

‘Verdiepend Ondernemingsrecht’

Colleges 2 en 3 – Bestuur, bestuursdaden, aansprakelijkheid en quasi-bestuurders

Mr. Dr. K. Frielink

University of Curaçao

Dinsdag 22 februari 2022 en

Dinsdag 1 maart 2022

van 17.30 - 19.00 uur

1. Inleiding

In de colleges 2 en 3 staan het bestuur, bestuurders, quasi-bestuurders en het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid centraal. Het recht van Curaçao en Nederland is, hoewel er (ook tekstuele) verschillen zijn, wat de hier genoemde onderwerpen betreft in hoofdzaak materieel gelijk.¹ Er zal dan ook naar rechtspraak en literatuur uit Nederland worden verwezen. Er is van uitgegaan dat kennis is genomen van de voorgeschreven literatuur. Daarvan wordt slechts een deel tijdens de colleges behandeld.

2. Bestuur²

Elke rechtspersoon wordt geacht een bestuur te hebben.³ Zonder een bestuur kan de rechtspersoon niet functioneren en zijn doel niet verwezenlijken, althans niet op een wijze als de

¹ K. Frielink, ‘Aansprakelijkheid bestuurders en commissarissen in de Caribische delen van het Koninkrijk’, in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 731-759. Zie voor de hoofdlijnen van de ontwikkeling van het rechtspersonenrecht in de Caribische delen van het Koninkrijk in de periode 2010 – 2020: K. Frielink, ‘Nederlands Caribisch rechtspersonenrecht’, *Caribisch Juristenblad* 4 (2020), p. 488-498.

² Zie voor een uitvoerige verhandeling over het bestuur en het besturen van rechtspersonen K.H.M. de Roo, *Bestuur van rechtspersonen* (diss. VU), Deventer: Wolters Kluwer 2021.

³ Art. 2:25 e.v. BW bevat een regeling op grond waarvan de Kamer van Koophandel een rechtspersoon bij beschikking kan ontbinden als zich de aldaar genoemde omstandigheden voordoen. Een daarvan is dat gedurende ten minste een jaar geen bestuurders van de rechtspersoon in het register staan ingeschreven, terwijl ook geen opgaaf tot inschrijving is gedaan, dan wel, als er wel bestuurders staan ingeschreven, alle bestuurders zijn overleden en/of geen van de bestuurders bereikbaar is gebleken op het in het register vermelde adres van de rechtspersoon.

wetgever heeft bedoeld.⁴ De benoeming van bestuurders geschiedt voor de eerste maal bij de akte van oprichting (art. 2:4 lid 2 BW) en daarna – in de regel - door de algemene vergadering, maar bij de stichting – doorgaans – door middel van coöptatie, ofwel door het bestuur zelf. De formele of statutaire bestuurder is enkel degene die in overeenstemming met de wet en de statuten van de betrokken rechtspersoon is benoemd. Niet voldoende is dat de betrokken persoon en/of anderen ervan zijn uitgegaan dat hij een statutaire bestuurder was en feitelijk heeft gefunctioneerd als ware hij een statutaire bestuurder. Van opgewekt vertrouwen ter zake van een dergelijke benoeming kan géén sprake zijn en de rechtspersoon kan ook niet het recht verwerken zich daartegen te verzetten.⁵ Dit betekent dat personen die wel de titel ‘directeur’ dragen, maar niet op de voorgeschreven wijze tot bestuurder zijn benoemd, géén statutaire bestuurder zijn.⁶ Dat iemand rechtsgeldig tot bestuurder van een rechtspersoon is benoemd en zich een statutaire bestuurder mag noemen, zegt op zichzelf nog niet veel over de inhoud van die functie.

Voor de commissaris (toezichthouder) geldt evenzeer dat enkel degene die in overeenstemming met de wet en de statuten van de betrokken rechtspersoon is benoemd als zodanig kan worden aangemerkt.

Wat de inrichting van het bestuur betreft kan worden gekozen tussen een dualistisch (*two tier*) en een monistisch (*one tier*) bestuursmodel (art. 2:18 BW). Het dualistische bestuursmodel is het klassieke model, waarbij bestuur en toezicht elk een eigen orgaan hebben. Is sprake van een specifiek orgaan dat toezicht uitoefent dan wordt dat doorgaans aangeduid als de raad van commissarissen of de raad van toezicht. Is een dergelijk orgaan er niet dan betekent dat niet dat in het geheel geen toezicht wordt uitgeoefend. In dat geval is het de algemene vergadering die (een zekere mate van) toezicht uitoefent. Dit laatste geval noem ik het basismodel. Alleen bij de stichting kan het geval zich voordoen dat er maar één orgaan is (het bestuur), zodat daarop intern (dus vanuit de stichting zelf) géén toezicht wordt uitgeoefend.

⁴ Het doel kan overigens worden verwezenlijkt en de rechtspersoon kan functioneren met behulp van enkel quasi-bestuurders. Hier wordt verwezen naar Rb. Limburg 30 mei 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:4923, *JOR* 2018, 208 m.nt. Frielink; Rechtspraakbundel (2020), nr. 30 (*Forexx Company*).

⁵ Zie in dat verband onder meer HR 15 december 2000, *JOR* 2001, 1 m.nt. Van den Ingh, *NJ* 2001, 109 m.nt. Maeijer (*Squamish*). De Hoge Raad overwoog in deze zaak naar Nederlands recht: “*De aard van de regel dat de benoeming van een bestuurder van een naamloze of besloten vennootschap geschiedt door de algemene vergadering van aandeelhouders, tenzij de benoeming geschiedt door de raad van commissarissen (art. 2:132 en 2:242 BW), brengt mee dat niet kan worden aanvaard dat degene die, ondanks het ontbreken van een dergelijk besluit, op grond van verklaringen of gedragingen van de vennootschap heeft aangenomen dat hij tot bestuurder van de vennootschap is benoemd, als bestuurder van de vennootschap moet worden aangemerkt. De aard van genoemde bepalingen verzetten zich evenzeer ertegen dat wordt aangenomen dat de vennootschap het recht kan verwerken zich ertegen te verzetten dat degene die, ondanks het ontbreken van een benoemingsbesluit, meent dat hij tot bestuurder van de vennootschap is benoemd als zodanig moet worden aangemerkt*”. Zie verder Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II (2009), nr. 431, en Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb (2019), nr. 240.

⁶ Procuratiehouders zijn evenmin als bestuurder aan te merken. Er heeft in het verdere verleden wel enige twijfel over bestaan.

Bij het monistisch bestuursmodel is er één bestuursorgaan, waarbij de taken zijn verdeeld over een algemeen bestuur en een uitvoerend bestuur. Er zijn dan niet-uitvoerend bestuurders (*non-executives*) en uitvoerend bestuurders (*executives*). De leden van het algemeen bestuur hebben, voor zover zij geen lid zijn van het uitvoerend bestuur, wat hun toezichhoudende taak betreft, een functie vergelijkbaar met die van commissarissen. Een verschil is dat die leden van het algemeen bestuur ook rechtspersoon kunnen zijn, terwijl de wet voor de RvC bepaalt dat die, in geval het gaat om een rechtspersoon waaraan een onderneming is verbonden, bestaat uit één of meer natuurlijke personen (art. 2:19 lid 2 BW).

Met de benoeming (en aanvaarding daarvan) ontstaat een organisatierechtelijke betrekking tussen de bestuurder en de rechtspersoon. Dat betekent dat voor de bestuurder rechten, verplichtingen en bevoegdheden ontstaan. Deze rechten, verplichtingen en bevoegdheden vloeien voort uit de wet en de statuten. Bij bevoegdheden kan worden gedacht aan het vertegenwoordigen van de rechtspersoon bij het aangaan van rechtshandelingen en het bijeenroepen van algemene vergaderingen.

In Curaçao geldt dat de rechtsverhouding tussen een statutaire bestuurder en de rechtspersoon *niet* wordt aangemerkt of mede wordt aangemerkt als een arbeidsovereenkomst (art. 2:8 lid 5 BW). Bestuurders van rechtspersonen genieten geen arbeidsrechtelijke (ontslag)bescherming.⁷ Wel kunnen zij in bijvoorbeeld een overeenkomst van opdracht allerlei elementen van een arbeidsovereenkomst opnemen en ook fiscaal kan sprake zijn van een dienstbetrekking.⁸

In een dergelijke overeenkomst van opdracht kan de relatie nader worden ingevuld, maar dat is niet altijd nodig. Het maakt immers verschil of iemand min of meer als vrijwilliger, bestuurder is van een lokale sportvereniging met een tijdsbesteding van slechts enkele uren per maand dan wel een voltijdbaan heeft als bestuurder van een commerciële onderneming en daarmee zijn inkomen verdient. In laatstgenoemd voorbeeld ligt een aanvullende regeling voor de hand, onder meer inzake de aan de bestuurder toekomende vergoeding.

Samengevat bestaan in Curaçao de volgende bestuursmodellen:

- een rechtspersoon met een basis bestuursmodel (geen onderscheid uitvoerend en niet-uitvoerend bestuurders) zonder Raad van Commissarissen (of Raad van Toezicht);
- een rechtspersoon met een dualistisch bestuursmodel (geen onderscheid uitvoerend en niet-uitvoerend bestuurders), met naast het bestuur een Raad van Commissarissen (of Raad van Toezicht);

⁷ Gerecht in Eerste Aanleg Curaçao 12 december 2018, ECLI:NL:OGECAC:2018:313 (*X/OBNA*).

⁸ In Aruba is met ingang van 1 januari 2021 een Boek 2 BW ingevoerd. Zie daarover W.J.M. van Veen, *De NV en de VBA naar Arubaans recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020. De in 2019 gepubliceerde tekst van Boek 2 BW Aruba bevatte een regeling gelijk aan die in Curacao (art. 2:8 lid 5 BW), maar die is daarna gewijzigd. Lid 5 luidt in Aruba thans als volgt: "*Een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst tussen rechtspersoon en bestuurder kan niet door (de) rechter worden uitgesproken.*" (Aanpassingsverordening Boek 2 BWA, Afkondigingsblad van Aruba 2020 no. 156). In Aruba is dus wel een arbeidsovereenkomst mogelijk.

- een rechtspersoon met een monistisch bestuursmodel (dus met uitvoerend en niet-uitvoerend bestuurders) zonder Raad van Commissarissen (of Raad van Toezicht); en
- een rechtspersoon met een monistisch bestuursmodel (dus met uitvoerend en niet-uitvoerend bestuurders) met naast het bestuur een Raad van Commissarissen (of Raad van Toezicht).

3. De bestuurstaak

De vraag naar de aard en omvang van de bestuurstaak is relevant. De hierna te bespreken hoge drempel voor aansprakelijkheid (de ernstig verwijt-maatstaf) is immers alleen van toepassing in het geval dat een bestuurder aansprakelijk wordt gesteld voor zijn doen en laten als bestuurder. In dat verband moet een onderscheid worden gemaakt tussen typische bestuurstaken die een bestuurder uitoefent en zijn overige taken en werkzaamheden.

Er zijn rechtspersonen in allerlei soorten en maten. Er zijn rechtspersonen waaraan ondernemingen zijn verbonden die lokaal of wereldwijd actief zijn, met uiteenlopende interne organisaties, bedrijfsprocessen en activiteiten. Er zijn rechtspersonen met slechts een ideëel doel of die bestaan uit vrijwilligers in het kader van sportbeoefening of gezelligheid.⁹ Van al deze en andere (tallose) verschillen zal hier zoveel mogelijk worden geabstraheerd. Dat betekent dat niet alle hierna te noemen elementen die deel kunnen uitmaken van het begrip besturen dus ook bij alle rechtspersonen aan de orde zijn. Het doel hier is enig inzicht in dit begrip te verschaffen.

Er bestaat in Curaçao noch elders in het Koninkrijk een wettelijke definitie van het begrip besturen en evenmin een omschrijving van wat het besturen van een privaatrechtelijke rechtspersoon (ongeveer) inhoudt. Wel bevat de wet, zoals we zullen zien, normen waaraan bestuurlijk handelen en nalaten kan worden getoetst. Boek 2 BW bevat evenmin kwaliteitseisen wat betreft de tot bestuurder te benoemen personen. De Nederlandse Minister van Justitie heeft in het kader van de parlementaire behandeling van wetgeving ter bestrijding van misbruik van rechtspersonen opgemerkt, dat wie als bestuurder van een vennootschap een leidende functie aanvaardt, instaat voor het bezitten van bepaalde kwaliteiten en hoedanigheden die nodig zijn om

⁹ Uit Rb Zwolle 2 januari 2002, ECLI:NL:RBZWO:2002:AD7712 (*mr. Claassen q.q./ Vereniging Sociëteit Almeerder Kaartclub*) blijkt hoe 'informeel' iemand (in deze zaak gedaagde 3) bestuurslid kan worden: "Zij is in februari 1998 voor de eerste maal in aanraking gekomen met de Almeerder Kaartclub toen zij met vrienden wat ging drinken in het etablissement aan de Houtstraat 66 in Almere. Omdat zij nog nooit in de sociëteit was geweest, moest er voor haar een pasje worden aangemaakt. Omdat zij geen gokspelen kende is zij aan de bar gaan zitten waar zij kennismaakte met [gedaagde 1]. Deze had haar gevraagd of zij interesse had in een bestuursfunctie, met name de functie van penningmeester. Zij heeft aangegeven het wel interessant te vinden maar er geen verstand van te hebben. Haar werd echter verzekerd dat ze begeleid zou worden. Op 24 februari 1998 ontmoette zij volgens afspraak [gedaagde 1] en ook [gedaagde 2] in de kaartclub, waarna gezamenlijk naar de Kamer van Koophandel werd getogen om de inschrijving te verzorgen. In maart 1998 is [gedaagde 3] nog eens ter plaatse geweest maar zij trof er niemand aan die zij kende. Toen zij in mei nog niets van de vereniging had gehoord heeft zij per brief haar functie neergelegd."

die taak te kunnen vervullen.¹⁰ Ik laat dit onderwerp, alsmede de vraag naar de verantwoordelijkheid van het tot benoeming bevoegde orgaan in dit verband, hier verder rusten.¹¹

Behoudens beperkingen uit de wet, de statuten, een vennootschappelijke overeenkomst of een reglement is het bestuur van een rechtspersoon belast met het besturen van de rechtspersoon (art. 2:8 lid 2 BW). Uit het feit dat over ‘belast’ wordt gesproken, moet worden opgemaakt dat het hier gaat om een bestuursplicht: het bestuur *moet* besturen. Het zijn van lid van het bestuur is geen vrijblijvende aangelegenheid. Er kan sprake zijn van een taakverdeling binnen het bestuur, en bepaalde taken kunnen worden uitbesteed, maar de bestuurstaak als zodanig kan niet aan anderen worden gedelegeerd. Indien het bestuur de feitelijke leiding uit handen geeft aan een derde (denk aan een bedrijfsleider), dient het behoorlijk toezicht te houden op het handelen van die derde.¹²

De algemene norm waaraan een bestuur moet voldoen is vastgelegd in art. 2:14 BW. In lid 1 is bepaald dat elke bestuurder tegenover de rechtspersoon is gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Tot de taak van de bestuurder behoren alle bestuurstaken die niet bij of krachtens de wet, de statuten, een vennootschappelijke overeenkomst of een reglement aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld (art. 2:14 lid 2 BW). Deze bepalingen richt zich uitdrukkelijk tot de individuele bestuurders. De gedragsnorm houdt in dat bestuurders zich bij de vervulling van hun taak dienen te richten naar het belang van de rechtspersoon en de daarmee verbonden onderneming of organisatie.

In lid 4 van art. 2:14 BW is bepaald dat elke bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken en dat hij voor het geheel aansprakelijk is ter zake van onbehoorlijk bestuur, tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken en de periode dat hij in functie is geweest geen ernstig verwijt kan worden gemaakt, mits hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.

In algemene zin omvat de bestuurstaak de volgende aspecten. Het bestuur vertegenwoordigt de rechtspersoon in het rechtsverkeer. Het bestuur heeft de dagelijkse leiding over de gang van zaken binnen de rechtspersoon. Het bestuur bepaalt ook het beleid op de langere termijn, bereidt dat voor, en voert dat uit. De bestuurstaak omvat het bepalen van de strategie en het financiële beleid. Het bestuur treedt daarbij zelfstandig en autonoom op, binnen de grenzen die de wet of statuten stellen. De bestuursautonomie is evenzeer een wezenlijk beginsel in het geval van een joint-venture vennootschap.¹³ Is aan de rechtspersoon een onderneming verbonden dan is het

¹⁰ *Kamerstukken II*, 1983-1984, 16 631, nr. 6, p. 34 (Memorie van antwoord).

