord-Nederland 22 januari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:371
Rb. Noord-Nederland 11 februari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:596
Rb. Zeeland-West-Brabant 20 februari 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:3622
Rb. Amsterdam 26 maart 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2232
Rb. Rotterdam 30 april 2014, *NJF* 2014, 321
Rb. Zeeland-West-Brabant 7 mei 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:4515
Rb. Midden-Nederland 28 mei 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1995
Rb. Amsterdam 25 juni 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5017
Rb. Gelderland 6 augustus 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:6303
Rb. Gelderland 24 augustus 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:8218
Rb. Den Haag 15 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:12603
Rb. Noord-Nederland 30 oktober 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:5411
Rb. Midden-Nederland 3 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6198
Rb. Amsterdam 8 januari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:58
Rb. Noord-Holland 26 januari 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:2164
Rb. Noord-Holland 29 januari 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:2156
Rb. Limburg 4 februari 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:952

Rb. Noord-Holland 25 maart 2015, *JOR* 2015, 136, m.nt. Bartman
Rb. Noord-Holland 2 september 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:7539
Rb. Amsterdam 30 september 2015, *JOR* 2016, 182, m.nt. Van Bekkum (*Fairstar*)
Rb. Noord-Nederland 3 februari 2016, *RO* 2016, 32
Rb. Gelderland 16 maart 2016, *JOR* 2016, 187, m.nt. Bier
Rb. Gelderland 25 mei 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:3290
Rb. Rotterdam 1 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4321
Rb. Midden-Nederland 22 juni 2016, *JOR* 2016, 267, m.nt. Bartman
Rb. Den Haag 27 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:9852
Rb. Rotterdam 10 augustus 2016, *JOR* 2016, 298, m.nt. Stokkermans
Rb. Oost-Brabant 17 augustus 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:4350
Rb. Amsterdam 19 augustus 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5678
Rb. Den Haag 12 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11769
Rb. Rotterdam 9 november 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:8662
Rb. Midden-Nederland 16 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5964
Rb. Rotterdam 25 november 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:10090
Rb. Rotterdam 23 december 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:10236
Rb. Amsterdam 28 december 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:9121
Rb. Midden-Nederland 11 januari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:109
Rb. Rotterdam 11 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:538
Rb. Rotterdam 15 februari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:1424
Rb. Amsterdam 15 maart 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:1255
Rb. Noord-Holland 29 maart 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:2489
Rb. Gelderland 19 april 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:3273
Rb. Overijssel 25 april 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:1976
Rb. Den Haag 26 april 2017, *JOR* 2017, 194, m.nt. Bartman
Rb. Rotterdam 18 mei 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:3879
Rb. Den Haag 14 juni 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:6371(*Ouders Tristan van der V.)*
Rb. Amsterdam 14 juni 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:3975
Rb. Gelderland 21 juni 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:3621
Rb. Gelderland 14 juli 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4306
Rb. Noord-Nederland 19 juli 2017, *JOR* 2017, 259, m.nt. Atema
Rb. Limburg 9 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:7803
Rb. Den Haag 6 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:10792
Rb. Midden-Nederland 20 september 2017, *JIN* 2017, 193, m.nt. Duinkerke
Rb. Den Haag 26 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11904
Rb. Amsterdam 30 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7986
Rb. Rotterdam 1 november 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:8927
Rb. Midden-Nederland 1 november 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5588
Rb. Den Haag 27 december 2017, *JIN* 2018, 31, m.nt. Van de Kuilen
Rb. Noord-Holland 3 januari 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:9
Rb. Noord-Nederland 23 januari 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:1114

Rb. Midden-Nederland 24 januari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:122
Rb. Zeeland-West-Brabant 24 januari 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:762
Rb. Midden-Nederland 21 februari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:688
Rb. Overijssel 11 april 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:1852
Rb. Overijssel 23 mei 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:1843
Rb. Limburg 30 mei 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:4923
Rb. Zeeland-West-Brabant 1 augustus 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:4728
Rb. Noord-Nederland 7 augustus 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:3210
Rb. Overijssel 8 augustus 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:3747
Rb. Midden-Nederland 10 juli 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:3163
Rb. Rotterdam 25 september 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:7743
Rb. Den Haag 30 september 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:10321
Rb. Limburg 23 oktober 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:9345
Rb. Rotterdam 4 december 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:9621
Rb. Den Haag 22 januari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:758
Rb. Midden-Nederland 15 april 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:1538

