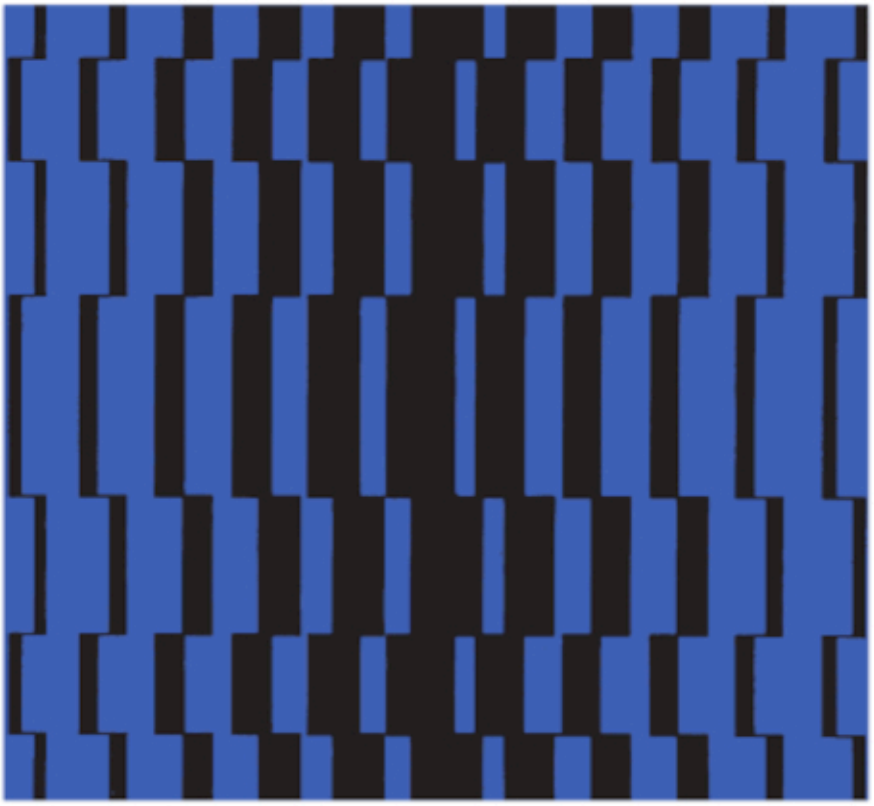
De quasi-bestuurder in het rechtspersonenrecht



Mr. K. Frielink

SERIE VANWEGE HET VAN DER HEIJDEN INSTITUUT

Wolters Kluwer

Deel 174

DE QUASI-BESTUURDER IN HET RECHTSPERSONENRECHT

Wolters Kluwer

Deventer – 2022

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

DEEL 174

Verkorte citeerwijze: Frielink: *De quasi-bestuurder in het rechtspersonenrecht* (VDHI nr. 174) 2022/ paragraafnummer.
Volledige citeerwijze: K. Frielink: *De quasi-bestuurder in het rechtspersonenrecht (Over rechtsbeginselen, aansprakelijkheid en verplichtingen)* (Serie Van der Heijden Instituut nr. 174), Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Omslagontwerp: Bert Arts bNO

ISBN 978 90 13 16654 5
NUR 827-715

© 2022, Wolters Kluwer Nederland BV, K. Frielink

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

Auteur(s) en uitgever houden zich aanbevolen voor inhoudelijke opmerkingen en suggesties. Deze kunt u sturen naar: boeken-NL@wolterskluwer.com.
Alle rechten in deze uitgave zijn voorbehouden aan Wolters Kluwer Nederland B.V. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Wolters Kluwer Nederland BV.
Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht (www.reprorecht.nl).
Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en Wolters Kluwer Nederland BV geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.
Op alle aanbiedingen en overeenkomsten van Wolters Kluwer Nederland BV zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Wolters Kluwer Nederland BV. U kunt deze raadplegen via: www. wolterskluwer.nl/algemene-voorwaarden.
Indien Wolters Kluwer Nederland BV persoonsgegevens verkrijgt, is daarop het privacybeleid van Wolters Kluwer Nederland BV van toepassing. Dit is raadpleegbaar via www.wolterskluwer.nl/privacycookies.