¹¹ Een interessante vraag in dat verband is of een (meerderheids)aandeelhouder die bewust een volstrekt onbekwame persoon tot bestuurder benoemt, als gevolg waarvan de rechtspersoon (uiteindelijk) failliet gaat, met succes persoonlijk aansprakelijk kan worden gehouden.

¹² Vgl. r.o. 5.21 van Hof Arnhem 27 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:8114 (*A/Laingsingh & Schijvens*).

¹³ HR 4 april 2014, *JOR* 2014, 290 m.nt. De Haan, ook gepubliceerd in *NJ*2014, 286, m.nt. Van Schilfgaarde (*Cancun Holding II*). Zie over bestuursautonomie ook Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb (2019), nr. 152 e.v.

bestuur verantwoordelijk voor de continuïteit daarvan, en dient het zich te richten op lange termijn waardecreatie. Het bestuur verricht verder handelingen ter verwezenlijking van het statutaire doel van de rechtspersoon. Ook het redresseren van misstanden behoort tot de bestuurstaak. Het bestuur is verantwoordelijk voor het aanwenden, beheren en beschermen van het vermogen van de rechtspersoon. Het bestuur treedt op in procedures waarbij de rechtspersoon is betrokken. Op het bestuur rusten op grond van Boek 2 BW uiteenlopende verplichtingen, waaronder de administratieplicht en het opstellen van de jaarrekening, maar tal van andere wetten bevatten evenzeer verplichtingen voor het bestuur (fiscale wetgeving, arbeidswetgeving, milieuwetgeving en noem maar op).

Een (zekere) afbakening tussen wat een bestuurder in die hoedanigheid verricht (of nalaat) en zijn overige activiteiten is van belang, omdat de verzwaarde aansprakelijkheidsmaatstaf van ‘ernstig verwijt’ alleen van toepassing is op bestuurshandelingen.¹⁴ De bakker die zijn onderneming in een BV heeft ondergebracht, oefent het beroep van bakker uit en niet dat van bestuurder van zijn BV bij het bakken van broden. Maakt hij een beroepsfout door brood te bakken waar zijn klanten ziek van worden, dan is de maatstaf van de gewone onrechtmatige daad van toepassing en niet de verzwaarde maatstaf van ‘ernstig verwijt’, ook al heeft de klant het brood waarschijnlijk zonder dat te beseffen van de BV gekocht.¹⁵ De klant ziet de bakker bij het kopen van brood niet als bestuurder en de bakker zal zich in de regel ook niet als zodanig presenteren. Dat hij hier namens de BV een rechtshandeling verricht – een typische bestuursdaad – is, veronderstel ik, niet van betekenis, aangezien hij dit niet evident (kenbaar) in zijn hoedanigheid van bestuurder doet. Als de derde (de koper) geen weet heeft van die hoedanigheid en daarop ook niet bedacht hoeft te zijn, ligt het (sowieso) niet voor de hand hem met de hoge drempel voor aansprakelijkheid te verrassen. Bestelt de bakker namens zijn BV meel dan verricht hij (in de regel) wel een als zodanig herkenbare bestuurshandeling. Helemaal zeker ben ik niet van het voorgaande, omdat toepassing van de gewone maatstaf van aansprakelijkheid door sommigen wordt gekoppeld aan het bestaan van beroepsregels en daarmee verbonden tuchtrechtspraak, zoals bij advocaten, accountants, makelaars en medici.¹⁶ Volgens Kroeze¹⁷ behoort de verzwaarde aansprakelijkheidsmaatstaf van ‘ernstig verwijt’ niet van toepassing te zijn als het gaat om beroepsuitoefening in algemene zin. Dat de derde een overeenkomst heeft gesloten met de vennootschap van waaruit de beroepsbeoefenaar werkt en waarvan hij bestuurder is, is volgens hem niet relevant. Dit betekent dat ook loodgieters, tegelzetter, bakkers en andere beroepsbeoefenaren geen aanspraak op de ernstig verwijt-maatstaf kunnen maken als het gaat om een beroepsfout. Dat lijkt mij een logische benadering. Het gaat hier om schending van een zelfstandige zorgvuldigheidsnorm.

¹⁴ Zoals in het eerste college aan de orde kwam, spreekt Timmerman in dit verband over het petten-beginsel. Zie L. Timmerman, 'Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid', in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 28-31.

¹⁵ Dat de bakker in dit voorbeeld (ook) wanprestatie pleegt laat ik verder onbesproken.

¹⁶ Vgl. Timmerman (a.w. 2017), p. 29-30.

¹⁷ M.J. Kroeze in zijn noot onder de uitspraak inzake de Spaanse Villa in *Ondernemingsrecht* 6 (2013), p. 243-246.

Zowel bij het formuleren van het beleid van de rechtspersoon als bij concrete daden van bestuur kan (en veelal: moet) sprake zijn van een belangenafweging. Het begrip ‘vennootschappelijk belang’¹⁸ is al decennia een kernbegrip in het ondernemingsrecht. In dat verband wordt tegenwoordig ook wel over een belangenpluralisme gesproken: begripsmatig is dit begrip ruimer, en omvat het ook de (maatschappelijke) omgeving waarin een onderneming functioneert. Hier zouden ook mensenrechten toe kunnen worden gerekend.¹⁹

Het afwegen van (met name tegenstrijdige) belangen is een wezenlijk onderdeel van het besturen van een rechtspersoon, niet alleen bij vennootschappen. In de Cancun-beschikking²⁰ heeft de Hoge Raad overwogen dat bij de vervulling van hun taak de bestuurders zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming dienen te richten. In deze beschikking heeft de Hoge Raad uiteengezet wat in algemene zin de verplichtingen van de bestuurders van kapitaalvennootschappen zijn en met welke belangen zij rekening dienen te houden. Bij de vervulling van hun taak dienen bestuurders, mede op grond van het bepaalde in art. 2:8 BW-NL (art. 2:7 BW), zorgvuldigheid te betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken. Deze zorgvuldigheidsverplichting kan volgens de Hoge Raad 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. Gaat het om een joint venture-vennootschap dan kan de verplichting van de bestuurders daarvan een bijzondere zorgplicht meebrengen om jegens de aandeelhouders de nodige zorgvuldigheid te betrachten met betrekking tot de positie van een aandeelhouder wiens belang is verwaterd of (verder) dreigt te verwateren. De beschikking is ook relevant voor rechtspersonen waaraan geen onderneming is verbonden, en in zoverre kan voor het ‘vennootschapsbelang’ worden gelezen het bevorderen van het bestendige succes van (het doel van) de organisatie van de rechtspersoon.

In relatie tot het besturen van een rechtspersoon wordt ook gesproken over risicomanagement.²¹ Er zijn allerlei risico’s waaraan een rechtspersoon kan worden blootgesteld, zoals gezondheidsrisico’s van werknemers, milieurisico’s, rampen, corruptie, instortende markten, financiële risico’s en noem maar op. Van het bestuur van een rechtspersoon mag worden verwacht dat de risico’s in kaart worden gebracht en dat waar mogelijk (preventief) maatregelen

¹⁸ Het begrip ‘vennootschappelijk belang’ heeft sinds de inaugurele rede van prof. mr J.M.M. Maeijer op 24 april 1964 een centrale rol gespeeld, en speelt deze nog steeds in tal van publicaties en rechterlijke uitspraken.

¹⁹ Denk aan discussies over bijvoorbeeld kobalt (dat wordt gebruikt voor batterijen van laptops en smartphones), een grondstof die onder onmenselijke omstandigheden wordt gedolven door kinderen in Congo, of aan kleding die wordt gemaakt door mensen die onder de armoedegrens leven en voor hun werk nauwelijks betaald krijgen, maar die tegen hoge prijzen wordt verkocht in de Westerse wereld. In dit verband wordt gesproken over “Human Rights in Supply Chains” of “Supply Chain Transparency”.

²⁰ HR 4 april 2014, *JOR* 2014, 290 m.nt. De Haan, ook gepubliceerd in *NJ* 2014, 286, m.nt. Van Schilfgaarde (*Cancun Holding II*). Zie ook de Rechtspraakbundel (2020), nr. 20.

²¹ D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2010, hoofdstuk 8.

worden genomen.²² Hier kan worden volstaan met de constatering dat risicomanagement per rechtspersoon zal verschillen en dat risicomanagement een onderdeel van de bestuurstaak is.

Assink²³ - wiens proefschrift alleen over vennootschappen gaat - maakt een onderscheid tussen het vennootschappelijk beleid en het ondernemingsbeleid. Het vennootschappelijk beleid betreft de inwendige structuur van de rechtspersoon, waaronder het krachtenveld waarin het bestuur, de algemene vergadering en de RvC (indien aanwezig) ten opzichte van elkaar functioneren. Het ondernemingsbeleid ziet op de aan de rechtspersoon verbonden onderneming(en), waaraan door het bestuur leiding wordt gegeven. Keuzes die in dat verband moeten worden gemaakt noemt hij zakelijke beleidsafwegingen. Bestuurders moeten volgens hem in een concurrerende en moeilijk controleerbare omgeving zonder heldere protocollen, ondernemingsbeleid initiëren teneinde op lange(re) termijn optimaal rendement uit investeringen te realiseren, op basis van kennis en inzicht maar ook onzekere factoren en incomplete informatie. De toetsing van bestuurlijk gedrag kan zien op de vraag naar de bevoegdheid om een (bepaalde) zakelijke beleidsafweging te maken, maar zal volgens hem doorgaans betrekking hebben op de vraag of het daartoe bevoegde bestuur zich bij het maken van die afweging al dan niet op een – schuldig – ondermaatse wijze heeft gedragen.

4. Verplichtingen die op het bestuur rusten

De bestuurstaak houdt op zichzelf al een verplichting in: het bestuur moet besturen. Hier gaat het in meer specifieke zin om verplichtingen die op grond van de wet op een bestuur rusten.

Bij de verplichtingen die op het bestuur rusten kan een onderscheid worden gemaakt tussen de verplichtingen die voortvloeien uit Boek 2 BW en verplichtingen die uit andere wetten of daarop gebaseerde regelgeving voortvloeien. Het onderscheid draagt geen principieel karakter. Wij beperken ons hier tot Boek 2 BW. Wel zullen ter illustratie enkele andere verplichtingen worden genoemd. In de literatuur wordt de nodige aandacht besteed aan en discussie gevoerd over de vraag of in het kader van bestuurdersaansprakelijkheid relevant is of een bestuurder ‘in hoedanigheid’ handelde of niet. Karapetian²⁴ stelt bijvoorbeeld de vraag of het zonder

²² Ik noem ter illustratie Rb Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, *JOR* 2021, 208 m.nt. Biesmans (*Milieudefensie/Shell*). In deze zaak stond de rol van de moeder centraal, als zijnde de vennootschap met vergaande controle en invloed op de andere tot het concern behorende vennootschappen (in binnen- en buitenland). De rechtbank heeft jegens de moeder het bevel uitgesproken om de uitstoot van broeikasgassen (het gaat hier om CO₂-emissies) van het concern in 2030 ten opzichte van 2019 met 45% te verminderen. Deze reductieverplichting is gebaseerd op de ongeschreven zorgvuldigheidnorm van art. 6:162 BW en moet worden aangemerkt als een resultaatsverbintenis. Aannemende dat de andere tot het concern behorende vennootschappen toch minimaal een zekere mate van autonomie zullen hebben, betekent het bevel dat de moeder zich actief moet (gaan/blijven) bemoeien met het bepalen van het (milieu)beleid van de concernvennootschappen en de rol van quasi-bestuurder zal moeten (gaan/blijven) vervullen. Of de rechtbank de norm van maatschappelijke zorgvuldigheid op een juiste wijze heeft ingevuld zal nog moeten blijken. Er is hoger beroep ingesteld.

²³ B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2007, p. 8-10. Zie ook Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb (2019), nr. 122 e.v.

²⁴ A. Karapetian, *Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 2.4.

vergunning (laten) lozen van afvalwater plaatsvindt in het kader van de bestuurlijke taakvervulling, en of het door een bestuurder veroorzaken van een ernstig verkeersongeval terwijl hij op weg is naar een zakelijke afspraak binnen de bestuurlijke taakvervulling valt.²⁵ Deze vragen zijn van belang in verband met het al dan niet van toepassing zijn van de hierna te bespreken maatstaf van “ernstig verwijt”.

Wat betreft Boek 2 BW worden hier – slechts ter illustratie – enkele verplichtingen die op het bestuur rusten genoemd.²⁶ In dat verband worden verboden ook als verplichtingen aangemerkt: zij verplichten immers tot een nalaten. De verplichting om te besturen en tot een behoorlijke vervulling van de bestuurstaak kwamen reeds aan de orde. Verder kan worden gedacht aan:

- de administratie- en jaarrekeningplicht (art. 2:15 BW);²⁷
- het voorkomen dat de werkzaamheid van de rechtspersoon in strijd is met de wet, de statuten of de openbare orde en goede zeden (art. 2:24 lid 1 onder a BW);
- het doen van de mededeling ten kantore van het handelsregister dat de jaarrekening van de grote NV ter inzage ligt (art. 2:122 lid 3 BW);²⁸
- het bijhouden van een aandeelhoudersregister bij de NV en BV (art. 2:109/209 BW); en
- de verplichting de voor de taakuitoefening noodzakelijke gegevens aan de RvC te verschaffen (art. 2:19 lid 5 BW).

Als gezegd vloeien voor het bestuur van een rechtspersoon ook uit andere wetten de nodige verplichtingen voort. Denk in dit verband bijvoorbeeld aan (waar van toepassing):

- het verkrijgen van alle voor de bedrijfsuitoefening relevante vergunningen en de zorg voor de naleving van de daaraan verbonden voorwaarden;
- het (tijdig) doen van belastingaangifte en het (tijdig) betalen van belastingen en premies;
- de verplichting zich te gedragen als een goed werkgever;
- de verplichting te zorgen voor de veiligheid en de gezondheid van de werknemers inzake alle met de arbeid verbonden aspecten; en
- verplichtingen in het kader van financiële toezichtswetgeving, waaronder inzake beheerste en integere bedrijfsvoering en cliëntenonderzoek.

5. Bestuurdersaansprakelijkheid

Besturen veronderstelt actief handelen. In Boek 2 BW is een algemeen toetsingskader vastgelegd voor bestuurders (en toezichthouders) bij alle rechtspersonen. Het leerstuk onrechtmatige daad

²⁵ Zie voor een overzicht van de strafrechtelijke, bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke vereisten voor de milieuaansprakelijkheid van leidinggevend: T.R. Bleeker, *Milieuaansprakelijkheid van leidinggevend* (diss. Utrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2021.

²⁶ Zie voor Nederland uitvoerig Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb (2019), nr. 135 e.v.

²⁷ Zie wat de jaarrekeningplicht betreft ook de specifieke artikelen bij de diverse rechtspersonen.

²⁸ Op besturen van de andere “grote” rechtspersonen rust deze verplichting ook.

(art. 6:162 BW) kan in dit verband ook tot het toetsingskader worden gerekend. Met behulp van dit toetsingskader kan al het doen en nalaten van een bestuurder worden beoordeeld voor zover daaraan juridische gevolgen zijn te verbinden. Denk in het bijzonder aan het nemen van bestuursbesluiten en het aangaan van rechtshandelingen, maar ook aan elk doen en nalaten, zoals het wel of niet voldoen aan de administratie- en jaarrekeningplicht.

In het geval dat een rechtspersoon wanprestatie pleegt of een onrechtmatige daad, is de rechtspersoon daarvoor (primair) zelf aansprakelijk. Onder omstandigheden kunnen de leden van het bestuur naast de rechtspersoon persoonlijk aansprakelijk zijn (er wordt wel over secundaire aansprakelijkheid gesproken).