Kantongerecht

Ktr. Assen 18 maart 1985, *NJ* 1986, 50 (‘*Bingo met bankroet’*)

Overig

Gerecht in eerste aanleg van Curaçao 2 augustus 2017, ECLI:NL:OGEAC:2017:115
HvJ EU 10 september 2009, ECLI:EU:C:2009:536 (*Akzo Nobel/Commissie*)
HvJ EU 14 maart 2019, Ondernemingsrecht 2019, 74, m.nt. Drijber (Skanska Industrial Solutions e.a.)

CURRICULUM VITAE

Jeffrey van Nuland werd op 29 mei 1993 geboren in het Zuid-Limburgse Geleen. Hij rondde in 2011 het gymnasium af aan het Trevianum te Sittard. In datzelfde jaar startte hij met de bachelor Rechtsgeleerdheid aan de Universiteit van Maastricht, die hij in 2014 cum laude behaalde. Zijn master Nederlands recht, specialisatie privaatrecht, behaalde hij in 2015 eveneens cum laude. Tussen 1 februari 2016 en 31 juli 2017 was hij werkzaam bij Vlaminckx Advocaten te Venlo. Op 16 februari 2017 werd hij tot advocaat beëdigd. Per 1 augustus 2017 is hij als advocaat werkzaam bij Boels Zanders Advocaten te Venlo. Zijn promotieonderzoek voerde hij uit bij het Institute for Corporate Law, Governance and Innovation Policies (ICGI).

Serie vanwege het Van der Heijden Instituut te Nijmegen onder redactie van prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. M. van Olffen, prof. mr. M.P. Nieuwe Weme, prof. mr. C.D.J. Bulten en prof. mr. J.B.S. Hijink.

1. W.J.M. Noldus, Ongeldigheid van besluiten in de naamloze vennootschap (1969)
2. P.A.L.M. van der Velden, De vereniging-rechtspersoon en haar leden (1969)
3. P.R. Smits, De externe gebondenheid van het vennootschapsvermogen (1969)
4. J.A.Th.J.M. Duynstee, Beschouwingen over de stichting naar Nederlands privaatrecht (1970)
5. J.H.F.J. Cremers, Prioriteitsaandelen (1971)
6. M.M. Mendel, Het statutaire doel van de naamloze vennootschap (1971)
7. W.C.L. van der Grinten, W. Westbroek, J.M.M. Maeijer en P. Sanders, Het nieuwe vennootschapsrecht (1972)
8. A.M. Brenninkmeijer, Stemovereenkomsten van aandeelhouders (1973)
9. W.C.L. van der Grinten, J.M.M. Maeijer, S.J.H. Huijben en A.G. Lubbers, De nieuwe structuur van de grote NV en BV (1973)
10. C.Æ. Uniken Venema, Misbruik van voorwetenschap (1974)
11. A. Plate, Niet volgestorte aandelen (1974)
12. P.W.H.M. Francissen en J.M. Jansen, Statuten van de grote NV en BV (1975)
13. J.M.M. Maeijer, W. Albeda, W.C.L. van der Grinten en H.W. Lambers, Problemen bij fusie van NV en BV (1975)
14. M.J.G.C. Raaijmakers, Joint ventures (1976)
15. P.W.H.M. Francissen en P.F.M. van Lierop, De ondernemingsraad (1977)
16. J.M.M. Maeijer en J. Ronse, De vertegenwoordiging van rechtspersonen naar Nederlands en Belgisch recht (1978)
17. T.J. van der Ploeg, Het Burgerlijk Recht en de vrijwillige organisaties. Beschouwingen n.a.v. de regeling van de vereniging en de stichting in Boek 2 BW (1978)
18. J.M.M. Maeijer, W. Westbroek, W.C.L. van der Grinten en Y. Scholten, Het vennootschapsrecht en de Tweede EEG-Richtlijn (1979)
19. H.J.M.N. Honée, De benoeming van commissarissen bij grote vennootschappen (1979)
20. J.W. Schoonderbeek, W. van Bruinessen, J.M.M. Maeijer, W.C.L. van der Grinten en W.J.M. Gitmans, De jaarrekening en de Vierde EEG-Richtlijn (1981)
21. H.J.M.N. Honée, Concernrecht en medezeggenschapsregelingen (1981)
22. J.M.M. Maeijer, W.C.L. van der Grinten, H.J.M.N. Honée, A.G. van Solinge en G.M.J. Ackermans, Ondernemingsraad en Vennootschap (1982)
23. P. Vlas, Rechtspersonen in het internationaal privaatrecht (1982)
24. F.K. Buijn, De oprichting van de NV en de BV (1984)
25. M. Lutter, W. Westbroek, H.J.M.N. Honée, J.M.M. Maeijer en G.M.J. Ackermans, De besloten vennootschap (1985)
26. H.J.M.N. Honée, Contacten tussen commissarissen en ondernemingsraad (1986)
27. C.A. Schwarz, Blokkering van aandelen (1986)
28. J. Lievens, H.J.M.N. Honée, W.C.L. van der Grinten, J.M.M. Maeijer, P. van Schilfgaarde, H. Langman, J. Bloemarts, G. Noordraven en M.J. Zeldenrust-Visch, Financiële kruisverbanden en andere aspecten van concernfinanciering (1987)
29. Th.C.M. Hendriks-Jansen, Vermogensbescherming en persoonlijke aansprakelijkheid bij de besloten vennootschap (1988)
30. Misbruik van voorwetenschap. Uitgave op initiatief van Actioma, Juridisch Faculteitsblad Katholieke Universiteit Nijmegen, ter gelegenheid van zijn 10-jarig bestaan (1989)