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

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

DE QUASI-BESTUURDER IN HET RECHTSPERSONENRECHT

Over rechtsbeginselen, aansprakelijkheid en verplichtingen

Proefschrift
ter verkrijging van de graad van doctor
aan de University of Curaçao Dr. Moises da Costa Gomez
op gezag van de rector magnificus dr. F.B.G. de Lanoy
in het openbaar verdedigd
op donderdag 14 oktober 2021
om 16.00 uur op Curaçao

door

Karel Frielink
geboren op 26 juni 1964
te Huizen, Nederland

Promotiecommissie

Promotoren: prof. mr. G. van Solinge
prof. mr. F.B.M. Kunneman

Overige leden: dr. F. de Lanoy
prof. mr. F. Goudappel
prof. mr. J. de Boer
prof. mr. C.D.J. Bulten
prof. mr. C.J.M. Klaassen
mr. dr. M.V.R. Snel

Faculteit der Rechtsgeleerdheid

VOORWOORD

Op 14 oktober 2021 promoveerde mr. K. Frielink aan de University of Curaçao Dr. Moises da Costa Gomez op zijn studie naar de feitelijke bestuurder en de schaduwbestuurder in het Nederlandse en Curaçaose rechtspersonenrecht. Beide bestuurders worden door hem met de term quasi-bestuurder aangeduid. Als promotors traden op prof. mr. G. van Solinge en prof. mr. F.B.M. Kunneman. Het proefschrift verschijnt als deel 174 in de Serie vanwege het Van der Heijden Instituut.

Naar aanleiding van de wettelijke gelijkstelling van quasi-bestuurders met formele bestuurders in het kader van de faillissementsaansprakelijkheid (art. 2:138/248 lid 7 BW en art. 2:16 lid 9 Curaçaos BW) werpt Frielink de vraag op in hoeverre de statutaire bestuurder en de quasi-bestuurder een volledig gelijke positie innemen. Hij onderzoekt wanneer een persoon als quasi-bestuurder kan worden aangemerkt en in hoeverre het normenkader voor het formele bestuur (denk aan de hoge drempel voor aansprakelijkheid) op quasi-bestuurders van toepassing is. Na een inleidend hoofdstuk beschrijft Frielink het fenomeen quasi-bestuurder en zet hij uiteen hoe hij het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid ziet.

In hoofdstuk 4 staat de quasi-bestuurder in het rechtspersonenrecht centraal. Frielink bespreekt de in zijn ogen relevante rechtsbeginselen, die mede uit het Romeinse recht volgen. Hij analyseert vervolgens de quasi-bestuurder vanuit verschillende perspectieven. Hierbij besteedt hij aandacht aan de gronden voor de wettelijke gelijkstelling, de reikwijdte van de interne gedragsnorm voor bestuurders, de rol van de zorgplicht en het beginsel van collegiale verantwoordelijkheid. Een belangrijke vraag is of de hoge drempel voor aansprakelijkheid die voor statutaire bestuurders geldt, tevens moet worden gehanteerd voor alle soorten quasi-bestuurders. Die vraag wordt door Frielink ontkennend beantwoord. In hoofdstuk 5 komen enkele samenhangende onderwerpen aan bod, zoals het executive committee, de quasi-bestuurder en wanbeleid, trustkantoren en quasi-bestuurders, de overheid als quasi-bestuurder, het bestuursverbod en procedures tegen quasi-bestuurders.

Het boek sluit af met een synthese. Frielink trekt conclusies en doet suggesties voor wetswijziging. In zijn boek is Frielink niet bevreesd af te wijken van de gebaande paden. Hij onderwerpt de heersende leer aan een kritische blik. Voldoet de gangbare opvatting niet, dan zet Frielink zijn eigen visie onderbouwd uiteen. Zijn studie is origineel en zet aan tot denken over de positie van de quasi-bestuurder. Ook al is het vertrekpunt van het betoog telkens het rechtssysteem met zijn beginselen, toch bevat

het boek veel handvatten voor de praktijk. Het proefschrift is daarom niet alleen voor de rechtswetenschap van belang, maar ook voor rechters, advocaten en bedrijfsjuristen die in hun praktijk met het fenomeen quasi-bestuurder worden geconfronteerd. Met veel genoegen nemen wij deze studie in onze Serie op.