Waar het gaat om bestuurdersaansprakelijkheid kan een onderscheid worden gemaakt tussen drie situaties, die hierna worden besproken:

- Intern: aansprakelijkheid jegens de rechtspersoon (art. 2:14 lid 4 BW) (criterium: ernstig verwijt) [uitgangspunt: hoofdelijke aansprakelijkheid bij meerhoofdig bestuur]
- Extern: aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad jegens derden (art. 6:162 BW) (criterium: persoonlijk ernstig verwijt)²⁹ [uitgangspunt: geen hoofdelijke aansprakelijkheid, maar zou wel kunnen o.g.v. art. 6:166 BW]³⁰
- Extern: aansprakelijkheid jegens de boedel (faillissement) op grond van art. 2:16 BW (criterium: kennelijk onbehoorlijk bestuur) [uitgangspunt: hoofdelijke aansprakelijkheid bij meerhoofdig bestuur]

Wat betreft trustbestuurders die optreden als bestuurder van een (cliënt)rechtspersoon kan worden opgemerkt dat zij in het kader van het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid moeten worden aangemerkt als een volwaardige bestuurder. Het feit dat een trustkantoor als bestuurder optreedt is dus op zichzelf genomen niet relevant, in die zin, dat het niet als ‘verzachtende omstandigheid’ in de beoordeling kan worden betrokken.³¹

²⁹ In het kader van met name discussies inzake het concernrecht wordt in dit verband over indirecte doorbraak van aansprakelijkheid gesproken: zo kan bijvoorbeeld een moedermaatschappij uit hoofde van een (eigen) onrechtmatige daad aansprakelijk zijn jegens derden voor de schulden van de dochter. Met directe doorbraak wordt het leerstuk vereenzelviging bedoeld, waarbij twee rechtspersonen – uitsluitend in de bij de rechter aanhangige kwestie - als één rechtspersoon worden beschouwd: de ene rechtspersoon wordt dan hoofdelijk aansprakelijk voor de schuld van de andere rechtspersoon als ware het een eigen schuld. Zie S.M. Bartman, A.F.M. Dorresteyn en M. Olaerts, *Van het concern*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, nr. 8.2. Zie ook mijn noot bij Gerecht in Eerste Aanleg Sint Maarten 8 februari 2011, *Caribisch Juristenblad* 2 (2011), p. 116-125 (*Workers Institute/Simpson Bay Resort*). Wat laatstgenoemde zaak betreft verwijs ik voor de volledigheid naar het vonnis van het GHvJ (St. Maarten) van 31 augustus 2012, ECLI:NL:OGHACMB:2012:BX8562 (*Simpson Bay Resort/Workers Institute*), waarin is overwogen dat onvoldoende concreet en onderbouwd is gesteld dat sprake is van misbruik van het identiteitsverschil.

³⁰ Vgl. Hof Amsterdam 17 november 2009, *JOR* 2010, 89 m.nt. Olden (*Holding Nutsbedrijf Westland/Schieke c.s.*).

³¹ HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470, *NJ* 2018, 330 m.nt. Van Schilfgaarde, *JOR* 2018, 234 m.nt. Kraaijpoel en de noot van Frielink in: M.V.R. Snel, P.S. Bakker & M.A. Loth (red.), *Caribisch Vermogensrecht Geannoteerd*, Den Haag: Bju 2020, nr. 22 (*Van Nieuwburg c.s./TMF*). Dit geldt ook in de Caribische delen van het Koninkrijk: zie

De maatstaf van “ernstig verwijt” geldt, zoals we zullen zien, niet alleen voor de interne bestuurdersaansprakelijkheid (dus van de bestuurder jegens de rechtspersoon), maar ook bij aansprakelijkheid van een bestuurder jegens derden op grond van onrechtmatige daad voor zover hij in die hoedanigheid handelde dan wel sprake is van nalaten.³² Dit is niet de plaats om heel lang stil te staan bij het academische debat over deze maatstaf en de vraag of deze als zodanig in de wet had dienen te worden opgenomen.³³ Ik kan mij vinden in hetgeen A-G Drijber³⁴ over de maatstaf zelf heeft geschreven:

“Het maatschappelijk verkeer is er m.i. niet mee gebaat voor de aansprakelijkheid van een bestuurder de ‘gewone’ schuld-maatstaf aan te leggen, zoals die geldt voor de primaire aansprakelijkheid van de vennootschap. De ernstig verwijt-maatstaf is bovendien flexibel. Daardoor is de rechter in staat aan de hand van alle omstandigheden van het geval tot een billijke uitkomst te komen. Daarbij moet rekening worden gehouden met onder meer de aard, de ernst en de frequentie van de normschending door de bestuurder, en de mate van schuld. Een belangrijke vuistregel is ook of voor de bestuurder voorzienbaar was (of had moeten zijn) dat zijn handelen of nalaten tot benadeling van crediteuren van de vennootschap zou leiden; de ‘objectieve wetenschap-maatstaf’. Als daar niet van blijkt, is het moeilijk voorstelbaar dat de bestuurder een ernstig verwijt treft.”

Volgens de Hoge Raad wordt een hoge drempel voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover een derde gerechtvaardigd (i) door de omstandigheid dat ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de vennootschap en (ii) door het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen.³⁵ Wat de interne aansprakelijkheid betreft kan als rechtvaardiging uiteraard enkel de onder (ii) genoemde omstandigheid gelden.

Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao en Sint Maarten, en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba 13 maart 2015, ghis 69560 – H 300/14, Rechtspraakbundel (2020), nr. 24 (*Standard Trust/Seferina en Le Poole q.q.*).

³² Timmerman (a.w. 2017), p. 25-26. Volgens Timmerman (p. 31-32) heeft de Hoge Raad het criterium ingebed in het onrechtmatigheidsoordeel, maar zou het beter bij de aard van het samengesteld beginsel passen om het zowel op de onrechtmatigheid als op de toerekening te betrekken. Met samengesteld beginsel bedoelt hij dat de rechter bij toepassing van de maatstaf alle omstandigheden (verzwarende en verzachtende) in aanmerking moet nemen, maar ook de aard, de ernst en de frequentie van de normschending door de bestuurder en de mate van schuld.

³³ De meest diepgaande (in hoofdzaak dogmatische) studie hierover is die van Westenbroek: W.A. Westenbroek, *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie. Over rechtsvorming en taal, onbehoorlijk bestuur, onrechtmatige daad en ernstig verwijt* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

³⁴ Conclusie in de zaak Van Nieuwburg/TMF d.d. 8 december 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1419 onder 2.2.5 en 2.2.6.

³⁵ Hoge Raad 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470, NJ2018, 330 m.nt. Van Schilfgaarde, en JOR 2018, 234 m.nt. Kraaijpoel, en de noot van Frielink in: M.V.R. Snel, P.S. Bakker & M.A. Loth (red.), *Caribisch Vermogensrecht Geannoteerd*, Den Haag: Bju 2020, nr. 22 (*Van Nieuwburg/TMF*).

De eerste vraag die in een aansprakelijkheidszaak moet worden beantwoord is of sprake is van onbehoorlijk bestuur. Er moet sprake zijn van een zekere ernst wat betreft de normschending om van onbehoorlijk bestuur te kunnen spreken. Ondernemen houdt immers in dat risico's worden gelopen, en bestuurders van een rechtspersoon moeten in beginsel foute beslissingen kunnen nemen zonder daarvoor direct persoonlijk aansprakelijk te zijn. Ruimer geformuleerd: vrij algemeen wordt aangenomen dat de rechtspersoonsvorm aan bestuurders een zekere bescherming dient te bieden, zodat niet iedere wanprestatie of onrechtmatige daad van de rechtspersoon per definitie leidt tot persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder(s). Dit geldt voor commerciële en mutatis mutandis voor niet-commerciële rechtspersonen, dus ook voor de rechtspersonen waaraan geen onderneming is verbonden. Nadat is vastgesteld dat sprake is van onbehoorlijk bestuur, komt de vraag aan de orde of een individuele bestuurder daarvan (persoonlijk) een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

De maatstaf van "ernstig verwijt" is een aanwijzing voor de rechter, in die zin, dat hij een zekere mate van terughoudendheid dient te betrachten bij het beoordelen van bestuurlijk handelen en nalaten. Een bestuurder moet in die hoedanigheid fouten kunnen maken zonder daarvoor al te snel persoonlijk aansprakelijk te zijn. Dat is op zichzelf niet nieuw. Mulderije³⁶ schreef in 1931:

"De rechter hoedt zich blijkbaar, zoolang er geen redenen zijn om de goede trouw der bestuurders in twijfel te trekken, voor een treden in de beoordeeling van het gevoerde beleid, waarbij men immers licht gevaar loopt de achteraf gebleken slechte uitkomst te zeer te laten medewegen. De gevallen, waarin aansprakelijkheid wèl werd aangenomen, duiden dan ook alle op een niet behoorlijke vervulling der opgedragen taak in dezen zin, dat zij van ernstig plichtsverzuim of gemis aan zorgvuldigheid blijk geven."

Dat de maatstaf weinig concreet of zelfs vaag is, is op zichzelf genomen juist, maar hangt samen met het feit dat een rechterlijk oordeel uiteindelijk wordt gebaseerd op een waardering van alle relevante feiten en omstandigheden. Bij bestuurdersaansprakelijkheid gaat het om de casuïstiek van het concrete geval. En die gevallen verschillen doorgaans nu eenmaal sterk van elkaar. Bij de toepassing van de eisen van redelijkheid en billijkheid is dat in wezen niet anders. Van de rechter wordt dan wel verwacht dat hij zijn uitspraak zodanig motiveert dat die daardoor controleerbaar en navoelbaar wordt.³⁷

³⁶ H. Mulderije, 'De geldelijke aansprakelijkheid van bestuurders der Naamlooze Vennootschap', *De Naamlooze Vennootschap* 8 (1931), p. 228.

³⁷ Paul Scholten heeft er op gewezen dat bij toepassing van algemeen geformuleerde rechtsregels in een concreet geval een irrationeel of intuïtief element schuilt. Het nemen van een beslissing vergt namelijk een keuze, een "sprong", waarmee de kloof tussen de abstracte regels en het concrete geval wordt overbrugd. Dit wordt de "sprong van Scholten" genoemd. Dat over "irrationeel" en "intuïtief" wordt gesproken duidt op wat genoemd zou kunnen worden een onwetenschappelijk element, maar de sprong wordt niet willekeurig gemaakt: een intuïtie is immers mede gebaseerd op opleiding, kennis van het recht, training en ervaring. Zie Asser/Scholten Algemeen deel (1974). Zie over deze "sprong" ook K. Frielink, *De quasi-bestuurder in het rechtspersonenrecht. Over rechtsbeginselen, aansprakelijkheid en verplichtingen* (diss. Curaçao) (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut nr. 174), Deventer: Wolters Kluwer 2022, nr. 1.5.

In abstracto is niet aan te geven wanneer sprake is van een ernstig verwijt. Dit hangt als gezegd af van de concrete feiten en omstandigheden van het geval. In de literatuur worden diverse gevallen van bestuurlijk doen en nalaten genoemd die zijn aan te merken als een onbehoorlijke taakvervulling en daarom aansprakelijkheid kunnen opleveren, waarvan hier ter illustratie worden genoemd:

- een bestuurder vervult zijn taak (in het geheel) niet;
- een bestuurder vervult zijn taak onbehoorlijk wanneer hij onverantwoord heeft gehandeld met de wetenschap dat de rechtspersoon daarvan de dupe zou kunnen worden;
- een bestuurder vervult zijn taak onbehoorlijk wanneer hij onverantwoord heeft gehandeld met de wetenschap dat derden (schuldeisers van de rechtspersoon) daarvan de dupe zouden kunnen worden;
- een bestuurder handelt in strijd met bepalingen in de wet en/of de statuten (die de rechtspersoon beogen te beschermen), bijvoorbeeld door het aangaan van een rechtshandeling in strijd met de regeling inzake tegenstrijdig belang; en
- het bestuur kiest voor (te) risicovol beleid, doet geen (adequaate) onderzoek naar de risico's, heeft geen adequate systemen van risicobeheersing, doet geen onderzoek naar incidenten e.d.³⁸

De hier genoemde voorbeelden kunnen leiden tot aansprakelijkheid van de bestuurder jegens de rechtspersoon en/of jegens derden.

6. De interne aansprakelijkheid

De interne aansprakelijkheid betreft de relatie tussen de bestuurder en de rechtspersoon waarvan hij bestuurder is. In het klassieke geval heeft de bestuurder iets gedaan of nagelaten als gevolg waarvan de rechtspersoon schade heeft geleden. De vraag is dan wat het toetsingskader is als de bestuurder – mogelijk inmiddels ex-bestuurder – door de rechtspersoon aansprakelijk wordt gesteld. Voor aansprakelijkheid op de voet van art. 2:14 BW (vgl. art. 2:9 BW-NL) is vereist dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt.³⁹ Kan een bestuurder – mede gelet op de onderlinge taakverdeling - geen ernstig verwijt worden gemaakt en is hij niet nalatig geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden, dan is hij niet persoonlijk aansprakelijk.

In de wet is dit aldus geformuleerd (art. 2:14 lid 4 BW) dat een bestuurder voor het geheel aansprakelijk is ter zake van onbehoorlijk bestuur, tenzij hem mede gelet op de aan anderen

³⁸ D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2010, par. 9.5.2. In hoofdstuk 8 gaat zij in op de algemene aspecten van risicomangement en in hoofdstuk 9 op de aansprakelijkheid voor falend risicomangement.

³⁹ De interne aansprakelijkheid kan ook op art. 6:162 BW worden gebaseerd, zij het dat het in dat geval alleen om de individuele aansprakelijkheid van de bestuurder gaat, en het uitgangspunt van collectieve aansprakelijkheid (de collectieve *qualitate qua* aansprakelijkheid van art. 2:14 lid 4 BW) niet van toepassing is. De maatstaf van 'ernstig verwijt' zal bij deze grondslag wel worden toegepast als de bestuurder in die hoedanigheid wordt aangesproken.

toebedeelde taken en de periode gedurende welke hij in functie is geweest, geen ernstig verwijt kan worden gemaakt, mits hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden. In deze regeling komt tot uitdrukking dat indien sprake is van een meerhoofdig bestuur, het uitgangspunt collegiale verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid is. Bij deze dwingendrechtelijke regeling maakt het geen verschil of een bestuurder naast zijn organisatierechtelijke betrekking ook een contractuele relatie heeft met de rechtspersoon, bijvoorbeeld een overeenkomst van opdracht. In het geval dat tevens sprake is van een contractuele relatie kan aan een vordering tot schadevergoeding wegens onbehoorlijke taakvervulling, naast de wettelijke grondslag van art. 2:14 BW, ook wanprestatie aan de vordering ten grondslag worden gelegd. Voor de verdere beoordeling van het doen en laten van de bestuurder maakt dat geen verschil, tenzij van de contractuele relatie bedingen deel uitmaken waarvan de schending wel leidt tot wanprestatie, maar die (mogelijk) niet onder het bereik van de wettelijke regeling vallen. Er dient steeds te worden uitgegaan van een maatmensbestuurder, althans als ondergrens.⁴⁰

In sommige gevallen houdt de vaststelling dat sprake is van onbehoorlijk bestuur (van het orgaan) tevens in dat sprake is van een (persoonlijk) ernstig verwijt. Dat geldt in de eerste plaats indien de rechtspersoon maar één bestuurder heeft. Een ander voorbeeld: wordt vastgesteld dat sprake is van onbehoorlijk bestuur omdat één van de bestuurders, verantwoordelijk voor de kwestie die aan de rechter ter beoordeling is voorgelegd, evident heeft nagelaten zijn taak ook maar enigszins serieus te vervullen, dan zal ten aanzien van die bestuurder (doorgaans) niet meer afzonderlijk hoeven te worden beoordeeld of hem een ernstig verwijt treft. Maar in andere gevallen waarin sprake is van een meerhoofdig bestuur zal eerst worden vastgesteld of sprake is van onbehoorlijk bestuur, en als daarvan sprake is, pas daarna de vraag naar de persoonlijke aansprakelijkheid van de individuele bestuurders aan de orde komen.

7. De aansprakelijkheid ingeval van faillissement

Iedere bestuurder van een rechtspersoon kan, nadat de rechtspersoon is gefailleerd, door de curator aansprakelijk worden gesteld op grond van art. 2:16 BW.⁴¹ De maatstaf die wordt gehanteerd is of het bestuur (als orgaan) zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld (derhalve

⁴⁰ Timmerman (a.w. 2017), p. 32. In de literatuur wordt doorgaans over maatman gesproken, maar dat lijkt niet meer van deze tijd.