31. P.J. Dortmond, Enige beschouwingen rondom aandelen (1989)
32. R.P. Voogd, Statutaire beschermingsmiddelen bij beursvennootschappen (1989)
33. M.P. van Achterberg, De juridische definitie van het economische verschijnsel concern (1989)
34. K. Geens, W.C.L. van der Grinten, R.P. Voogd, A.G. van Solinge, H.J.M.N. Honée, P.J. Dortmond, J.H.V. Stuyck en J.A.W. Schreurs, Beschermingsconstructies (1990)
35. F.J.P. van den Ingh, Certificering en certificaat van aandeel bij de besloten vennootschap (1991)
36. G. Noordraven, De regeling van de Überschuldung (1991)
37. J.M.M. Maeijer, H. Beckman, S.C.J.J. Kortmann, F.H.A. Arisz en M.E. Engelaar, Aansprakelijkheid en draagplicht van bestuurders, commissarissen en accountants; verzekeringsaspecten (1991)
38. A. Voûte, Aandelen voor werknemers (1991)
39. H.J.M.N. Honée, P.J. Dortmond, H.J. de Bijll Nachenius, H.O.C.R. Ruding, M.W. den Boogert, C.W.A. Timmermans, H.M.N. Schonis, M.E. Engelaar en J.A.W. Schreurs, Grensoverschrijdende samenwerking van ondernemingen (1992)
40. D.R. Doorenbos, Financieel strafrecht (1992)
41. B.C.M. Waaijer, Statuten en statutenwijziging (1993)
42. L.G.H.J. Houwen, A.P. Schoonbrood-Wessels en J.A.W. Schreurs, Aansprakelijkheid in concernverhoudingen (1993)
43. F.J.P. van den Ingh, S.C.J.J. Kortmann, M.J.M. Buiting, N.E.D. Faber, R.W.Th. Norbruis en J.W. van der Staay, Converteerbare obligaties en aandelen (1993)
44. G. van Solinge, Grensoverschrijdende juridische fusie (1994)
45. R.J.C. van Helden, O.L.O. de Witt Wijnen, A.G. van Solinge, P.J. Dortmond, J.M.M. Maeijer, H.J.M.N. Honée, E. Boswinkel en J. Roest, Problemen rondom de algemene vergadering (1994)
46. M.E. Schreurs-Engelaar, Organen van de coöperatie (1995)
47. J.M.M. Maeijer, H.M.N. Schonis, A.H.M. Daniels en P.H.J. Essers, Fiscale en civielrechtelijke aspecten van de commanditaire vennootschap (1996)
48. J. Roest, Medezeggenschap van werknemers bij financieel-economische besluiten (1996)
49. J.J.A. Hamers, Verpanding van aandelen en de beslotenheid van kapitaalvennootschappen (1996)
50. J.R. Schaafsma, S. Perrick, D.H. Cross, L. Timmerman, F.G.B. Graaf, J.M.M. Maeijer, H.M.L. Dings en J. Roest, Ontwikkelingen in het effectenverkeersrecht (1996)
51. W.C.L. van der Grinten, S.C.J.J. Kortmann en S. Perrick, Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 1994, Civielrechtelijke gevolgen van handelen in strijd met effectenregelgeving (1996)
52. C.M. Grundmann-van de Krol en F.J.P. van den Ingh, Parlementaire Geschiedenis van de Wet toezicht effectenverkeer 1995 (1996)
53. M.A. Blom, Prospectusaansprakelijkheid van de lead manager (1996)
54. J.W. Bellingwout, Zetelverplaatsing van rechtspersonen (1996)
55. W.A.K. Rank, E.M. van Ardenne-Stachiw en Ch.W. le Rûtte, Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 1996, Bewaring en eigendom van effecten (1997)
56. Y.L.L.A.M. Delfos-Roy, Informatieverstrekking en informatievergaring in het kader van de toezichthoudende en raadgevende taak van de Raad van Commissarissen (1997)
57. F.J.P. van den Ingh, C.A. Schwarz, H.J.M.N. Honée, P. van Schilfgaarde, M.M. Mendel, M.J.G.C. Raaijmakers, T.J. van der Ploeg, A.L. Mohr, W. van Gerven, K. Geens en J.M.M. Maeijer, Maeijers belangstellingen (1997)
58. R.I.V.F. Bertrams e.a., Lustrumbundel Vereniging voor Effectenrecht 1997, De opkomst van een rechtsgebied (1997)