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

Voor Carla, Yvette en Pascale

VERKORTE INHOUDSOPGAVE

Voorwoord V

Inhoudsopgave XI

Lijst van gebruikte afkortingen XV

1. Verantwoording 1
2. Besturen en bestuurdersaansprakelijkheid – de stand van zaken 29
3. De quasi-bestuurder: een eerste verkenning 61
4. De quasi-bestuurder onderzocht vanuit (de beginselen van) het rechtssysteem 105
5. Analyse van enkele afzonderlijke onderwerpen 185
6. Synthese: waartoe leidt het onderzoek? 227

Samenvatting 257

Summary 273

Rechtspraakregister 291

Literatuurlijst 297

Curriculum vitae 315

Woord achteraf 317

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord		V
Verkorte inhoudsopgave		IX
Lijst van gebruikte afkortingen		XV
1.	**Verantwoording**	1
1.1	Inleiding	1
1.2	Vraagstelling	5
1.3	Afbakening	10
1.4	Methode en criteria	12
1.5	Hulpmiddel bij het lezen	24
2.	**Besturen en bestuurdersaansprakelijkheid – de stand van zaken**	29
2.1	Inleiding	29
2.2	Beknopte historische inleiding	30
2.3	Het orgaan bestuur	33
2.4	De bestuurstaak	37
2.5	Verplichtingen die op het bestuur rusten	43
2.6	Bestuurdersaansprakelijkheid	45
2.6.1	Inleiding	45
2.6.2	De interne aansprakelijkheid	50
2.6.3	De aansprakelijkheid ingeval van faillissement	51
2.6.4	De aansprakelijkheid jegens derden uit onrechtmatige daad	54
2.7	Afrondend	59
3.	**De quasi-bestuurder: een eerste verkenning**	61
3.1	Inleiding	61
3.2	De quasi-bestuurder in Boek 2 BW	62
3.2.1	De quasi-bestuurder van de failliet verklaarde rechtspersoon	63
3.2.2	De bijzondere gevallen bij de BV	67
3.2.3	Tijdelijk opgedragen bestuurstaken	69
3.2.4	Bestuursverplichtingen die rusten op de quasi-bestuurder	70

3.3	De quasi-bestuurder in de literatuur	71
3.4	De quasi-bestuurder in de rechtspraak	75
3.4.1	Statutaire of feitelijke bestuurder?	75
3.4.2	Kantoordirecteur/leidinggevende	77
3.4.3	Titulair financieel directeur	80
3.4.4	Managementovereenkomst	81
3.4.5	Algemeen directeur	82
3.4.6	Algemene volmacht	82
3.4.7	Accountant	84
3.4.8	Grootaandeelhouder	85
3.4.9	Adviseur	87
3.4.10	Managementteam	89
3.5	Categorieën quasi-bestuurders	91
3.5.1	Inleiding	91
3.5.2	Begripsbepaling	92
3.5.3	De feitelijke bestuurder	94
3.5.4	De feitelijke schaduwbestuurder	95
3.5.5	De formele schaduwbestuurder	96
3.5.6	De titulaire quasi-bestuurder	99
3.6	Het recht van Curaçao	99
3.6.1	Inleiding	99
3.6.2	De quasi-bestuurder van de failliet verklaarde rechtspersoon	100
3.6.3	Specifieke regelingen bij de NV en BV	102
3.6.4	De aansprakelijkheid van de quasi-bestuurder buiten faillissement	102
3.6.5	Verplichtingen van quasi-bestuurders	102
4.	**De quasi-bestuurder onderzocht vanuit (de beginselen van) het rechtssysteem**	105
4.1	Inleiding	105
4.2	Beginselen of uitgangspunten	107
4.2.1	Inleiding	107
4.2.2	Het Romeinse recht als vertrekpunt	111
4.2.3	De beginselen in relatie tot formele bestuurders	119
4.3	Gronden voor gelijkstelling	121
4.4	De interne gedragsnorm	123
4.5	De interne norm ook extern maken?	127
4.6	De zorgplicht: conceptueel	133
4.7	De zorgplicht en de quasi-bestuurder	138
4.7.1	De feitelijke bestuurder te goeder trouw	140
4.7.2	De feitelijke bestuurder niet te goeder trouw	140
4.7.3	De formele schaduwbestuurder te goeder trouw	141