⁴¹ In Nederland is dit onderwerp voor de NV en BV geregeld in de art. 2:138 BW-NL en 2:248 BW-NL. Het daarin bepaalde is van overeenkomstige toepassing in geval van faillissement van een vereniging waarvan de statuten zijn opgenomen in een notariële akte en die aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen of die bij of krachtens de wet verplicht is een financiële verantwoording op te stellen die gelijk of gelijkwaardig is aan een jaarrekening als bedoeld in Titel 9 van Boek 2 BW-NL (art. 2:50a BW-NL) en in geval van faillissement van een stichting die aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen of die bij of krachtens de wet verplicht is een financiële verantwoording op te stellen die gelijk of gelijkwaardig is aan een jaarrekening als bedoeld in Titel 9 van Boek 2 BW-NL (art. 2:300a BW-NL). Dit laatste ziet op semipublieke instellingen die geen jaarrekeningplicht op grond van Boek 2 BW hebben, maar wel op grond van bijzondere wetgeving: zorginstellingen, pensioenfondsen en onderwijsinstellingen. Hier zijn de artikelen weergegeven zoals die sinds 1 juli 2021 luiden.

de gedragsnorm van art. 2:14 BW heeft geschonden)⁴² en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling kan slechts worden gesproken als geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden zo zou hebben gehandeld (toetsing aan de maatman-bestuurder).⁴³ Is daarvan sprake dan is iedere bestuurder jegens de failliete boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan. Van kennelijk onbehoorlijk bestuur is reeds sprake als één van de bestuurders zich daaraan schuldig heeft gemaakt: dit wordt aan het gehele bestuur toegerekend. Omdat het een aansprakelijkheid jegens de boedel betreft, ofwel jegens de schuldeisers van de rechtspersoon, wordt deze aansprakelijkheid doorgaans gezien als een vorm van externe aansprakelijkheid.⁴⁴

Met het woord ‘kennelijk’ wordt duidelijk gemaakt dat het onbehoorlijke karakter van het handelen of nalaten van het bestuur buiten kijf moet staan en dat er in geval van twijfel geen aansprakelijkheid ontstaat. Onbehoorlijk bestuur moet worden onderscheiden van ‘onzakelijk’, ‘ondoordacht’, ‘onverstandig’ of ander voor de (schuldeisers van de) rechtspersoon nadelig uitgevallen bestuur dat op zichzelf niet onbehoorlijk behoeft te zijn. In de term ‘onbehoorlijk’ moet vooral het element van ‘verwijtbaarheid’ worden gelezen: gedrag dat in het bijzonder ten aanzien van de schuldeisers als onbehoorlijk moet worden aangemerkt. Materieel komt dit neer op de ernstig verwijt-maatstaf.⁴⁵

In de wet is bepaald dat de bestuurder niet aansprakelijk is indien hij bewijst dat hem, mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken en de periode gedurende welke hij in functie is geweest, geen ernstig verwijt treft ter zake van het onbehoorlijk bestuur dat een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement, en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden (art. 2:16 lid 4 BW).

⁴² Vgl. voor Nederland *Kamerstukken II*, 1983-1984, 16 631, nr. 6, p. 20 (MvA). De Minister geeft aan dat er geen reden is om wat betreft de rechtsgrond van de aansprakelijkheid onderscheid te maken tussen situaties in en buiten faillissement, en dat onbehoorlijke taakvervulling grondslag kan zijn zowel voor aansprakelijkheid van de bestuurders tegenover de vennootschap als voor aansprakelijkheid tegenover de schuldeisers van de vennootschap. De beide aansprakelijkheden liggen in elkaars verlengde. Volgens de Minister gaat de uit (thans) art. 2:9 BW-NL voortvloeiende aansprakelijkheid verder dan de aansprakelijkheid jegens de schuldeisers, omdat gedrag dat schadelijk is voor de vennootschap maar die niet tot haar faillissement leidt, reeds grond kan zijn voor een actie tegen de bestuurders. De Minister betoogt dat in zoverre een grotere verantwoordelijkheid van de bestuurders ten opzichte van de vennootschap ligt dan ten opzichte van de schuldeisers. Volgens de Minister (MvA, p. 34) hebben de art. 2:9 BW-NL en 2:138/248 BW-NL een gemeenschappelijke grondslag. Dit geldt ook in Curaçao en wel voor de art. 2:14 BW en art. 2:16 BW.

⁴³ HR 8 juni 2001, *JOR* 2001, 171 (*Panmo*) en HR 12 februari 2016, *JOR* 2016, 223, m.nt. Borrius (*Langelaar/Velenturf q.q.*).

⁴⁴ De curator dient (primair) de belangen van de crediteuren te behartigen en de boedel is in dat verband niet meer dan een juridische constructie ten behoeve van de crediteuren.

⁴⁵ Vgl. Timmerman (a.w. 2017), p. 39.

Er geldt echter een dubbel wettelijk (weerlegbaar) vermoeden wanneer niet is voldaan aan de administratieplicht van art. 2:15 BW of de jaarrekening niet tijdig is of wordt opgemaakt (art. 2:16 lid 2 BW).⁴⁶ In dat geval wordt vermoed

- (i) dat er ook voor het overige sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijk bestuur en
- (ii) dat onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

Wat de administratieplicht en de plicht tot het (tijdig) opmaken van de jaarrekening betreft, wordt een onbelangrijk verzuim niet in aanmerking genomen. Wat onbelangrijk is wordt mede beoordeeld aan de hand van het beginsel van redelijkheid en billijkheid. Het enkele feit dat de tijdig opgemaakte jaarrekening niet voldoet aan de wettelijke of statutaire maatstaven is niet voldoende voor het intreden van het vermoeden. Voor de vraag of aan de administratieplicht is voldaan geldt als maatstaf of de administratie zodanig is dat men snel inzicht kan krijgen in de debiteuren- en crediteurenpositie op enig moment, en dat deze posities en de stand van de liquiditeiten, gezien de aard en de omvang van de onderneming, een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie. Het bewijsvermoeden van art. 2:16 lid 2 BW is niet reeds van toepassing indien op enig moment in de driejaarsperiode voor het faillissement niet (volledig) aan de administratieplicht zou zijn voldaan. Het moet gaan om een wezenlijk verzuim, wat mede kan afhangen van de periode dat niet aan deze verplichting werd voldaan en van de aard van de tekortkomingen. Verder geldt dat het in het zicht van het faillissement nog even gauw op orde brengen van de administratie, niet aan toepassing van het vermoeden in de weg staat. Voor de toepassing van het vermoeden zal dienen te worden beoordeeld of en op welke wijze gedurende de genoemde driejaarsperiode aan de administratieplicht werd voldaan. Daarbij moet worden bedacht dat een a

Aan een jaarrekening worden in dit verband overigens geen al te hoge eisen gesteld: deze hoeft niet te voldoen aan de wettelijke of statutaire inrichtingsvereisten (art. 2:16 lid 2 BW).⁴⁷ Als het stuk maar serieus is opgesteld en enigszins op een jaarrekening lijkt en als zodanig kan worden aangemerkt, is dat al voldoende om de bewijsvermoedens buiten toepassing te laten. Het is in dat verband niet vereist dat de jaarrekening een zo getrouw mogelijk beeld geeft; er mag zelfs sprake zijn van belangrijke tekortkomingen, al zullen enkele krabbels op de achterkant van een bierviltje de toets der kritiek niet kunnen doorstaan.

Een redelijke uitleg van de wet brengt met zich dat voor het ontzenuwen van het bewijsvermoeden volstaat dat de aangesproken bestuurder aannemelijk maakt dat andere feiten

⁴⁶ In het geval de jaarrekening niet tijdig wordt opgemaakt (er bestaat geen met Nederland vergelijkbare publicatieplicht) wordt dus vermoed dat ook voor het overige sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijk bestuur en ligt het op de weg van de aangesproken (ex-)bestuurder om feiten te stellen die dit vermoeden kunnen ontzenuwen. Vgl. Gerecht in Eerste Aanleg Curaçao 16 april 2018, ECLI:NL:OGECAC:2018:69, Rechtspraakbundel (2020), nr. 32 (*De Winter q.q./Carmanco*). Zie voor het hoger beroep (de noot van K. Frielink en M.V.R. Snel bij) GHvJ (Curaçao) 14 april 2020, ECLI:NL:OGHACMB:2020:76 (*Carmanco/De Winter q.q.*) en ECLI:NL:OGHACMB:2020:77 (*Cyberluck/De Winter q.q.*), *Cjb* 2 (2020), p. 178-201.

⁴⁷ Zie echter Gerecht in Eerste Aanleg Curaçao 16 april 2018, ECLI:NL:OGECAC:2018:69 (*mr. De Winter q.q./Carmanco*) en mijn commentaar bij die uitspraak in Rechtspraakbundel (2020), nr. 32.

of omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Beroept een bestuurder zich in dat geval op een van buiten komende oorzaak (bijvoorbeeld het wegvallen van een belangrijke afnemer, de algehele economische neergang, kredietopzegging door de bank, afbranden van een bedrijfspand) en maakt de curator hem het verwijt dat hij ook heeft nagelaten het intreden van die van buiten komende oorzaak te voorkomen (bijvoorbeeld door willens en wetens niet aan de verzekeringsvoorwaarden te voldoen waardoor geen uitkering plaatsvindt), dan moet de bestuurder ook feiten en omstandigheden stellen en zonodig aannemelijk maken waaruit blijkt dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert. Slaagt de bestuurder daarin, dan is het weer aan de curator om aannemelijk maken dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling toch mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.⁴⁸

Het bepaalde in het tweede lid (inzake het bewijsvermoeden) vindt overigens geen toepassing ten aanzien van de bestuurder die bewijst dat hem, mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken en de periode gedurende welke hij in functie is geweest, geen ernstig verwijt treft ter zake van het niet voldoen aan de daar omschreven verplichtingen, en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om een verbeterde nakoming van die verplichtingen te bevorderen (art. 2:16 lid 5 BW). De bestuurder belast met de financiële administratie zal zich hierop in de regel niet kunnen beroepen. Was hij bijvoorbeeld slechts kort in functie dan kan dat anders liggen.

De vordering kan slechts worden ingesteld op grond van onbehoorlijke taakvervulling in de periode van drie jaren voorafgaande aan het faillissement of de daaraan voorafgaande surseance van betaling (art. 2:16 lid 3 BW). Is aan de bestuurder kwijting verleend dan staat dat aan het instellen van de vordering niet in de weg. De rechter heeft een matigingsbevoegdheid. De rechter kan het bedrag waarvoor de bestuurders of bepaalde bestuurders aansprakelijk zijn verminderen indien hem dit bovenmatig voorkomt, gelet op de aard en de ernst van het onbehoorlijk bestuur, de andere oorzaken van het faillissement, alsmede de wijze waarop dit is afgewikkeld (art. 2:16 lid 6 BW).

8. De aansprakelijkheid jegens derden uit onrechtmatige daad

Het leerstuk onrechtmatige daad is bij het vak privaatrecht aan de orde gekomen, en zal hier als zodanig niet worden besproken.⁴⁹ Afgezien van bijvoorbeeld een uitzonderlijk geval als

⁴⁸ HR 30 november 2007, *JOR* 2008, 29 m.nt. Borrius (*Blue Tomato B. V.*). Zie voor een instructief overzicht van de werking van stelplicht en bewijslast r.o. 5.1-5.7 van Hof Arnhem-Leeuwarden 6 december 2016, *JOR* 2017, 35 m.nt. Harmsen (*Holding/Van Lelyveld q.q.*). In Nederland is sprake van een onweerlegbaar vermoeden, maar dat moet worden gerelativeerd. Zie Timmerman (a.w. 2017), p. 39-40. Wat het Nederlandse recht betreft heeft de Hoge Raad verder bepaald dat het bewijsvermoeden van art. 2:138/248 lid 2 BW-NL ontzenuwd kan worden door aannemelijk te maken dat handelingen van een bestuurder die op zichzelf geen kennelijk onbehoorlijk bestuur opleveren, een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn. Ter ontzenuwing van het bewijsvermoeden kan dus een beroep worden gedaan op het handelen van een of meer bestuurders. HR 9 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1099 (mr. Lonis q.q.).

⁴⁹ Ik verwijs hier nog wel naar een bijzonder boeiend proefschrift over het leerstuk onrechtmatige daad: M.E. Franke, *Over de grens van de onrechtmatige daad. Een onderzoek naar de plaats van de rechtvaardiging in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2022.

groepsaansprakelijkheid, gaat het bij het leerstuk onrechtmatige daad altijd om persoonlijke aansprakelijkheid. Het uitgangspunt collegiaal bestuur, dus hoofdelijke aansprakelijkheid, geldt hier dus niet.

Karapetian⁵⁰ opent hoofdstuk 2 van haar proefschrift met de constatering dat de Hoge Raad in 1927 in het arrest Kretzschmar/Mendes de Leon⁵¹ voor het eerst overwoog dat bestuurders van rechtspersonen (jegens derden) persoonlijk aansprakelijk kunnen zijn indien zij een onrechtmatige daad hebben gepleegd.⁵² Zoals zij terecht constateert is er mede naar aanleiding van dit arrest in de literatuur aanhoudend gediscussieerd over het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid.

Er zijn wat betreft de onrechtmatige daad-situatie drie gevallen denkbaar waar het betreft de rechtspersoon en zijn bestuurder:

1. De bestuurder is in privé aansprakelijk en de rechtspersoon eveneens.
2. De rechtspersoon is aansprakelijk, maar de bestuurder zelf niet.⁵³
3. De bestuurder is in privé aansprakelijk, maar de rechtspersoon niet.

Uitgangspunt in het aansprakelijkheidsrecht is dat eenieder in beginsel alleen voor zijn eigen daden en nalatigheden aansprakelijk kan worden gehouden, behoudens welomschreven, op de wet gebaseerde, uitzonderingen.⁵⁴ Ook een rechtspersoon kan onrechtmatig handelen. De maatstaf voor toerekening is of een gedraging (een doen of nalaten) in het maatschappelijk verkeer als een gedraging van de rechtspersoon heeft te gelden. Onrechtmatige handelingen van bestuurders worden in het maatschappelijk verkeer (in de regel) als gedragingen van de rechtspersoon aangemerkt.⁵⁵

⁵⁰ A. Karapetian, *Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 2.1.

⁵¹ HR 25 november 1927, *NJ* 1928, p. 364 m.nt. Scholten (*Kretzschmar/Mendes de Leon*).

⁵² Dat een commissaris, tevens enig aandeelhouder, een wezenlijk aandeel had in het beleid en beheer van de vennootschap, welke vennootschap wordt verweten jegens een contractuele wedepartij wanprestatie te hebben gepleegd en onrechtmatig te hebben gehandeld, betekent niet dat hij reeds daarom uit hoofde van onrechtmatige daad aansprakelijk is jegens die wederpartij. Zie HR 7 november 1979, *JOR* 1998, 4 (*Kandel/Koolhaas*).

⁵³ F.G. Scheltema, 'De aansprakelijkheid van den directeur der Naamlooze Vennootschap', *De Naamlooze Vennootschap* 4 (1934), p. 105 noemt als voorbeeld, onder verwijzing naar de noot van Scholten bij de uitspraak Kretzschmar/Mendes de Leon, het geval dat de directeur van een NV een huis laat ontruimen, in de (onterechte) veronderstelling dat de huurovereenkomst waarbij de NV de verhuurster is, was beëindigd. Hij vervolgt: "Zou een willekeurige derde iemand uit het door dezen gehuurde huis verwijderen, dan zou hij stellig een onrechtmatige daad begaan, die hem schadelijk doet zijn. De directeur der n.v. daarentegen zou, in het gestelde geval, o.i. niet zonder kans op succes kunnen volhouden, dat hem dezelfde onrechtmatige daad niet, als een willekeurigen derde, kan worden aangerekend, wijl de omstandigheid, dat hij krachtens zijn ambt tot waarneming van de belangen der n.v. gehouden is, redelijkerwijs zijn schuld uitsluit."

⁵⁴ Vgl. HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6018, *JOR* 2006, 90 (*Ontvanger/Voorsluijs*).

⁵⁵ Asser/Kroeze 2-I (2021), nr. 81 en 97.

Een bestuurder kan in die hoedanigheid onrechtmatig handelen jegens een derde, met als gevolg dat hij naast de rechtspersoon aansprakelijk is voor de daardoor ontstane schade (art. 6:162 BW). De derde jegens wie door de bestuurder onrechtmatig wordt gehandeld kan bijvoorbeeld een schuldeiser of cliënt van de rechtspersoon zijn.⁵⁶

De hoge drempel voor aansprakelijkheid en de discolpatiemoogelijkheden van art. 2:14 BW, van toepassing in de relatie tussen de rechtspersoon en zijn bestuurders (dat betreft de interne aansprakelijkheid), zijn eveneens van toepassing in het geval dat een bestuurder (in die hoedanigheid) uit hoofde van onrechtmatige daad door een derde wordt aangesproken.⁵⁷ Als bijvoorbeeld sprake is van betalingsonwil van een bestuurder waardoor een schuld van de vennootschap niet wordt voldaan,⁵⁸ of in het geval dat de bestuurder namens de vennootschap een verplichting aangaat terwijl hij weet of redelijkerwijs behoort te weten dat die verplichting door de vennootschap niet kan worden nagekomen, terwijl deze evenmin in staat zal zijn de daaruit voortvloeiende schade te vergoeden,⁵⁹ of wanneer de bestuurder bewerkstelligd of toegelaten heeft dat de door hem bestuurde vennootschap een eerder door haar aangegane overeenkomst niet nakomt en daardoor aan de wederpartij van de vennootschap schade berokkent,⁶⁰ dan kan de bestuurder daarvoor persoonlijk aansprakelijk worden gesteld. De bewijslast dat hij de vereiste wetenschap had, rust in beginsel op de wederpartij.