59. F.J.P. van den Ingh, G. van Solinge en J.M.M. Maeijer, Drie Nijmeegse redes, Beschouwingen over financiering, enquêterecht en privatisering (1998)
60. H.M.L. Dings, De commissie van aandeelhouders bij structuurvennootschappen (1998)
61. H.G. van Everdingen, C.M. Grundmann-van de Krol, H.J. Sachse, Preadviezen voor de Vereniging voor Effectenrecht 1999, Aspecten van toezicht, Beschouwingen over het toezicht op de financiële sector (1999)
62. A.F.J.A. Leijten, L. Timmerman, J.H.M. Willems, R.A.A. Duk, G. van Solinge, P.J. Dortmond en O.L.O. de Witt Wijnen, Conflicten rondom de rechtspersoon (2000)
63. N.V. Ponsen en P. Klemann, Preadviezen voor de Vereniging voor Effectenrecht 2000, Beleggingsinstellingen nader belicht (2000)
64. M. van Olffen, Beschermingsmaatregelen in de 21e eeuw (2000)
65. D.R. Doorenbos, N.S.J. Koeman, A.W.H. Docters van Leeuwen, A.J. Macro, H.J. Sachse, C. Maas en D.J.R. Lemstra, Voorkennis, toezicht en boetes in nieuwe financiële wetgeving (2000)
66. E.F. Feitsma, V.N.G. van Leeuwen, L.A.G. Moelker en W. de Jongm Preadviezen voor de Vereniging voor Effectenrecht 2001, Effectenverkeer via internet. Een tussenstand vanuit effectenrechtelijk perspectief (2001)
67. Verspreide Geschriften van E.J.J. van der Heijden. Verzameld door C.J.H. Jansen en G. van Solinge (2001)
68. G. van Solinge en M. Holtzer (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2001-2002 (2002)
69. L. Timmerman. F.J.P. van den Ingh, S.M. Bartman, L.G. Verburg, M.L. Lennarts, M.J.A. van Mourik, D.R. Doorenbos en M. van Olffen, Concernverhoudingen (2002)
70. B.M. van Beek en D. van Bruggen, Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2002, De afwikkeling van grensoverschrijdende effectentransacties (2002)
71. Lustrumbundel Vereniging voor Effectenrecht 2002, Een bewezen bestaansrecht (2002)
72. G. van Solinge en M. Holtzer (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2002-2003 (2003)
73. M.S. Koppert-van Beek, Handelen namens een op te richten vennootschap (2003)
74. G. van Solinge, P.J. Dortmond, J.M.M. Maeijer, J.A.M. ten Berg, M. van Olffen, M.J.A. van Mourik, A.L. Mohr en H.M.N. Schonis, Personenvennootschappen (2003)
75. G. van Solinge en M. Holtzer (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2003-2004 (2004)
76. L. Timmerman, G. van Solinge, P.A.M. Witteveen, L.C.J. Sprengers, G.N.H. Kemperink, D.C. Buijs, R.M. Beltzer, F.B.J. Grapperhaus, I.P. Asscher-Vonk en R.A.A. Duk, De werknemer in het ondernemingsrecht (2004)
77. Verspreide Geschriften van W.C.L. van der Grinten. Verzameld en ingeleid door C.J.H. Jansen, S.C.J.J. Kortmann en G. van Solinge (2004)
78. J.M. Blanco Fernández, M. Holtzer en G. van Solinge, Richtlijnen voor de onderzoeker in enquêteprocedures (2004)
79. J.J. Prinsen, Converteerbare obligaties (2004)
80. M.P. Nieuwe Weme, Het verplicht bod op effecten (2004)
81. J.M. van Dijk en H.V. Oppelaar, Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2004. Voorstel van Wet op het financieel toezicht (2004)
82. G. van Solinge, M. Holtzer en A.F.J.A. Leijten (red.) Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2004-2005 (2005)
83. G.J.C. Rensen, Extra-verplichtingen van leden en aandeelhouders (2005)
84. E.C. Bos, Vruchtgebruik op aandelen (2005)