	4.7.4 De formele schaduwbestuurder niet te goeder trouw	141
	4.7.5 De feitelijke schaduwbestuurder	142
	4.7.6 De titulaire quasi-bestuurder	143
	4.7.7 Concernrecht	144
	4.7.8 Een relativering	150
4.8	Collegiale verantwoordelijkheid als rechtvaardiging voor hoofdelijke aansprakelijkheid	151
4.9	De hoge drempel voor aansprakelijkheid	156
4.10	De quasi-bestuurder en toerekening van kennis en handelingen	157
4.11	Verplichtingen van quasi-bestuurders	161
	4.11.1 De feitelijke bestuurder te goeder trouw	162
	4.11.2 De feitelijke bestuurder niet te goeder trouw	163
	4.11.3 De titulaire quasi-bestuurder	164
	4.11.4 De feitelijke schaduwbestuurder	165
	4.11.5 De formele schaduwbestuurder	166
4.12	Instructiemacht en instructiebevoegdheid	167
4.13	Zaakwaarneming	169
4.14	Mijn benadering van het fenomeen quasi-bestuurder	175
5.	**Analyse van enkele afzonderlijke onderwerpen**	185
5.1	Inleiding	185
5.2	Het Executive Committee	186
5.3	Een informele bestuursstructuur	190
5.4	De quasi-bestuurder en wanbeleid	196
5.5	Trustkantoren en quasi-bestuurders	199
5.6	De rechtspersoon als quasi-bestuurder	202
5.7	Bestuursverbod	204
	5.7.1 Het bestuursverbod in Nederland	204
	5.7.2 Het bestuursverbod en de quasi-bestuurder	205
	5.7.3 Het bestuursverbod in Curaçao	207
5.8	De Staat, het Land en de Minister als quasi-bestuurder	208
5.9	Enkele aspecten van procedures tegen quasi-bestuurders	212
	5.9.1 De bevoegde rechter	212
	5.9.2 Incorporatiestelsel	216
	5.9.3 Hindsight bias	220
5.10	Jaarrekening en decharge	224
6.	**Synthese: waartoe leidt het onderzoek?**	227
6.1	Inleiding	227
6.2	Beginselen – prelude	230

6.3 Grondslag voor de wettelijke gelijkstelling 232
6.4 Formele en quasi-bestuurder materieel gelijk? 235
6.5 Uitwerking van enkele centrale thema's 237
6.5.1 De interne gedragsnorm 238
6.5.2 Zorgplicht 239
6.5.3 Het collegialiteitsbeginsel 240
6.5.4 Bestuursverplichtingen 242
6.5.5 De hoge drempel voor aansprakelijkheid 245
6.6 Normschending en onrechtmatigheid 246
6.7 De theorie omgezet in wetsbepalingen 249
6.7.1 Ruim begrip bestuur? 249
6.7.2 Aanpassing regeling quasi-bestuurder in de wet? 251
6.8 Het onderzoek is waarde-betrokken 255

Samenvatting 257

Summary 273

Rechtspraakregister 291

Literatuurlijst 297

Curriculum vitae 315

Woord achteraf 317

LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN

I	Eerste Kamer der Staten-Generaal
II	Tweede Kamer der Staten-Generaal
A-G	Advocaat-Generaal
BES	Bonaire, Sint Eustatius en Saba
BV	Besloten vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
BWC	Burgerlijk Wetboek van Curaçao
CBb	College van Beroep voor het bedrijfsleven
Cjb	Caribisch Juristenblad
ExCo	Executive Committee
Fw	Faillissementswet (Nederland)
GHvJ	Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba
IPR	Internationaal Privaatrecht
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
KG	Kort geding
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NV	Naamloze vennootschap
OK	Ondernemingskamer (Hof Amsterdam)
Rb	Rechtbank
RO	Wet op de rechterlijke organisatie (Nederland)
RvC	Raad van Commissarissen
RvT	Raad van Toezicht
RvdW	Rechtspraak van de Week
SPF	Stichting Particulier Fonds
Sr.	Wetboek van Strafrecht (Nederland)
Stb.	Staatsblad
VBA	Vennootschap met Beperkte Aansprakelijkheid (Aruba)
WBA	Wet bestuurdersaansprakelijkheid
WBF	Wet bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement

1 VERANTWOORDING

1.1 Inleiding

Het boek is als volgt opgebouwd. Dit hoofdstuk bevat de vraagstelling waarop het onderzoek zich richt, de afbakening van het onderzoek, de verantwoording wat betreft methode en wetenschappelijke criteria, en in de laatste paragraaf een hulpmiddel bij het lezen. In hoofdstuk 2 wordt de huidige stand van zaken wat betreft het besturen van rechtspersonen, bestuurdersaansprakelijkheid en bestuursverplichtingen weergegeven. Dat hoofdstuk is beschrijvend van karakter. Hoofdstuk 3 bevat aan de hand van wetgeving, literatuur en rechtspraak een eerste kennismaking met het fenomeen quasi-bestuurder en is eveneens (in hoofdzaak) beschrijvend van karakter. In hoofdstuk 4 wordt de quasi-bestuurder onderzocht vanuit het rechtssysteem en daaraan ten grondslag liggende beginselen. Hoofdstuk 5 bevat een analyse van enkele afzonderlijke onderwerpen die in relatie tot quasi-bestuurders van belang zijn. In hoofdstuk 6 ten slotte worden de inzichten die in de hoofdstukken 4 en 5 zijn ontwikkeld bij elkaar gebracht.[1]

Het leerstuk aansprakelijkheid spreekt bij velen tot de verbeelding. Dat geldt evenzeer voor de persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders, commissarissen, aandeelhouders en leden van rechtspersonen. Die aansprakelijkheid is in zoverre bijzonder, dat gekozen is voor een rechtspersoonlijkheid bezittende rechtsvorm met het oog op het – zoveel mogelijk – uitsluiten van de eigen aansprakelijkheid: de ondernemer die een eenmanszaak drijft is met zijn gehele vermogen aansprakelijk voor alle verbintenissen van die eenmanszaak, terwijl de ondernemer die dezelfde activiteiten verricht vanuit bijvoorbeeld een besloten vennootschap (in beginsel) niet persoonlijk aansprakelijk is.

Een bijzondere positie in dit verband wordt ingenomen door de quasi-bestuurders:[2] de feitelijke bestuurders en de schaduwbestuurders. Reeds deze verschillende benamingen geven aan dat niet alle quasi-bestuurders over één kam kunnen worden

---

1 Het Nederlandse recht is tot uitgangspunt genomen. Alleen de (overigens beperkte) verschillen met het recht van Curaçao (en daarmee van Aruba, Sint Maarten en de BES-eilanden) worden vermeld.

2 Er is geen onderzoek verricht naar de vraag wanneer het begrip quasi-bestuurder voor het eerst werd gebruikt. Het is in ieder geval geen nieuw begrip. Zie bijvoorbeeld De Boode (1997), p. 349. Hanegraaf (2017), p. 103 verwijst onder andere naar een publicatie van Akkermans uit 1987, waarin dit begrip ook wordt gebruikt.

geschoren. Er zijn quasi-bestuurders die volkomen te goeder trouw zijn en met de beste intenties handelen, maar evenzeer quasi-bestuurders die zich op de een of andere wijze schuldig maken aan misbruik van het rechtspersonenrecht. Er zijn quasi-bestuurders die zich naar buiten toe als bestuurder presenteren en quasi-bestuurders die enkel achter de schermen (beslissende) invloed uitoefenen.