Het is niet altijd aanstonds duidelijk of degene die een onrechtmatige daad pleegt dat doet in de hoedanigheid van bestuurder. Het onderscheid is echter wel van belang, aangezien alleen voor het doen en laten als bestuurder de genoemde hoge drempel geldt. De uitspraak van de Hoge Raad inzake de *Spaanse Villa* (ook wel bekend als *Van de Riet/Hoffmann c.s.*)⁶¹ heeft inzake dit onderwerp voor de nodige discussie gezorgd. In deze zaak ging het om een (indirect) bestuurder van een vennootschap die – zonder dat partijen een overeenkomst hadden gesloten – had bemiddeld bij de aankoop van een villa in Spanje. Na de aankoop vernamen de nieuwe eigenaren dat de villa was afgebroken omdat voor de bouw nimmer een bouwvergunning was afgegeven en

⁵⁶ Zie voor diverse mogelijkheden ook S.M. Bartman, A.F.M. Dorresteyn en M. Olaerts, *Van het concern*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, nr. 8.3.1.

⁵⁷ Asser/Kroeze 2-I (2021), nr. 98 en N. Kreileman, *De niet-uitvoerende bestuurder in een one tier board* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2020, par. VII.4.2.

⁵⁸ HR 3 april 1992, *NJ*1992, 411 m.nt. Maeijer (*Van der Vliet*). Zie voor de Caribische delen van het Koninkrijk Gemeenschappelijk Hof van Justitie 9 oktober 2015, Ghis 71394 - AR 06/13-H 414/14 (*Windward Roads/Neuss*), te vinden in de Rechtspraakbundel (2020), nr.26. Denkbaar is dat de rechtspersoon wanprestatie pleegt jegens een derde maar geen onrechtmatige daad, terwijl de bestuurder ter zake van die wanprestatie een onrechtmatige daad jegens die derde pleegt. Zie Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* (2015), nr. 102.

⁵⁹ HR 10 juni 1994, *NJ*1994, 766 (*Romme/Bakker*) en HR 5 november 1999, *NJ*2000, 35 (*Cunera*).

⁶⁰ HR 18 februari 2000, *NJ*2000, 295 m.nt. Maeijer; *JOR* 2000, 56 (*New Holland Belgium/Oosterhof*).

⁶¹ HR 23 november 2012, *JOR* 2013, 40 m.nt. Van Andel en Rutten; *NJ*2013, 302 m.nt. Van Schilfgaarde (*Spaanse Villa*). Zie ook de Rechtspraakbundel (2020), nr. 18.

op dat stuk grond ook niet mocht worden gebouwd. Zij spraken de vennootschap en de bestuurder aan. Het Hof heeft de bestuurder aansprakelijk geoordeeld op de grond dat hij in strijd heeft gehandeld met een op hem persoonlijk rustende zorgvuldigheidsverplichting jegens verweerders, en niet op de grond dat hem als bestuurder het verwijt wordt gemaakt dat door zijn onbehoorlijke taakuitoefening de vennootschap in strijd heeft gehandeld met een op haar rustende zorgvuldigheidsverplichting jegens de kopers.

De Hoge Raad oordeelde dat voor een aansprakelijkheid van een bestuurder, die niet is gebaseerd op een tekortschietende of onbehoorlijke taakuitoefening als bestuurder, maar berust op een daarvan losstaande zorgvuldigheidsnorm, de gewone regels van onrechtmatige daad gelden. Dat houdt dan in het bijzonder in dat dan niet is vereist dat de bestuurder een ernstig verwijt van zijn handelen kan worden gemaakt. Dat geldt volgens de Hoge Raad ook in het geval waarin de onrechtmatige gedragingen van de bestuurder in het maatschappelijk verkeer (tevens) als gedragingen van de vennootschap kunnen worden aangemerkt, zodat ook de vennootschap uit eigen hoofde op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk gehouden kan worden.

In de zaak *Hezemans Air/Van der Meer*⁶² heeft de Hoge Raad zijn uitspraak inzake de Spaanse Villa verduidelijkt. De Hoge Raad geeft aan dat het arrest Spaanse Villa niet betrekking had op het handelen van de betrokkene bij zijn taakvervulling als bestuurder van een vennootschap, maar op de vraag of de betrokkene, optredend als deskundig bemiddelaar (dienstverlener), had gehandeld in strijd met een op hem in die hoedanigheid van deskundig bemiddelaar rustende zorgvuldigheidsnorm.⁶³ Het Hof had in die zaak geoordeeld dat niet de vennootschap, maar de betrokkene zelf als bemiddelaar was opgetreden. In dat geval geldt de verzwaarde maatstaf voor bestuurdersaansprakelijkheid (ernstig verwijt) niet. De hoge drempel voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover een derde wordt immers gerechtvaardigd door de omstandigheid dat ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de vennootschap en door het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen. Uit het arrest inzake de Spaanse Villa blijkt dat dit niet uitsluit dat de onrechtmatige gedragingen van de betrokkene in voorkomend geval in

⁶² HR 5 september 2014, *NJ*2015, 21 m.nt. Van Schilfgaarde en *JOR* 2014, 296 m.nt. Kroeze (*Hezemans Air/Van der Meer*). Zie ook de Rechtspraakbundel (2020), nr. 22.

⁶³ Zie voor een kritische (dogmatische) beschouwing F.M.J. Verstijlen, 'Bestuurdersaansprakelijkheid in het gemene recht', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten, en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015*, Deventer: Kluwer 2015, p. 323-349. Verstijlen: "Zelfs als het waar is dat Van de Riet niet 'als bestuurder' c.q. 'in hoedanigheid van bestuurder' maar 'als deskundig bemiddelaar' optrad, blijft de vraag of, wanneer en waarom een persoon die bestuurder is van een vennootschap en optreedt in het kader van de werkzaamheid van de vennootschap – 'in haar (toerekenings)sfeer' – naar de 'normale' of de 'soepele' regels moet worden afgerekend." Verstijlen acht het onzuiver dat in het arrest Spaanse Villa onderscheid wordt gemaakt tussen (i) een bestuurder die in strijd heeft gehandeld met een op hem persoonlijk rustende zorgvuldigheidsverplichting en (ii) de bestuurder aan wie het verwijt wordt gemaakt dat door zijn onbehoorlijke taakuitoefening de vennootschap in strijd heeft gehandeld met een op de vennootschap rustende zorgvuldigheidsverplichting. Ook in dat laatste geval wordt de bestuurder volgens hem niet aansprakelijk gehouden voor de onrechtmatige daad van de vennootschap, maar voor het feit dat de bestuurder persoonlijk tegenover de derde over de schreef is gegaan. In zijn visie schendt de bestuurder in beide gevallen een eigen zorgvuldigheidsnorm, die constitutief is voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad.

het maatschappelijk verkeer tevens kunnen worden aangemerkt als gedragingen van de vennootschap waarvan hij bestuurder is, met als gevolg dat (ook) de vennootschap uit eigen hoofde op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk kan worden gehouden.

Of een persoon optreedt in de hoedanigheid van bestuurder moet worden bepaald aan de hand van de feiten en omstandigheden van het geval. Die vaststelling vindt pas plaats in het kader van een aansprakelijkheidsprocedure. Hier wordt volstaan met de opmerking dat er geen “welomschreven” concrete grenzen bestaan, zodat makkelijk onduidelijkheid kan ontstaan en sprake is van een grijs gebied. Bovendien kan het zo zijn dat de rechtspersoon een contractuele relatie heeft met de gedupeerde (cliënt) op grond waarvan diensten worden verleend, maar de bestuurder per definitie geacht wordt die diensten *niet* in de hoedanigheid van bestuurder te verlenen. In de zaak *Breeweg/Wijnkamp*⁶⁴ overwoog de Hoge Raad dat voor het aanvaarden van de verhoogde aansprakelijkheidsdrempel slechts plaats is met betrekking tot het handelen van betrokkene bij zijn taakvervulling als bestuurder van een vennootschap die door een toerekenbare tekortkoming of een onrechtmatige daad schade heeft veroorzaakt. Gaat het om een vordering die berust op een onrechtmatige daad gepleegd door (in dit geval) een advocaat, welke onrechtmatige daad is gelegen in de wijze waarop hij de werkzaamheden feitelijk heeft verricht, dan betreft dit zijn aansprakelijkheid als beroepsbeoefenaar en niet zijn aansprakelijkheid als bestuurder van een vennootschap. De bijzondere nevenhoedanigheid van de bestuurder is hier dus relevant en staat aan een beroep op de hoge drempel in de weg. Met andere woorden: de advocaat handelde niet als bestuurder.⁶⁵ In dat geval wordt de hoge drempel dan ook niet toegepast.⁶⁶

Een hele scherpe grens is niet altijd te trekken als het gaat om de vraag wanneer een bestuurder van een rechtspersoon wel en niet in die hoedanigheid handelt. De in eerder genoemde bakker bakt zijn brood als beroepsbeoefenaar en niet als bestuurder, maar hoe moet tegen zijn broodbakactiviteit worden aangekeken als daarbij hinder bij de burens wordt veroorzaakt doordat hij uit kostenoverwegingen verouderde (en sterk vervuilende) ovens heeft aangeschaft? Of het geval dat de bakker reclame maakt (een bestuurshandeling) voor een bijzonder

⁶⁴ HR 18 september 2015, *JOR* 2015, 289 m.nt. Kortmann (*Breeweg/Wijnkamp*).

⁶⁵ M.J. Kroeze in zijn noot onder de uitspraak inzake de Spaanse Villa in *Ondernemingsrecht* (6) 2013, p. 243-246, stelt dat het bemiddelen bij onroerend goedtransacties niet als een bestuurshandeling is aan te merken, net zomin als het aanleggen van een waterleiding door een loodgieter of het geven van een advies door een advocaat, ook al zijn zij (tevens) bestuurder-aandeelhouder van hun vennootschap. De beroepsuitoefening zou volgens hem zonder vennootschap niet wezenlijk anders zijn, zodat toepassing van de verzwaarde aansprakelijkheidsmaatstaf van ‘ernstig verwijt’ niet van toepassing behoort te zijn, omdat die zou leiden tot onwenselijke gevolgen voor het hele onrechtmatigedaadsrecht. Met de oprichting van een vennootschap zou een pleger zich buiten het reguliere onrechtmatigedaadsrecht kunnen plaatsen en voor zichzelf een verzwaard aansprakelijkheidsregime in het leven kunnen roepen.

⁶⁶ Timmerman (a.w. 2017), p. 28-31 wijst er ook op dat beoefenaren van een beroep, die gebruik maken van een praktijkvennootschap maar aan beroepsregels zijn gebonden, geen aanspraak op toepassing van de ernstig verwijtmaatstaf kunnen maken als zij uit hoofde van een beroepsfout aansprakelijk worden gesteld. Gedacht kan worden aan advocaten, notarissen, medici, accountants en makelaars.

gezondheidsbrood, terwijl de afnemers er achter komen dat het brood de relevante eigenschappen ten enenmale mist?⁶⁷

Het onderscheid is ook van belang wat betreft de (mogelijke) aansprakelijkheid van quasi-bestuurders, die in dit opzicht alleen met (formele) bestuurders gelijkgesteld kunnen worden voor zover hun doen en laten als bestuurshandelen en –nalaten kan worden aangemerkt.

9. Hindsight bias

Met de kennis van nu zouden we zaken anders hebben aangepakt, zo is geregeld te horen. Met andere woorden: de betrokkene wil afgerekend worden op enkel de kennis die hij destijds had, zonder de kennis die er inmiddels is, bijvoorbeeld de wetenschap dat en waarom een bepaald project volledig is mislukt. De angst van een aansprakelijk gestelde partij is dat de kennis van nu, het beeld van de tot oordelen geroepen rechter inkleurt (vertroebelt) en hij dus aan een strengere maatstaf wordt onderworpen dan wanneer de rechter enkel over de ‘historische’ kennis zou beschikken, dus de kennis waarover de aangesprokenen destijds beschikte (of had horen te beschikken). Dit onderwerp betreft niet specifiek de quasi-bestuurder, maar is ook voor deze figuur relevant.⁶⁸

Of de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt moet worden beoordeeld op grond van hetgeen de bestuurder wist of kon voorzien ten tijde van de gewraakte handeling. Als met de kennis van nu wordt gekeken naar gebeurtenissen uit het verleden dan is de blik per definitie vertroebeld. Het is immers bekend tot welke gevolgen de gebeurtenissen hebben geleid en het is moeilijk, wellicht onmogelijk feiten en omstandigheden ex ante te beoordelen zonder dat het feit dat de uitkomst bekend is (de gevolgen bekend zijn) daarop invloed heeft (het gevaar van hindsight bias). Aan de psychologische kant van dit fenomeen wordt verder geen aandacht besteed. Het volstaat hier om te constateren dat het maar al te menselijk is dat mensen het verleden door de bril van het heden zien en dat daarmee (onbewust) de perceptie van dat verleden (sterk) kan afwijken van de feiten zoals die zich in het verleden hebben voorgedaan.⁶⁹ Denk in dit verband aan al degenen die, nadat zich een ernstige gebeurtenis, zoals een economische crisis, heeft aangediend, stellen die te hebben voorspeld en daarvoor te hebben gewaarschuwd: het geloof of idee dat de eigen voorspellingen meer precies waren dan ze in werkelijkheid zijn. Denk in dit verband ook aan bijvoorbeeld een reactie langs de lijn “*Ik had het je kunnen voorspellen!*” Denk ook aan reacties op de aankondiging van een bevriend stel dat ze gaan scheiden: “*Dat had ik altijd al gedacht. Ze waren te verschillend.*” of “*Dat had ik altijd al gedacht. Ze lijken te veel op elkaar.*” Ter voorkoming van misverstanden: degenen die zoiets

⁶⁷ Aan regels van consumentenbescherming en misleidende reclame ga ik hier voorbij.

⁶⁸ Zie hierover meer uitgebreid K. Frielink, ‘Terugkijken door een vertroebelde bril. Over mentale misleiding: de invloed van hindsight bias, het Knobe-effect en gekleurde vraagstelling op aansprakelijkheid’, *Nieuwsbrief Antilliaanse Juristen Vereniging* 1 (2021-2022), p. 10-16.

⁶⁹ Overigens is de hier verder buiten beschouwing te laten ‘*outcome bias*’ ook mogelijk, al zie ik die als een categorie van de hindsight bias. Denk in dit verband aan de (onbewuste) aanname dat degene die grote schade heeft veroorzaakt, wel roekeloos moet zijn geweest.

stellen kunnen (en zullen in veel gevallen) volkomen te goeder trouw zijn en volledig in hun stellingname geloven. En precies daarin schuilt meer in het algemeen het gevaar van hindsight bias.

In zaken die de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen betreffen gaat het altijd om feiten en gebeurtenissen uit het verleden, een ver dan wel minder ver verleden. Ingeval de rechter moet oordelen over de vraag of een bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt dan moet hij (trachten) zich in die bestuurder te verplaatsen ten tijde van het verweten handelen of nalaten. Hij moet zich ervan bewust zijn dat niet de vraag voorligt of hij het redelijk vindt dat de gevolgen voor rekening en risico van de betrokken bestuurder dienen te komen, bijvoorbeeld omdat de gelaedeerde ernstig in zijn vermogen is getroffen en de bestuurder voldoende draagkrachtig is.