85. F.J.P. van den Ingh en R.G.J. Nowak, Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht, deel I. De preparlementaire geschiedenis (2006)
86. R.G.J. Nowak en A.M. Mennens, Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht, deel II. De parlementaire geschiedenis (2012)
87. M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2005-2006 (2006)
88. G. van Solinge, H. Beckman, F.J.P. van den Ingh, H.J. de Kluiver, R.J. Abendroth, H.M.N. Schonis, M. van Olffen, V.P.G. de Serière en R.J.M. Dassen, De financiering van de onderneming (2006)
89. H. ten Voorde, Deponering, publicatie en verzet (2006)
90. F.M.A. 't Hart en C.E. du Perron, Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2006, De geïnformeerde consument (2006)
91. B.J. de Jong en M.P. Nieuwe Weme, Publicatie van de jaarrekening (2006)
92. P.J. van der Korst, Bedrijfsgeheimen en transparantieplichten (2007)
93. M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2006-2007 (2007)
94. J.M. Blanco Fernández en M. van Olffen, Rechtsvorm en gebruik van LLP's en LLC's (2007)
95. Lustrumbundel Vereniging voor Effectenrecht 2007, Bouwen en bezinning (2007)
96. P.J. van der Korst, M.P. Nieuwe Weme en G. van Solinge, Delegatie van emissiebevoegdheid (2008)
97. M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2007-2008 (2008)
98. J.M.M. Maeijer, H.J. De Kluiver, D.F.M.M. Zaman, J.M. Blanco Fernández, P.J. Dortmond, A.L. Mohr, J.H.M. Willems en M. van Olffen, Flexibele rechtsvormen (2008)
99. M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2008-2009 (2009)
100. Verspreide geschriften van J.M.M. Maeijer. Verzameld en ingeleid door C.D.J. Bulten, C.J.H. Jansen en G. van Solinge (2009)
101. A.H. Scheltema en M. Scheltema, Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2009, Financieel toezicht in bestuursrecht en privaatrecht (2009)
102. K.M. van Hassel en M.P. Nieuwe Weme (red.), Willems' wegen, Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H.M. Willems ter gelegenheid van zijn terugtreden als voorzitter van de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam (2010)
103. B.J. de Jong, Schade door misleiding op de effectenmarkt (2010)
104. M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2009-2010 (2010)
105. G. van Solinge, H.J. de Kluiver, M.W. Josephus Jitta, P.D. Olden, S.C.J.J. Kortmann, C.J.M. Klaassen, M.J. Kroeze, M.W. den Boogert, A.R.J. Croiset van Uchelen, P.N. Wakkie en J.H.M. Willems, Geschillen in de vennootschap (2010)
106. C.W.M. Lieverse en J.G.J. Rinkes, Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2010, Oneerlijke handelspraktijken en handhaving van consumentenbescherming in de financiële sector (2010)
107. G.T.J. Hoff, Openbaarmaking van koersgevoelige informatie (2011)
108. C.D.J. Bulten, De geschillenregeling ten gronde (2011)
109. H.J.M.M. van Boxel, Grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen naar Nederlands recht (2011)