In het grote geheel van het burgerlijk recht neemt de quasi-bestuurder een heel bescheiden plaats in. Er zijn maar enkele wettelijke bepalingen aan de quasi-bestuurder gewijd. Over de omvang van het fenomeen in de praktijk is mij niets bekend. Als ik afga op de rechtspraak en mijn eigen praktijk is het echter een regelmatig voorkomend verschijnsel. In de rechtspraak zijn tal van gevallen te vinden waarin personen als quasi-bestuurder worden aangemerkt.[3] In de wereld van de trustdienstverlening komt het fenomeen quasi-bestuurder veelvuldig voor, namelijk wanneer de cliënt (opdrachtgever; principaal) van het trustkantoor met dat trustkantoor als bestuurder van de cliëntentiteit vergaande, inhoudelijke afspraken heeft gemaakt over de wijze waarop invulling aan de bestuurstaak wordt gegeven.[4] Het komt verder geregeld voor dat bestuurders (of commissarissen) als zodanig blijven functioneren ondanks dat hun benoemingstermijn is verstreken,[5] ook in Curaçao,[6] of dat er aan het benoemingsbesluit van een bestuurder gebreken kleven,[7] en dat de betrokkene totdat die gebreken aan het licht kwamen, zich volkomen te goeder trouw heeft gedragen als ware hij een rechtsgeldig benoemde statutaire bestuurder. Doorgaans worden dergelijke gebreken geheeld en dienen zich geen aan een rechter voor te leggen geschillen aan.[8] Van de zaken die wel aan de rechter worden voorgelegd spreken de zaken waarin een persoon misbruik maakt van zijn (feitelijke of juridische) machtspositie of van het fenomeen rechtspersoon (denk aan stromannen) het meest tot de verbeelding.

---

3 Zie par. 3.4; Schutte-Veenstra (2017); Rechtspraakbundel (2020), nrs. 10, 15, 16, 24, 28, 29 en 30; en Van Nuland (2021) passim.

4 Zie Frielink, Van Eersel en Van der Wulp (2020), nr. 7.4.

5 Zie bijvoorbeeld Rb Den Bosch 10 juni 2009, ECLI:NL:RBSHE:2009:BI7149 (*Stichting Historisch Materieel/NOVM*); Rb Den Haag 21 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:5101 (*Stichting Haags Filmhuis*); en Rb Midden-Nederland 22 december 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:6470 (*Politieke partij*).

6 Vgl. het advies van de Curaçaose corporate governance autoriteit Stichting Bureau Toezicht en Normering Overheidsentiteiten d.d. 15 januari 2018 inzake Fundashon pa Inovashon di Enseñansa na Korsou (te vinden op http://www.sbtno.org/): "*De voornoemde personen zijn derhalve sinds het verstrijken van hun zittingstermijn geen bestuursleden meer en niet meer bevoegd FIDE te vertegenwoordigen noch bevoegd om deel te nemen aan het besluitvormingsproces van het bestuur van de stichting. Ten gevolge van het voorgaande zijn de rechtshandelingen van voornoemde personen die zij als bestuurder na hun zittingstermijn hebben verricht niet in overeenstemming met de wet- en regelgeving gedaan en daardoor nietig dan wel vernietigbaar. Uit het voorgaande vloeit eveneens voort dat het bestuur van FIDE sinds 1 juli 2015 geen rechtsgeldige besluiten meer heeft kunnen nemen.*"

7 Een benoemingsbesluit kan nietig dan wel vernietigbaar zijn. Vgl. Rb Midden-Nederland 15 september 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:4756 (*St. Bedrijfspensioenfonds voor de Landbouw*).

8 De gevolgen van gebreken die aan bijvoorbeeld bestuursbesluiten kleven als gevolg van het feit dat een bestuurder achteraf niet rechtsgeldig benoemd blijkt te zijn en op welke wijze eventueel 'reparatie' mogelijk is, vallen buiten het kader van het onderzoek.

De wettelijke bepalingen inzake de quasi-bestuurder stellen enerzijds grenzen en verbinden gevolgen aan een als onwenselijk geachte bemoeizucht wat betreft het besturen van een rechtspersoon. Anderzijds reguleren deze wettelijke regelingen de figuur van de quasi-bestuurder. Voor het (mede)beleidsbepalen zonder statutair bestuurder te zijn kan immers een goede grond bestaan, vergelijkbaar met het geval dat iemand zich willens en wetens en op redelijke grond inlaat met de behartiging van het belang van een ander. Een quasi-bestuurder is dus niet noodzakelijk een foute man of vrouw. De quasi-bestuurder die zijn bestuurstaken naar behoren uitvoert hoeft niet voor persoonlijke aansprakelijkheid te vrezen. Het begrip quasi-bestuurder is dan ook net zo neutraal als het begrip (formele/statutaire) bestuurder.