Overigens kan de advocaat die de gedaagde partij bijstaat het nodige doen om het risico van hindsight bias te voorkomen. Stel dat de betrokkene aansprakelijk is gesteld op grond van een vijf jaar geleden geïnitieerd project dat finaal mislukt is en de rechtspersoon en derden aanzienlijke schade heeft opgeleverd. De betrokken advocaat zal grondig onderzoek moeten doen naar de relevante aspecten om te bepalen welke verweren hij zal aanvoeren. In de eerste plaats zal hij de voorfase moeten onderzoeken – de fase voorafgaand aan het besluit zelf - om vast te stellen wie er allemaal bij betrokken waren, wat de argumenten voor en tegen waren, welke belangen en risico's in kaart zijn gebracht en zijn afgewogen, welke experts zijn ingeschakeld, hoe de voorbereiding van het besluitvormingsproces was en welke informatie wel en niet is gedeeld. Op vergelijkbare wijze zal hij naar de vergadering waarin het besluit is genomen moeten kijken. Van belang kan zijn wie daaraan hebben deelgenomen, wat de inhoud van de discussie was, over welke informatie de deelnemers beschikten, wat de rol en functie van die deelnemers was, of druk is uitgeoefend en door wie, en dergelijke. Vervolgens moet naar de implementatie en uitvoering van het project worden gekeken, en in kaart worden gebracht wat er mis ging, wanneer en waarom, en welke maatregelen ter redressering van de schade zijn genomen, en wie daar allemaal bij waren betrokken en wat hun rol was. Een en ander is hier kort geschetst, maar het belang van grondig, voorbereidend onderzoek door de behandelend advocaat moet niet worden onderschat. Wil men het risico van hindsight bias zoveel mogelijk zien te voorkomen, dan moet dit onderwerp expliciet worden genoemd, en moet aan de hand van een duidelijke tijdlijn aan de rechter duidelijk gemaakt worden welke wetenschap op welk moment (en bij wie) bestond en hoe daarop, om het modern te zeggen, is geacteerd (of juist niet). De vraag in dat verband of de aansprakelijk gestelde persoon als quasi-bestuurder moet worden aangemerkt zal, in eerste instantie vanuit het perspectief van de behandelend advocaat, mede op grond van de duidelijk in kaart gebrachte feiten moeten worden beoordeeld.

Behalve aan het risico van hindsight bias moet in een voor de rechter gebrachte kwestie wellicht ook rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat de rechter normen uit het hier en nu, toepast op een feitencomplex uit een ver(der) verleden. In zoverre is er verwantschap met de hindsight bias, dat bijvoorbeeld het oordeel van de rechter over de inhoud van maatschappelijke zorgvuldigheidnormen zoals die thans (algemeen) worden aanvaard, wordt geprojecteerd op dat verre of verdere verleden.

10. De quasi-bestuurder

Onder bestuurder wordt in Boek 2 BW verstaan de formele of statutaire bestuurder die in overeenstemming met de wet en de statuten van de betrokken rechtspersoon is benoemd.⁷⁰ Ik richt mij vanaf nu op de overige ‘bestuurders’ en gebruik daarvoor de term quasi-bestuurder als overkoepelend begrip. Het begrip ‘quasi’ wordt gebruikt om aan te geven dat iets niet is wat het lijkt. Dat een persoon er uitziet als een bestuurder, zich gedraagt als een bestuurder en praat als een bestuurder, betekent niet dat hij ook een bestuurder *is*.

In art. 2:16 lid 9 BW (dat gaat over bestuurdersaansprakelijkheid in het geval dat een rechtspersoon failliet is verklaard) is bepaald dat met een bestuurder wordt gelijkgesteld degene die gedurende enig tijdvak binnen de periode van drie jaar (zie lid 3) het beleid van de rechtspersoon heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder. Het gaat hier om het fenomeen dat ik quasi-bestuurder noem.⁷¹ Een quasi-bestuurder kan ook jegens de rechtspersoon en jegens derden uit hoofde van onrechtmatige daad aansprakelijk zijn.

De quasi-bestuurders kunnen in categorieën kunnen worden ingedeeld. Ik heb de volgende indeling gemaakt:⁷²

De facto of feitelijke bestuurder te goeder trouw

Het gaat hier om de persoon die zelf handelt of zich gedraagt als bestuurder, maar géén statutaire bestuurder is. Voorbeelden:

- De bestuurder die is benoemd op basis van een gebrekkig benoemingsbesluit en die in de veronderstelling verkeert rechtsgeldig tot bestuurder te zijn benoemd.
- De bestuurder wiens benoemingstermijn onopgemerkt is verstreken.
- Een Executive Committee dat zodanig is georganiseerd dat de leden daarvan – wel en geen lid van het formele bestuur – gezamenlijk het beleid vaststellen.
- Degene die als zaakwaarnemer in het bestuur van een stuurloze rechtspersoon voorziet.

De facto of feitelijke bestuurder niet te goeder trouw

⁷⁰ Daaronder valt ook de persoon die bevoegd in het bestuur waarneemt op grond van een statutaire bepaling die belet en ontstentenis regels alsmede een door de rechter benoemde (tijdelijke) bestuurder.

⁷¹ Zie daarover uitvoerig J.E. van Nuland, *Beleidsbepaling en aansprakelijkheid. Een drieluik over de feitelijke beheersing van vennootschappen* (diss. Maastricht), Maastricht: Maastricht University 2020.

⁷² Voor het eerste gepubliceerd in 2018. Zie K. Frielink, ‘De quasi-bestuurder naar Nederlands en Nederlands Caribisch rechtspersonenrecht’, *Ondernemingsrecht* 10/11 (2018), p. 483-495. Zie nader K. Frielink, *De quasi-bestuurder in het rechtspersonenrecht. Over rechtsbeginselen, aansprakelijkheid en verplichtingen* (diss. Curaçao) (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut nr. 174), Deventer: Wolters Kluwer 2022. Zie voor een ultrakorte samenvatting van mijn proefschrift: K. Frielink, ‘Drie stellingen: De quasi-bestuurder in het rechtspersonenrecht. Over rechtsbeginselen, aansprakelijkheid en verplichtingen (diss. Curaçao) (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 174)’, *WPNR* 7355 (2022), p. 52-57.

Het gaat hier om de persoon die (zonder redelijke grond, dus) eigenmachtig handelt of zich eigenmachtig gedraagt als bestuurder, maar géén statutaire bestuurder is. Voorbeelden:

- De commissaris die zonder daartoe bevoegd te zijn namens de rechtspersoon een rechtshandeling aangaat.
- De aandeelhouder die continu binnen de onderneming of organisatie van de rechtspersoon aanwezig is, zich als de baas gedraagt, de gesprekken met de bank, de belastingdienst en de leveranciers voert, en ongevraagd de bestuursvergaderingen voorziet.

De feitelijke schaduwbestuurder

Het gaat hier om de persoon die – niet zijnde een statutaire bestuurder - zodanige invloed op het statutaire bestuur (of één of meer statutaire bestuurders) uitoefent dat (de meerderheid in) het bestuur zich gedwongen voelt te handelen overeenkomstig diens wensen of instructies.

Voorbeelden:

- De aandeelhouder die bovenmatig dwingend zijn wil aan het bestuur oplegt.
- Werknemers die structureel met stakingen en stakingsdreigingen een bepaald beleid afdwingen.

De formele schaduwbestuurder te goeder trouw

Het gaat hier om de persoon die – niet zijnde een statutaire bestuurder – in goed overleg met het statutaire bestuur (of een meerderheid van de bestuurders) heeft afgesproken dat zijn wensen (in beginsel) zullen worden uitgevoerd. Voorbeelden:

- De opdrachtgever (principaal) van een trustkantoor, die met dat kantoor, dat als bestuurder van zijn vennootschap zal fungeren, (gedetailleerde) afspraken heeft gemaakt over het te voeren beleid.
- Aandeelhouders van een familiebedrijf, deels wel en niet daarin werkzaam, die een groot aantal afspraken met het bestuur hebben gemaakt inzake de strategie van het bedrijf voor de korte en lange(re) termijn.

De formele schaduwbestuurder niet te goeder trouw

Het gaat hier om de persoon die – niet zijnde een statutaire bestuurder – afspraken heeft gemaakt met het statutaire bestuur, die er op neerkomen dat de rechtspersoon gebruikt zal worden voor criminele of schimmige zaken. Voorbeelden:

- Een katvanger is de formele bestuurder van een rechtspersoon die wordt gebruikt voor het ‘opvangen’ van betalingen die consumenten doen wanneer ze denken een aankoop op een officiële website te doen, maar in feite met de website van oplichters te maken hebben. De oplichter is hier de formele schaduwbestuurder.
- Een stichting wordt opgericht, waarna aan de schaduwbestuurder toekomstige vermogensbestanddelen in die stichting worden ingebracht om die aan verhaal door schuldeisers of het zicht van de belastingdienst te onttrekken. Een bevriende relatie wordt de bestuurder.

De titulaire quasi-bestuurder

Het gaat hier om de persoon die – niet zijnde een statutaire bestuurder – met (het statutaire bestuur van) een rechtspersoon is overeengekomen dat hij een (groot) aantal bestuurstaken (zelfstandig) zal uitvoeren. Het gaat om een feitelijke bestuurder te goeder trouw, zij het dat die als veelvuldig voorkomend fenomeen apart wordt behandeld. Voorbeelden:

- Een filiaalchef met vergaande bevoegdheden.
- Een titulaire bedrijfs- of kantoordirecteur met (nagenoeg) onbeperkte bevoegdheden.

Wat het rechtspersonenrecht van Curaçao betreft zijn er twee gevallen waarin de wet - waar het gaat om het leerstuk aansprakelijkheid - een quasi-bestuurder op gelijke wijze behandelt als een formele bestuurder:

- (i) indien een commerciële rechtspersoon faillieert (art. 2:16 BW); en
- (ii) de gelijkstelling met bestuurders van een NV of BV van personen die, niet deel uitmakende van het bestuur van de vennootschap, voor zekere tijd of onder zekere omstandigheden, al dan niet krachtens een voor de vennootschap geldende regeling, het beleid van de vennootschap bepalen of mede bepalen als ware zij bestuurders (art. 2:138/248 BW).

We zullen nu eerst de verschillende verschijningsvormen van de quasi-bestuurder bespreken. Daarna kijken we meer specifiek naar de onderwerpen aansprakelijkheid en verplichtingen.

11. De feitelijke bestuurder (te goeder trouw/niet te goeder trouw)

Deze categorie betreft de persoon die (al dan niet eigenmachtig) handelt of zich (al dan niet eigenmachtig) gedraagt als bestuurder maar géén statutaire bestuurder is (de *de facto* bestuurder of feitelijke bestuurder). Er zijn hier enkele gevallen te onderscheiden.

Het eerste geval betreft de bestuurder die op goede gronden meent statutair bestuurder te zijn, maar waarvan achteraf bijvoorbeeld blijkt dat zijn benoemingsbesluit nietig is. Met andere woorden: hij is in dit opzicht te goeder trouw. Deze quasi-bestuurder dient wat zijn doen en laten betreft te worden behandeld als ware hij een statutaire bestuurder, en aan de vraag op grond van welke (feitelijke) handelingen hij als quasi-bestuurder zou moeten worden aangemerkt komt men niet toe. Hij is – incidenteel of voor langere tijd (structureel) – op de stoel van de bestuurder gaan zitten omdat hij meende een formele bestuurder te zijn. Aan de gevolgen voor de geldigheid van de besluitvorming waar deze bestuurder bij was betrokken ga ik hier voorbij.

Tot deze categorie reken ik ook de quasi-bestuurder (in dit geval de feitelijke bestuurder) die zich op grond van het leerstuk zaakwaarneming inlaat met het besturen van een rechtspersoon. Een belangrijk kenmerk van zaakwaarneming is dat daarvan alleen kan worden gesproken als iemand zich – willens en wetens en op redelijke grond – inlaat met de behartiging van de

belangen van iemand anders zonder de bevoegdheid daartoe aan een rechtshandeling of een elders in de wet geregelde rechtsverhouding te ontleen (art. 6:198 BW).

Een ander geval betreft de persoon die zich als bestuurder gedraagt in de wetenschap dat hij geen statutaire bestuurder is en zonder dat voor zijn bestuurshandelen een voldoende rechtvaardiging bestaat. Met andere woorden: hij is in dit opzicht niet te goeder trouw. Hij kan zich aldus gedragen om bijvoorbeeld zijn eigen belangen te dienen. Het kan daarbij gaan om een persoon binnen maar ook buiten de organisatie van de rechtspersoon. Ook kan worden gedacht aan een RvC die feitelijk aan het bestuur zijn autonomie (zelfstandige bestuursbevoegdheid) ontnemt, bijvoorbeeld door (nagenoeg) alle bestuursbesluiten aan voorafgaande goedkeuring te onderwerpen, om gedurende zekere tijd (feitelijk) zelf het bestuur over de rechtspersoon te voeren.⁷³ De betrokken commissarissen zijn dan als quasi-bestuurder aan te merken. Dat hiermee ook de governance-structuur wordt verbroken, doordat het toezichthoudende orgaan nu feitelijk bestuursorgaan is geworden, laat ik hier verder onbesproken.

12. De feitelijke schaduwbestuurder

Bij de feitelijke schaduwbestuurder⁷⁴ gaat het om de persoon die – niet zijnde een statutaire bestuurder - zodanige invloed op het statutaire bestuur (of één of meer statutaire bestuurders) uitoefent dat (de meerderheid in) het bestuur zich gedwongen voelt te handelen overeenkomstig diens wensen of instructies. Denk in dit verband onder meer aan de aandeelhouder die achter de schermen manipulatieve of van (ontslag)dreigementen voorziene invloed op het doen en laten van het bestuur uitoefent, waarbij het bestuur zich gedwongen voelt te handelen overeenkomstig de wensen van die aandeelhouder. Die aandeelhouder kan uiteraard ook de holding (moeder) in een concern zijn.

Het uitoefenen van genoemde invloed kan overigens positief uitpakken voor de betrokken rechtspersoon. Denk in dit verband aan de Forexx-zaak.⁷⁵ De quasi-bestuurder die in deze categorie valt noem ik de feitelijke schaduwbestuurder, omdat het formele bestuur de bestuurshandelingen verricht, en de invloed die hij uitoefent niet is gebaseerd op een contractuele afspraak en evenmin valt binnen de normale uitoefening van eventueel aan hem binnen de rechtspersoon toekomende bevoegdheden, bijvoorbeeld de bevoegdheid om bestuurders te ontslaan of een instructiebevoegdheid. De aandeelhouder die gebruikmaakt van bijvoorbeeld een

⁷³ Zie r.o. 4.2.6 GHvJ (Curaçao) 13 juni 2017, *JOR* 2017, 316 m.nt. Van den Heuvel en Van Hees (*OM/Integrated Utility Holding*).

⁷⁴ De quasi-bestuurder die voor de buitenwereld niet (altijd) zichtbaar is, wordt veelal schaduwbestuurder genoemd. Hij staat als het ware (onzichtbaar) in de schaduw van het statutaire bestuur. Het voor de buitenwereld niet zichtbaar zijn, is in dit verband overigens een ingeburgerd maar (bet)rekkelijk begrip: de betrokkene kan best zichtbaar zijn. Waar het in de kern op neerkomt, is dat hij niet zelf de bestuursdaden verricht, maar dat het formele bestuur die op zijn instigatie verricht. Anders gezegd: formeel ligt de ‘macht’ (de bestuursbevoegdheid) in handen van het statutaire bestuur, maar materieel (feitelijk) in handen van een ander.

⁷⁵ Rb Limburg (zp Roermond) 30 mei 2018, *JOR* 2018, 208 m.nt. Frielink; Rechtspraakbundel (2020), nr. 30 (*Forexx Company/Y*). Deze zaak betrof overigens een feitelijke bestuurder.

statutair verankerde instructiebevoegdheid is niet reeds op die grond als een schaduwbestuurder aan te merken. Dat wordt anders als hij door het uitoefenen van (grote) druk de bestuursautonomie aantast.

13. De formele schaduwbestuurder (te goeder trouw/niet te goeder trouw)

Deze categorie betreft de persoon die – niet zijnde een statutaire bestuurder – met het statutaire bestuur (of een meerderheid van de bestuurders) heeft afgesproken dat zijn wensen (in beginsel) zullen worden uitgevoerd (de formele schaduwbestuurder). Deze quasi-bestuurder handelt op basis van een gemaakte afspraak, en zijn positie heeft (in de regel) een structureel karakter aangezien hij voor langere tijd wil dat zijn wensen worden uitgevoerd. In dit verband kan worden gedacht aan de opdrachtgever van een trustkantoor (ook wel principaal genoemd), welk trustkantoor optreedt als formele bestuurder van een vennootschap waarvan de opdrachtgever de aandeelhouder of (anderszins) de uiteindelijk gerechtigde is. Het kan ook gaan om bijvoorbeeld een stichting waarvan de opdrachtgever de uiteindelijk gerechtigde tot het vermogen is. De trustbestuurder handelt hier te goeder trouw, in die zin, dat aan de gekozen opzet als zodanig niets mis is.