110. M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2010-2011 (2011)
111. F.G.B. Graaf en R.A. Stegeman (red.), Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2011, Regulering van de otc-derivatenmarkten in de EU en de VS (2011)
112. M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2011-2012 (2012)
113. Lustrumbundel Vereniging voor effectenrecht 2012, Gedurfde essays over financieel toezichtrecht (2012)
114. G. van Solinge, C.D.J. Bulten, M.J. Kroeze, D.A.M.H.W. Strik, S.C.J.J. Kortmann, M. van Olffen, H.J. de Kluiver, D.F. Lunsingh Scheurleer en J.H. Lemstra, Relativering van rechtspersoonlijkheid (2012)
115. M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2012-2013 (2013)
116. R.A. Wolf, De kapitaalverschaffer zonder stemrecht in de BV (2013)
117. J.J.M. van Mierlo, Medezeggenschap en de spanning tussen WOR en Ondernemingsrecht (2013)
118. E.P.M. Joosen en R.P. Raas, Preadvies voor de Vereniging voor Financieel Recht 2013, Vijf jaar Wet op het financieel toezicht (2013)
119. F.G. Laagland, De rol van Nederlandse werknemers(vertegenwoordigers) bij een grensoverschrijdende juridische fusie (2013)
120. J. Barneveld, Financiering en vermogensonttrekking door aandeelhouders (2014)
121. M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2013-2014 (2014)
122. E.R. Roelofs, Grensoverschrijdende juridische splitsing van kapitaalvennootschappen (2014)
123. B.J. de Jong, Modernisering van het NV-recht (2014)
124. G. van Solinge, A.J.P. Schild, H.M. Vletter-van Dort, A.F.J.A. Leijten, J.J. van Hees, M. van Olffen, P.J. van der Korst, R.J. van Galen, J.L. Burggraaf en P.N. Wakkie, Herstructurering van ondernemingen in financiële moeilijkheden (2014)
125. T. Salemink, Uitkoop van minderheidsaandeelhouders (2014)
126. G. Kastelein, Preadvies voor de Vereniging voor Financieel Recht 2014, De bankenunie en vertrouwen in een goede afwikkeling (2014)
127. M.B.F. Canisius en R.E.H. Canisius, Uitkeringen aan aandeelhouders in het nieuwe BV-recht (2015)
128. M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2014-2015 (2015)
129. B. Kemp, Aandeelhoudersverantwoordelijkheid: De positie en rol van de aandeelhouder en aandeelhoudersvergadering (2015)
130. D. Busch, Preadvies voor de Vereniging voor Financieel Recht 2015, MiFID II/MiFIR: nieuwe regels voor beleggingsondernemingen en financiële markten (2015)
131. S. Renssen, De turboliquidatie van de Besloten Vennootschap (2016)

132-1 B. Bier, M. van Olffen en B. Snijder-Kuipers (red.), Handboek notarieel ondernemingsrecht, B.V. en N.V. (2016)

132-2 G.J.C. Rensen en B. Snijder-Kuipers (red.), Handboek notarieel ondernemingsrecht, vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij (2019)

133. C.D.J. Bulten, A.F.J.A. Leijten, J. Fleming en L.H.M.A.A. Hennekens (red.), Marius geannoteerd, Opstellen aangeboden aan mr. M.W. Josephus Jitta (2016)
134. M. Holtzer, D.A.M.H.W. Strik en D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2015-2016 (2016)