Ik wijs in dit verband nog op de zaak *Gainsford q.q./RSA*.⁷⁶ Daarin is de vraag aan de orde of het vermogen dat ten name van een Stichting Particulier Fonds (gevestigd in Curaçao) staat wel of niet in de failliete boedel valt van de insteller van de SPF, die tevens de persoon is die de oprichtersrechten houdt.⁷⁷ Het Gerecht te Curaçao overwoog dat de failliet de enige houder van de oprichtersrechten is, dat hij bevoegd is die aan anderen over te dragen, dat hij de ‘sole control authorities on the assets’ van de SPF heeft en dat hij de ‘ultimate beneficial owner’ van de SPF is. De combinatie van begunstiging, zeggenschap en de bevoegdheid de oprichtersrechten te doen overgaan op derden, leidt er volgens het Gerecht toe dat de oprichtersrechten hebben te gelden als een vermogensrecht in de zin van art. 3:6 BW. De oprichtersrechten zijn in die zin vergelijkbaar met de rechten van een enig aandeelhouder in een NV of BV, aldus het Gerecht. Dit betekent dat de oprichtersrechten in dit geval in het faillissement van de houder daarvan vallen. Het Gemeenschappelijk Hof te Curaçao overwoog dat op grond van de statuten van de SPF, in samenhang beschouwd met de ‘source of wealth declaration’ en de ‘letter of wishes’ en met inachtneming van de aard van de dienstverlening van een trustkantoor, moet worden aangenomen dat de failliet een zodanige contractueel gevestigde zeggenschap over de SPF heeft verkregen dat sprake is van in Curaçao aanwezig vermogen dat tot de failliete boedel behoort. Verder overwoog het Gemeenschappelijk Hof dat de curatoren met betrekking tot dat vermogen beheers- en beschikkingshandelingen mogen verrichten, waaronder inzage krijgen in de administratie van de SPF en een vervreemdingsverbod aan de SPF mogen opleggen. De in de ‘letter of wishes’ opgenomen voorziening dat in geval van faillissement de echtgenote van de failliet de oprichtersrechten overneemt, acht het hof in strijd met dwingend recht. De Hoge Raad heeft het beroep in cassatie zonder motivering, gezien art. 81 lid 1 RO, verworpen. Op basis van

⁷⁶ HR 7 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:851, *RvdW*2019, 691 (*Gainsford q.q./RSA*).

⁷⁷ Zie over (het karakter van) oprichtersrechten en de ‘letter of wishes’ K. Frielink, *Kort begrip van het Nederlands Caribisch Rechtspersonenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 7.3.

de feiten in deze zaak is mijns inziens de conclusie gerechtvaardigd dat de failliet als quasi-bestuurder dient te worden aangemerkt.

Een ander voorbeeld dat in deze categorie past is het Executive Committee (ExCo), waarbij bepaalde bestuurstaken (bijvoorbeeld in een op de statuten gebaseerd reglement) zijn opgedragen aan de leden daarvan die niet allemaal statutair bestuurder zijn. Denk aan leden van het hogere management die tezamen met het statutaire bestuur het beleid bepalen, waarbij een en ander zodanig is georganiseerd dat is afgesproken dat de meerderheid – in dit voorbeeld het hogere management – de beslissende stem heeft en het statutaire bestuur (in beginsel)⁷⁸ verplicht is uitvoering aan een genomen besluit te geven, ook als zij zelf (of een of meer van hen) tot een andere keuze waren gekomen.

De precieze status van het ExCo is onduidelijk, al wordt aangenomen dat het geen orgaan van de rechtspersoon is. Niet-statutaire bestuurders die lid zijn van een ExCo zouden als quasi-bestuurder kunnen worden aangemerkt. Of zij quasi-bestuurder zijn, zal (mede) afhangen van hoe het ExCo is georganiseerd en of de leden daarvan die geen formele bestuurder zijn, (incidenteel of structureel) beslissende invloed op de formele bestuurders kunnen uitoefenen (en de bestuursautonomie dus vrijwillig is ingeperkt) dan wel ‘slechts’ een adviserende stem hebben.⁷⁹ Worden zij als quasi-bestuurder aangemerkt dan lopen zij vervolgens een bestuurdersaansprakelijkheidsrisico. Het is overigens niet ongebruikelijk dat het hogere management betrokken is bij de beleidsvoorbereiding, -formulering en (onderlinge) -vaststelling. Het beleid moet immers zo breed mogelijk worden gedragen om effectief te kunnen worden uitgevoerd. Het enkele feit dat dit is geformaliseerd in een ExCo zou, zo wordt algemeen geleerd, geen verhoogd risico op persoonlijke aansprakelijkheid dienen mee te brengen.

Tot deze categorie reken ik ook het geval dat iemand gebruik maakt van een katvanger als formele bestuurder, omdat aan die relatie wel een of andere afspraak ten grondslag zal liggen. De formele bestuurder handelt hier niet te goeder trouw, aangezien met de gekozen opzet misbruik van het rechtspersonenrecht het oogmerk is. De katvanger-structuur zal waarschijnlijk veelal niet gedurende een hele lange periode bestaan, alleen al vanwege het risico dat dit misbruik wordt ontdekt, maar ondenkbaar is dit niet. Ook hier zou zich dus het geval kunnen voordoen dat op de formele schaduwbestuurder bestuursverplichtingen komen te rusten. Overigens kan bij de katvanger-structuur ook sprake zijn van een feitelijke bestuurder,⁸⁰ al ligt dat in de regel minder voor de hand.

⁷⁸ De formele bestuurders die deel uitmaken van een ExCo zijn niet als marionetten te beschouwen en behoren zich ook niet als zodanig te gedragen. Zij behouden hun eigen verantwoordelijkheid, en als zij van oordeel zijn dat door uitvoering van de beslissing van de ExCo de continuïteit van de rechtspersoon in gevaar zou komen dan dienen zij hieraan medewerking te weigeren.

⁷⁹ Vgl. r.o. 4.72 van Rb. Utrecht 15 februari 2012, *JOR* 2012/243, m.nt. Willems (*Kortekaas e.a./Fortis c.s.*).

⁸⁰ Zie de conclusie van A-G Bleichrodt van 7 april 2020, ECLI:NL:PHR:2020:342 in een strafzaak waarin een bestuurder (de verdachte) was afgetreden en iemand anders als formele bestuurder in zijn plaats was aangesteld (die is ingezet als katvanger of stroman), maar die nog wel als feitelijke bestuurder functioneerde. De A-G citeert het hof: “*Gezien hun eerdere verantwoordelijkheid blijven in ieder geval de laatst overgebleven formele en/of de feitelijke bestuurder en de commissaris verantwoordelijk voor een correcte 'overdracht' van de rechtspersoon aan de*

Bij de formele schaduwbestuurder gaat het er in de kern dus om dat het formele bestuur zich heeft verplicht (in beginsel) te handelen overeenkomstig de wensen van de schaduwbestuurder, en het bestuur dus vrijwillig zijn eigen bestuursautonomie heeft ingeperkt.

14. De titulaire quasi-bestuurder

Deze categorie ten slotte betreft de persoon die – niet zijnde een statutaire bestuurder – met (het statutaire bestuur van) een rechtspersoon is overeengekomen dat hij een (groot) aantal bestuurstaken (zelfstandig) zal uitvoeren (de titulaire quasi-bestuurder). Deze quasi-bestuurder handelt op basis van een overeenkomst (en is in dit opzicht als te goeder trouw aan te merken), en zijn positie heeft een structureel karakter. Tot deze categorie reken ik, kort gezegd, in beginsel alle personen die feitelijk tot de leiding van de rechtspersoon (en de daarmee verbonden onderneming of organisatie) behoren.⁸¹ Aan de hand van de feiten en omstandigheden zal dan moeten worden beoordeeld of de betrokkene zodanige zelfstandige bemoeienis met het besturen van de rechtspersoon heeft dat hij niet enkel als uitvoerend functionaris moet worden aangemerkt. Dat dit niet altijd eenvoudig zal zijn vast te stellen ligt in de aard van de materie besloten. De titulaire quasi-bestuurder kan wel (een groot deel van de) bestuurstaken uitoefenen, maar hij kan niet in die zin op de stoel van het bestuur zitten, dat hij ook bestuursbesluiten kan nemen. Het nemen van dergelijke besluiten is immers voorbehouden aan het formele bestuur, en bestuursleden kunnen zich in het kader van bestuursvergaderingen enkel door een andere formele bestuurder laten vertegenwoordigen. Uiteraard kan zich in de praktijk onder omstandigheden de vraag voordoen of de titulaire bestuurder binnen het kader van zijn bevoegdheden is gebleven. Hij zou bijvoorbeeld een rechtshandeling kunnen zijn aangegaan waarvoor een voorafgaand bestuursbesluit is vereist, maar dat niet (is verzocht en niet) is genomen. In dat geval is de titulaire bestuurder (voor die handeling) als een feitelijke bestuurder aan te merken.

15. De quasi-bestuurder van de failliet verklaarde rechtspersoon

Hetgeen hierna inzake externe aansprakelijkheid wordt opgemerkt geldt voor de NV en de BV. Op de overige rechtspersonen is deze wettelijke aansprakelijkheidsregeling alleen van toepassing voor zover aan deze rechtspersonen gedurende enig tijdvak binnen de hiervoor genoemde

curator en dus voor de naleving van de bewaar- en afgifteverplichtingen met betrekking tot de administratie. Aldus strekken de bewaarverplichtingen uit art. 2:10 BW-NL en/of art. 3:15i BW-NL zich ook uit tot de verdachte, als laatste feitelijke bestuurder van de gefailleerde. Het hof is van oordeel dat de verdachte door het in zijn plaats aanstellen van een zogenaamde katvanger niet zijn (in strafrechtelijke zin) wettelijke verplichtingen als bestuurder van de vennootschap kan ontlopen. Voor zover namens de verdachte is betoogd dat hij geen enkele bemoeienis heeft gehad met het administratieve deel van [C] B. V. en de hiervoor genoemde plicht hem niet tref, geldt dat hij feitelijk als bestuurder van de onderneming heeft gefungeerd en dat hij daarom ook in volle omvang aansprakelijk kan worden gesteld voor het verwaarlozen van de administratieplicht.” Het cassatieberoep in deze zaak is verworpen (HR 2 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:978).

⁸¹ Vgl. B.E.L.J.C. Verbunt en R.F. van den Heuvel, ‘De rol van toerekening van wetenschap bij aansprakelijkheid voor zuiver nalaten in het rechtspersonenrecht’, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2006-2007*, Deventer: Kluwer 2007, p. 204-205.

periode van drie jaren een onderneming in de zin van de Handelsregisterverordening toebehoorde, waarbij dan alleen onbehoorlijk bestuur gedurende dat tijdvak in aanmerking wordt genomen (art. 2:16 lid 10 BW). Aan de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij is per definitie een onderneming verbonden. Bij de ‘gewone’ vereniging en stichting behoort dit tot de mogelijkheden en, als daarvan sprake is, worden die doorgaans als commerciële vereniging en commerciële stichting aangeduid.

Art. 2:16 BW betreft de bestuurdersaansprakelijkheid indien een (commerciële) rechtspersoon is gefailleerd. Gaat een (commerciële) rechtspersoon failliet dan is iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort, indien er sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijk bestuur en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Onder tekort wordt verstaan het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan.

In art. 2:16 lid 9 BW is bepaald dat in dit verband met een bestuurder wordt gelijkgesteld degene die - gedurende het tijdvak bedoeld in art. 2:16 lid 3 BW - het beleid van de rechtspersoon heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder, dan wel als oprichter kennelijk onzorgvuldig heeft gehandeld. Het in lid 3 bedoelde tijdvak is de periode van drie jaren voorafgaande aan het faillissement of de in de zin van art. 238 Faillissementsbesluit 1931 daaraan voorafgaande surseance van betaling. Voor de volledigheid wordt opgemerkt dat in lid 9 tevens is bepaald dat de vordering niet kan worden ingesteld tegen een door de rechter benoemde functionaris, tenzij het gaat om het geval waarin ten name van een niet bestaande rechtspersoon een vermogen is gevormd, en de rechter alsnog statuten vaststelt, en bestuurders, commissarissen, leden of aandeelhouders aanwijst (art. 2:2 lid 3 BW).

In de MvT⁸² wordt opgemerkt dat vooral voor het Antilliaans recht van belang is dat de term “als ware hij bestuurder” in deze zin wordt opgevat, dat het gaat om de beleidsbepaling of medebeleidsbepaling door een bestuurder in de “gewone” gevallen, niet om de bijdrage aan het beleid van de formele bestuurder bij de rechtspersoon in kwestie. Verder wordt opgemerkt dat ook degene die, door het geven van instructies, bevoegd of onbevoegd, met een zekere regelmaat een bepaald beleid afdwingt, als beleidsbepaler in de zin van art. 2:16 lid 9 BW heeft te gelden. Als voorbeelden worden de concernfunctionaris en een uitzonderlijk dominante aandeelhouder of commissaris genoemd, maar ook de geheel buiten de organisatie van de rechtspersoon of de groep waartoe deze behoort staande persoon, die dominante invloed op het bestuur of een bestuurder uitoefent.

Een heel scherpe afbakening is met de wettelijke omschrijving en daarbij horende toelichting niet gegeven. Bovendien is het de vraag of het geven van instructies, bevoegd of onbevoegd, met een zekere regelmaat moet plaatsvinden om de betrokkene als quasi-bestuurder aan te kunnen merken. Verder kan de vraag worden gesteld wat onder dominante invloed moet worden verstaan. Een aandeelhouder kan overheersend zijn in een vergadering met het bestuur zonder

⁸² M.F. Murray, *Parlementaire Geschiedenis van het Curaçaose Burgerlijk Wetboek*, Den Haag: Boom juridisch 2016, Deel 1, p. 429.

dat hij het bestuur (specifiek) onder druk zet of aan het bestuur bevelen geeft. Maakt het enkele feit dat de aandeelhouder dominant is hem tot quasi-bestuurder, of moet er ook sprake zijn van een zekere (ontslag)dreiging? Het is (uiteindelijk) de rechter die de concrete feiten en omstandigheden moet waarderen en beoordelen of bijvoorbeeld het uitoefenen van een instructiebevoegdheid de betrokkenen quasi-bestuurder maakt.

De norm die voor de aansprakelijkheid van een gewone bestuurder geldt, namelijk dat van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling slechts sprake is als geen redelijk denkend bestuurder - onder dezelfde omstandigheden - aldus gehandeld zou hebben, geldt evenzeer voor de quasi-bestuurder. Deze bepaling houdt geen beperking in van de kring van aansprakelijke personen in geval van faillissement; de reikwijdte van de kring wordt met deze bepaling juist uitgebreid.⁸³ De formele bestuurder kan zich niet disculperen met de stelling dat feitelijk (materieel) iemand anders de bestuursmacht uitoefende. Bovendien rust op de formele bestuurder de plicht om maatregelen te nemen om de negatieve gevolgen van het handelen van een quasi-bestuurder af te wenden. De quasi-bestuurder kan zich op dezelfde gronden disculperen als een formele bestuurder.⁸⁴

16. Specifieke regelingen bij de Nederlandse NV en BV

Curaçao kent geen regeling vergelijkbaar met de regeling in Nederland met betrekking tot de BV, waarbij een quasi-bestuurder gelijkgesteld wordt met een formele bestuurder waar het betreft (i) de verkrijging van eigen aandelen anders dan om niet door een BV waardoor de vennootschap niet kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden (art. 2:207 lid 3 BW-NL); (ii) het geval van (dividend)uitkeringen waardoor een BV niet langer aan haar opeisbare verplichtingen kan voldoen (art. 2:216 lid 4 BW-NL); en (iii) een besluit tot vermindering van het geplaatste kapitaal met terugbetaling op aandelen waarbij niet de eis in acht is genomen dat het eigen vermogen groter moet zijn dan de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden aangehouden (art. 2:208 lid 6 BW-NL)

17. De aansprakelijkheid van de quasi-bestuurder buiten faillissement

Naast de aansprakelijkheid jegens de rechtspersoon (onrechtmatige daad) en de aansprakelijkheid in het geval dat de rechtspersoon is gefailleerd (aansprakelijkheid jegens de boedel), kan een quasi-bestuurder ook aansprakelijk zijn jegens derden zonder dat de rechtspersoon failliet is verklaard. De grondslag voor deze aansprakelijkheid is de onrechtmatige daad zoals geregeld in de artikelen 6:162 e.v. BW. Gedacht kan worden aan de quasi-bestuurder die de voldoening van de vordering van een derde frustreert, of die namens de rechtspersoon maar zonder daartoe bevoegd te zijn een rechtshandeling met aan derde aangaat die de

⁸³ GHvJ (St. Maarten) 13 maart 2015, ghis 69560 – H 300/14, Rechtspraakbundel (2020), nr. 24 (*Standard Trust/Seferina en Le Poole q.q.*). Zie ook GHvJ (Curaçao) 14 april 2020, ECLI:NL:OGHACMB:2020:76, *Caribisch Juristenblad* 2 (2020), p. 178-201 m.nt. Frielink en Snel (*Carmanco/De Winter q.q.*).