135. G. van Solinge, S. Smit, R.P.C.W.M. Brandsma, C.J.C. de Brauw, Ch.E. Honée, J.A. van Manen, J.M. van Slooten, P.M. Veder, H.-J. de Kluiver, C.W.M. Lieverse, M. van Olffen en P.N. Wakkie, Nederland, het *Delaware* van Europa? (2016)
136. J.H.L. Beckers, De acting in concert-regeling inzake het verplicht bod op effecten (2016)
137. M. van Olffen, W.J.M. van Veen, H.-J. de Kluiver, I.S. Wuisman, B.F. Assink, S. Perrick, S. Stevens, H.E. Boschma en J.B. Huizink, Modernisering personenvennootschappen (2016)
138. F.G.H. Kristen, H.-J. de Kluiver en N. Lemmers, Preadviezen voor de Vereniging voor Financieel Recht 2017, Market Abuse Regulation: van Europese kaders naar uitleg en toepassing in Nederland (2017)
139. S.E. van der Waals, De optimale rechtsvorm voor de samenwerking in het beroep. Confectie of maatpak? (2017)
140. G. van Solinge, J. van Bekkum, N. Kreileman en B. Schuijling (red.), Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied (2017)
141. Y. Borrius, M. Holtzer, D.J Oranje en I.S. Wuisman (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2016-2017 (2017)
142. C.D.J. Bulten, B.J. de Jong, E.J. Breukink en A. Jettinghoff, Vitale vennootschappen in veilige handen. Een wetenschappelijk onderzoek in opdracht van het WODC naar de wijze waarop (buitenlands) aandeelhouderschap gevolgen kan hebben voor de nationale veiligheid (2017)
143. C.J.C. de Brauw, Overnames van beursvennootschappen. Beschouwingen over de vennootschapsrechtelijke, financieeltoezichtrechtelijke, contractuele en praktische aspecten van beursovernames (2017)
144. G.P. Oosterhoff, Belang zonder aandeel en aandeel zonder belang (2017)
145. R.M. Hermans, Het onderzoek in de enquêteprocedure (2017)
146. Lustrumbundel Vereniging voor Financieel Recht 2017, Een kapitaalmarktunie voor Europa (2017)
147. R.A.F. Timmermans, Bescherming van beursvennootschappen door uitgifte van preferente aandelen (2018)
148. G. van Solinge, L. Timmerman, C.J.H. Jansen, J.B.S. Hijink, B.J. de Jong, M. Meinema, C.D.J. Bulten, K. Geens en M. Wyckaert, 50 jaar Van der Heijden Instituut 1966-2016 (2017)
149. P.H.N. Quist, Conversie en aandelen (2018)
150. C.D.J. Bulten, M.P. Nieuwe Weme en N.S.G.J. Vermunt (red.), Vertrouwen in het ondernemingsrecht en het financiële recht. Liber amicorum voor prof. mr. S.C.J.J. Kortmann (2017)
151. G. van Solinge, B. van der Veer, H.H. Kersten, F.J.G.M. Cremers, E. Schmieman, F.G. Laagland, S.H.M.A. Dumoulin, J.B.S. Hijink, D.J.F.F.M. Duynstee, M. van Olffen, G.T.M.J. Raaijmakers, C.D.J. Bulten en B.J. de Jong, Toezicht (2018)
152. Y. Borrius,. I.S. Wuisman, A.R.J. Croiset van Uchelen, B. Bier, A.J. Wolfs en E.C.H.J. Lokin (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2017-2018 (2018)
153. K. Spruitenburg, De enquêtegerechtigden bij de NV en de BV. Een onderzoek naar de toegang tot het enquêterecht bij de NV en de BV (2018)
154. J.B.S. Hijink, L. in ‘t Veld, J.F. Garvelink, C.J.A. van Geffen, S.A.G. Hoogeveen en P.M. van der Zanden (red.), Vereniging Jaarrekeningenrecht. Bundel 2016-2018 – Doorwerking van formele aspecten van het jaarrekeningenrecht in het ondernemingsrecht (2018)
155. S.M.C. Nuijten en R. Stijnen, Preadvies voor de Vereniging voor Financieel Recht 2018, Rechterlijke toetsing van besluiten en handelingen van de AFM en DNB: trends en analyses (2018)
156. C.H.A. van Oostrum, Regres bij concernfinanciering (2019)
157. Y. Borrius, I.S. Wuisman, A.R.J. Croiset van Uchelen, B. Bier, A.J. Wolfs en E.C.H.J. Lokin (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2018-2019 (2019)