⁸⁴ K. Frielink, *Kort begrip van het Nederlands Caribisch Rechtspersonenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 4.4.3.

rechtspersoon niet wil of kan nakomen, of aan het geval dat door een doen of laten van de quasi-bestuurder ernstige schade aan goederen van een derde wordt toegebracht.

Inzake formele bestuurders wordt in de literatuur gediscussieerd over de vraag of de hoedanigheid van de betrokkene relevant is, en hoe moet worden vastgesteld of in hoedanigheid is gehandeld. Karapetian⁸⁵ stelt bijvoorbeeld de vraag of het zonder vergunning (laten) lozen van afvalwater plaatsvindt in het kader van de bestuurlijke taakvervulling, en of het veroorzaken van een bestuurder van een ernstig verkeersongeval terwijl hij op weg is naar een zakelijke afspraak binnen de bestuurlijke taakvervulling valt. Deze vragen zijn van belang in verband met het al dan niet van toepassing zijn van de maatstaf van “ernstig verwijt”.

18. De hoge drempel voor aansprakelijkheid

De ernstig verwijt-maatstaf is in de rechtspraak tot ontwikkeling gekomen in relatie tot formele bestuurders. De rechtvaardiging voor deze maatstaf voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover een derde bestaat volgens de Hoge Raad hierin (i) dat ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de vennootschap en (ii) in het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen.

De vraag die ik mij heb gesteld is of de gelijkstelling van de quasi-bestuurder met de formele bestuurder, zoals die de wetgever voor ogen staat, ook betekent dat alle categorieën quasi-bestuurders aanspraak zouden moeten kunnen maken op toepassing van de ernstig verwijt-maatstaf. In de kern houdt die maatstaf in dat een bestuurder van een rechtspersoon niet te snel met succes aansprakelijk moet kunnen worden gesteld voor de schade die de rechtspersoon dan wel een derde lijdt als gevolg van door hem gemaakte fouten in de bestuursfeer. De maatstaf beoogt de bestuurder een zekere mate van bescherming te bieden. De quasi-bestuurder die niet te goeder trouw is, dus bewust de bestuursautonomie schendt en zich in die zin onrechtmatig gedraagt, namelijk in strijd met de wet en de statuten, zou daarvan niet behoren te profiteren door aanspraak te kunnen maken op de hoge drempel voor aansprakelijkheid. Niet alleen het door mij gehanteerde beginsel, dat een persoon niet behoort te profiteren van zijn eigen onrechtmatige handelen, verzet zich tegen toepassing, maar ook in de door de Hoge Raad gegeven rechtvaardiging voor deze drempel kan geen reden voor toepassing worden gevonden. In mijn benadering kan de quasi-bestuurder niet te goeder trouw dus geen aanspraak maken op toepassing van de ernstig verwijt-maatstaf indien hij door de rechtspersoon dan wel een derde persoonlijk aansprakelijk wordt gesteld voor bestuursdaden.

Voor de volledigheid wijs ik er op dat er in de praktijk gevallen zullen zijn waarbij de quasi-bestuurder van kleur verschiet of (ook) in een andere hoedanigheid optreedt. Zo zou een filiaalchef (een titulaire quasi-bestuurder) zijn bevoegdheden kunnen overschrijden en feitelijk op de plaats van het formele bestuur kunnen gaan zitten. Ook zou bijvoorbeeld een lid van een

⁸⁵ A. Karapetian, *Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 2.4.

ExCo, die geen formele bestuurder is, op enig moment eigenmachtig feitelijke bestuurshandelingen kunnen gaan verrichten, of – maar dan in een andere hoedanigheid – zich als aandeelhouder als feitelijke schaduwbestuurder niet te goeder trouw kunnen gaan gedragen. Wat betreft de vraag of de hoge drempel dient te worden toegepast, zal steeds moeten worden gekeken naar de grondslag (of het ontbreken daarvan) op basis waarvan de betrokken persoon heeft gehandeld. Het verschieten van kleur hoeft immers niet te betekenen dat de quasi-bestuurder opeens niet te goeder trouw wordt. Denk bijvoorbeeld aan de persoon die op enig moment ontdekt dat zijn benoemingsbesluit niet rechtsgeldig is, maar die hangende de tijd die de algemene vergadering nodig heeft om het gebrek te repareren, op grond van zaakwaarneming blijft functioneren.

Mijn conclusie: de feitelijke bestuurder niet te goeder trouw (de persoon die eigenmachtig en zonder redelijke grond op de stoel van het bestuur gaat zitten), de formele schaduwbestuurder niet te goeder trouw (de persoon die gebruik maakt van een stroman) en de feitelijke schaduwbestuurder (de persoon die als aandeelhouder zijn wil doordrukt) kunnen, nu zij allen bewust (in ieder geval) de (wettelijk en statutair bepaalde) bestuursautonomie schenden, geen aanspraak maken op toepassing van de ernstig verwijt-maatstaf indien zij aansprakelijk worden gesteld door de rechtspersoon dan wel de curator of een derde voor bestuursdaden. De hoedanigheid op basis waarvan zij handelen levert immers strijd op met het recht en is als zodanig reeds als onrechtmatig aan te merken. Een feitelijke bestuurder te goeder trouw, zoals een zaakwaarnemer, kan wel aanspraak op toepassing van genoemde maatstaf maken.

19. Verplichtingen van quasi-bestuurders

Voor de NV in art. 2:138 BW en voor de BV in art. 2:238 BW is bepaald dat hij die, niet deel uitmakende van het bestuur van de vennootschap, voor zekere tijd of onder zekere omstandigheden, al dan niet krachtens een voor de vennootschap geldende regeling,⁸⁶ het beleid van de vennootschap bepaalt of mede bepaalt als ware hij bestuurder, ter zake van dat optreden, voor wat zijn verplichtingen ten opzichte van de vennootschap en van derden betreft, alsmede voor de toepassing van art. 2:9 BW, als bestuurder wordt aangemerkt.⁸⁷

Blijkens de MvT⁸⁸ is de bepaling ontleend aan art. 49 van de Landsverordening op de BV, met dien verstande dat ‘optreedt’ is vervangen door “het beleid van de vennootschap bepaalt of mede bepaalt” om aan te sluiten bij de terminologie van art. 2:16 lid 9 BW. Degene die aan het criterium van art. 2:138/248 BW voldoet, valt volgens de MvT a fortiori onder art. 2:16 lid 9 BW en daarmee volledig onder laatstgenoemd artikel. Maar ook buiten faillissement kan iemand als

⁸⁶ Bij een voor de NV of BV geldende regeling kan het gaan om een reglement, een aandeelhoudersovereenkomst of een vennootschappelijke overeenkomst.

⁸⁷ In Nederland zijn de vergelijkbare bepalingen met ingang van 1 juli 2021 komen te vervallen. Zie K. Frielink, ‘Varia Wet bestuur en toezicht rechtspersonen’, *Ondernemingsrecht* 10/11 (2021), p. 466-471.

⁸⁸ M.F. Murray, *Parlementaire Geschiedenis van het Curaçaose Burgerlijk Wetboek*, Den Haag: Boom juridisch 2016, Deel 1, p. 525.

bestuurder gelden, aldus de MvT. De bepaling is niet van toepassing op de bewindvoerder (surseance) of curator (faillissement).

Het criterium is of de betrokken persoon het beleid van de rechtspersoon heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder. Het (mede) beleidsbepalen kan zowel direct als indirect plaatsvinden, zowel zichtbaar voor derden als achter de schermen, en zowel met als zonder medewerking van de formele (de *de iure*) bestuurders. Om als quasi-bestuurder te kunnen worden aangemerkt, moet men zich hebben gedragen als ware men de formele bestuurder (of één van de formele bestuurders). Dat hoeft niet het gehele beleid van de rechtspersoon te betreffen, maar het kan ook gaan om één of enkele wezenlijke onderdelen van het beleid.

Het zal van de feiten en omstandigheden afhangen of op de betreffende quasi-bestuurder bijvoorbeeld de administratieplicht rust en de plicht om een jaarrekening op te stellen. Op degene die slechts korte tijd het beleid van de vennootschap bepaalt of mede bepaalt als ware hij bestuurder, zullen deze verplichtingen in beginsel niet rusten. Voor degene die op grond van een managementovereenkomst bij een vennootschap werkzaam is en verantwoordelijk is voor alle administratieve, organisatorische en onderhoudswerkzaamheden, kan dat anders liggen.⁸⁹ De administratieplicht en de plicht jaarlijks een jaarrekening op te stellen kan bijvoorbeeld rusten op de aandeelhouder die zich (te) intensief met het beleid van een vennootschap bemoeit. Schiet hij in deze verplichting tekort en wordt hij dientengevolge aansprakelijk gehouden, dan kan hij zich er niet achter verschuilen dat er ook een formeel bestuur is.⁹⁰

Blijkens de MvT is niet beslissend of de betrokkene krachtens een voor de vennootschap geldende regeling optreedt. Het kan ook gaan om iemand die geheel eigenmachtig het beleid van de NV of BV bepaalt of mede bepaalt als ware hij bestuurder, al dan niet met inschakeling van een stroman. Het feit dat de betrokkene eigenmachtig optreedt kan, aldus de MvT, als een verzwarende omstandigheid gelden. Daarentegen kan ook sprake zijn van het op goede gronden op zich nemen van de bestuurstaak als zaakwaarnemer in de zin van art. 6:198 BW. In dat geval is evenzeer sprake van een gelijkstelling met een formele bestuurder.

In art. 2:138/238 BW wordt gesproken over een gelijkstelling wat betreft verplichtingen ten opzichte van de vennootschap en van derden. Over bevoegdheden wordt niet gesproken. De vraag is of het hebben van verplichtingen uit de aard der zaak niet meebrengt dat de betrokkene ook bevoegdheden heeft. Hoe kan een quasi-bestuurder bijvoorbeeld aan de administratieplicht voldoen als hij niet de bevoegdheid heeft zich toegang tot de administratie te verschaffen? En hoe verhouden de verplichtingen (en bevoegdheden) van de quasi-bestuurder zich tot die van mogelijke andere (formele) bestuurders? Is bovendien in laatstgenoemd geval sprake van collegiale verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid? Verder kan de vraag worden gesteld waarom de wettelijke regeling tot de NV en de BV beperkt is.

⁸⁹ HR 23 november 2001, *JOR* 2002, 4 m.nt. Blanco Fernández (*Mefigro/Wind q.q.*).

⁹⁰ Vgl. Hof Arnhem 10 november 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BL8324 (*Atlenco/Honoré van Schuppen q.q.*).

Ik breng in herinnering dat in art. 2:16 lid 9 BW is bepaald dat met een bestuurder voor de toepassing van art. 2:16 BW wordt gelijkgesteld degene die gedurende enig tijdvak binnen de periode van 3 jaar (zie lid 3) het beleid van de rechtspersoon heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder. Dat betekent dat ook lid 2 van dit artikel inzake de bewijsvermoedens op de betrokken persoon van toepassing is. Dat lijkt alleen maar logisch als op deze persoon (een quasi-bestuurder) ook de administratie- en jaarrekeningplicht rust.

Een duidelijke grens tussen het geval waarin wel en geen bestuursverplichtingen op een quasi-bestuurder rusten is niet te geven, maar op degene die slechts korte tijd als zodanig is opgetreden zullen deze verplichtingen in beginsel niet rusten. Degene die zich structureel als bestuurder gedraagt, moet zoveel mogelijk worden behandeld als ware hij een formele bestuurder. Maar het zich gedragen als bestuurder kan betrekking hebben op een (klein) deel van de bestuurstaak, waarbij de vraag is of en in hoeverre dat dan het aannemen van verplichtingen kan rechtvaardigen. Het ligt verder voor de hand aan te nemen dat de administratie- en jaarrekeningplicht alleen op een quasi-bestuurder kunnen komen te rusten als hij zelf bestuurshandelingen verricht, en niet slechts indirect, bijvoorbeeld door het geven van dwingende instructies.

Gaat het om een quasi-bestuurder die te goeder trouw meent formeel tot bestuurder te zijn benoemd, dan ligt het voor de hand ervan uit te gaan dat de verplichtingen die op de formele bestuurder rusten op grond van de wet en de statuten, ook op hem rusten en wel vanaf de eerste dag van zijn veronderstelde benoeming. Het 'als ware hij bestuurder' is volledig op hem van toepassing. Hij verkeerde ook in de veronderstelling een volwaardige bestuurstaak te hebben aanvaard. Voor de zaakwaarnemer die gedurende zekere tijd het bestuur van de rechtspersoon uitoefent geldt hetzelfde. Bij de titulaire quasi-bestuurder zal het antwoord op de vraag naar op hem rustende verplichtingen (mede) afhangen van zijn takenpakket. Als hij wel leiding geeft, aankopen kan doen en verantwoordelijk is voor het personeelsbeleid, maar het formele bestuur verantwoordelijk blijft voor de financiële administratie, is er geen reden aan te nemen dat de administratie- en jaarrekeningplicht mede op hem rust.

Als een ExCo zodanig is georganiseerd dat een deel van de leden als quasi-bestuurder moet worden aangemerkt, dan ligt het niet direct voor de hand aan te nemen dat op die leden ook de administratie- en jaarrekeningplicht rust. Of dat mogelijk wel zo is zal mede afhangen van de taakverdeling binnen dat ExCo. Denkbaar is dat de verantwoordelijkheid voor de financiële administratie berust bij een lid van het ExCo dat geen statutaire bestuurder is. Behalve op het formele bestuur, zou de administratieplicht ook op hem kunnen rusten.

Bij de feitelijke bestuurder niet te goeder trouw, de persoon die eigenmachtig op de stoel van het bestuur gaat zitten, zal het behalve van de periode dat hij zich als zodanig gedraagt, ook van de aard van zijn handelingen afhangen of aangenomen kan worden dat op hem de administratie- en jaarrekeningplicht rust. Doorgaans zal sprake zijn van een (voor het overige) normaal functionerend formeel bestuur dat reeds in de nakoming van deze verplichtingen voorziet. Dat neemt niet weg dat er zich gevallen kunnen voordoen waarin aangenomen moet worden dat deze verplichtingen mede op de feitelijke bestuurder rusten.

De formele schaduwbestuurder te goeder trouw (de principaal) heeft weliswaar (vergaande) afspraken gemaakt met het formele bestuur (de trustbestuurder), maar het formele bestuur kan zich niet onttrekken aan de verplichtingen die de wet op dat bestuur legt. De principaal kan (en zal in de regel) zodanige afspraken met het trustkantoor als bestuurder maken, dat de verplichtingen, in het bijzonder de administratie- en jaarrekeningplicht, enkel op het bestuur (blijven) rusten. Ik zie geen reden om in weerwil van een dergelijke afspraak aan te nemen dat op de principaal wel de administratie- en jaarrekeningplicht zou rusten. Hij is ook niet feitelijk bij het bestuur van de rechtspersoon betrokken. Dit laatste geldt evenzeer voor de feitelijke schaduwbestuurder niet te goeder trouw, zoals een aandeelhouder die zijn wil dwingend aan het formele bestuur oplegt en het bestuur zich daartegen niet durft te verzetten. Dit nog los van het feit dat een dergelijke aandeelhouder dit mogelijk slechts incidenteel doet en ten aanzien van een of enkele specifieke aangelegenheden.

De administratie- en jaarrekeningplicht rust in beginsel ook niet op de formele schaduwbestuurder niet te goeder trouw (dus op de persoon die gebruik maakt van een stroman), maar wel op het formele bestuur dat zich laat misbruiken. Een genuanceerde benadering is echter denkbaar.

Mijn conclusie: op de feitelijke bestuurder die meer structureel handelt als ware hij bestuurder en van wie het handelen niet is beperkt tot enkele specifieke zaken, maar die zich meer in het algemeen met het bestuur bezighoudt, rust de administratie- en jaarrekeningplicht. Onder omstandigheden zou die plicht ook op de formele en de feitelijke schaduwbestuurder niet te goeder trouw kunnen rusten. Zie voor een meer gedetailleerde beschrijving en voor een (nadere) onderbouwing mijn dissertatie. Die dissertatie is wat mij betreft het startsignaal voor een discussie over de door mij gepresenteerde stellingen.

* * * * *