158. R.P. Jager, De concern(genoten)enquête. Naar huidig en wenselijk recht (2019)
159. B. Snijder-Kuipers, Preadvies voor de Vereniging voor Financieel Recht 2019, The UBO in Europe. Definition and registration in European countries (2019)
160. C.F. Perquin-Deelen, Biases in de boardroom en de raadkamer. Een juridische en filosofische analyse van de bestuurlijke taakuitoefening en rechterlijke beoordeling, mede aan de hand van een empirische studie (2019)
161. C.D.J. Bulten, C.F. Perquin-Deelen, M.H.C. Sinninghe Damsté en K.J. Bakker (red.), Diversiteit. Een multidisciplinaire terreinverkenning (2020)
162. K.A.M. van Vught, Het besluit van de rechtspersoon (2020)
163. S.C.E.F. Moulen Janssen, De positie van aandeelhouders bij preventieve herstructureringen. In het bijzonder onder de Wet homologatie onderhands akkoord (2020)
164. J.B.S. Hijink, M.P. Nieuwe Weme, G.P. Oosterhoff en L. in ‘t Veld (red.), Handboek Jaarrekeningenrecht (2020)
165. Y. Borrius, J. van Bekkum, A.R.J. Croiset van Uchelen, B. Bier, J.M. de Jongh en E.C.H.J. Lokin (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2019-2020 (2020)
166. C.D.J. Bulten , G. van Solinge, P.F.M. van der Meer Mohr, S.H.M.A. Dumoulin, Jaap van Slooten, R. ten Bos, T. Stevens, T. Salemink, J.B.S. Hijink, M. de Gaay Fortman, M. van Olffen en L. Timmerman, Corporate governance en de rol van het vennootschappelijk belang (2020)
167. S. Perrick, Aandelen in de BV in het vermogensrecht (2020)
168. N. Kreileman, De niet-uitvoerende bestuurder in een one tier board. Een juridisch-dogmatisch onderzoek naar de niet-uitvoerende bestuurder bij kapitaalvennootschappen (2020)
169. E.J. van Praag, Preadvies voor de Vereniging voor Financieel Recht 2020, PSD2: naar open banking en bankieren in een ecosysteem (2020)
170. J.E. van Nuland, Beleidsbepaling en aansprakelijkheid. Een drieluik over de feitelijke beheersing van vennootschappen (2021)

Het Van der Heijden Instituut werd in 1966 door prof. mr. W.C.L. van der Grinten en prof. mr. J.M.M. Maeijer opgericht als studiecentrum voor rechtspersonen- en vennootschapsrecht. Het heeft ten doel om, in de lijn van een indertijd te Nijmegen door prof. mr. E.J.J. van der Heijden gevestigde traditie, op alle mogelijke wijzen bij te dragen tot de ontwikkeling en verdieping van deze onderdelen van het privaatrecht. Het Van der Heijden Instituut is onderdeel van het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Radboud Universiteit Nijmegen. Het OO&R is een samenwerkingsverband van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Radboud Universiteit te Nijmegen en AEGON, Akzo Nobel, Allen & Overy, APG Asset Management, De Brauw Blackstone Westbroek, Clifford Chance, Eumedion, Freshfields Bruckhaus Deringer, Houthoff, ING Bank, Loyens & Loeff, NautaDutilh, De Nederlandsche Bank, Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn, Philips, Rabobank en Stibbe.
In de Serie vanwege het Van der Heijden Instituut verschijnen monografieën, proefschriften, congresbundels en uitkomsten van onderzoek naar de werking van regelgeving op het aangegeven onderzoeksterrein.
Tevens verschijnen in deze Serie publicaties van de Vereniging voor Financieel Recht, de Vereniging Jaarrekeningenrecht en Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation.
De wetenschappelijke leiding van het Van der Heijden Instituut en de redactie van de Serie zijn in handen van prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. M. van Olffen, prof. mr. M.P. Nieuwe Weme, prof. mr. C.D.J. Bulten en prof. mr. J.B.S. Hijink.

www.wolterskluwer.nl

9 789013 162301

Wolters Kluwer