Als vertrekpunt van deze studie wordt een ruime, algemene omschrijving van het begrip quasi-bestuurder gehanteerd, waarbij de quasi-bestuurders in categorieën kunnen worden ingedeeld:

(i) 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);
(ii) 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 (de feitelijke schaduwbestuurder);
(iii) 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); en
(iv) 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).

Het gaat hier om de grondvormen waarin het fenomeen quasi-bestuurder zich manifesteert. Bij het maken van de indeling is gekeken naar de wijze waarop een persoon quasi-bestuurder kan worden: gaat hij zelf op de stoel van het formele bestuur zitten, zijn er afspraken gemaakt over zijn bemoeienis met het bestuur, of dwingt hij het bestuur tot een bepaald doen en/of nalaten? De indeling staat los van de vraag hoe het handelen van deze persoon inhoudelijk moet worden beoordeeld en of mogelijk sprake is van schade en aansprakelijkheid. Deze omschrijving en indeling,[9] die in hoofdstuk 3 nader zal worden besproken, is een werkbare basis gebleken om tot een afbakening van het onderzoeksonderwerp te komen. In par. 1.5 werk ik de indeling nog iets verder uit, als hulpmiddel bij het lezen van dit boek, en worden per categorie enkele voorbeelden gegeven.

9 Zie ook Frielink (2018). In dit artikel is de indeling in categorieën met de nodige toelichting voor het eerst gepresenteerd.

Naast quasi-bestuurders kunnen er ook quasi-commissarissen zijn. De quasi-commissarissen kunnen in drie categorieën worden ingedeeld:

(i) de persoon die eigenmachtig handelt of zich gedraagt als commissaris maar géén statutaire commissaris is (de *de facto* commissaris of feitelijke commissaris);[10]
(ii) de persoon die – niet zijnde een statutaire commissaris – zodanige invloed op het statutaire toezichtsorgaan (of één of meer statutaire toezichthouders) uitoefent dat (de meerderheid in) het toezichtsorgaan zich gedwongen voelt te handelen overeenkomstig diens wensen of instructies (de feitelijke schaduwcommissaris); en
(iii) de persoon die – niet zijnde een statutaire commissaris – met het statutaire toezichtsorgaan (of een meerderheid van de commissarissen) heeft afgesproken dat zijn wensen (in beginsel) zullen worden uitgevoerd (de formele schaduwcommissaris).

De titulaire commissaris (de persoon die – niet zijnde een statutaire commissaris – met de rechtspersoon heeft afgesproken dat hij toezicht zal uitoefenen vergelijkbaar met het door commissarissen uit te oefenen toezicht) ontbreekt in dit overzicht. Het fenomeen zou op zich kunnen bestaan, maar ik ben de titulaire commissaris niet in rechtspraak en literatuur tegengekomen, en zal er verder dan ook geen aandacht aan besteden. Er wordt in hoofdzaak over de commissaris gesproken, maar daaronder dienen de leden van toezichtsorganen met een andere benaming te worden begrepen. De quasi-commissaris staat niet centraal in dit onderzoek, maar vertoont wel gelijkenissen met de quasi-bestuurder en komt daarom op diverse plaatsen aan de orde.[11]

Verder kan nog worden gedacht aan de niet-uitvoerend bestuurder in een monistisch bestuursmodel. De niet-uitvoerend bestuurder is een formele bestuurder, zij het met ook een toezichthoudende taak.[12] Gedraagt hij zich als een uitvoerend bestuurder dan wordt zijn doen en laten beoordeeld op gelijke wijze als andere statutaire bestuurders die hun bevoegdheden hebben overschreden. Overschrijding van zijn bevoegdheden maakt hem geen quasi-bestuurder in de door mij gehanteerde zin van dit begrip.

Het onderzoek heeft betrekking op quasi-bestuurders. Uiteraard kunnen ook vereffenaars van een ontbonden rechtspersoon geconfronteerd worden met een persoon die, zonder dat hij over enige relevante bevoegdheid beschikt, tracht op dwingende wijze instructiemacht uit te oefenen of die feitelijk op de stoel van de vereffenaar gaat zitten. Een dergelijke quasi-vereffenaar loopt een met een formele vereffenaar vergelijkbaar aansprakelijkheidsrisico. Hieraan zal verder geen aandacht worden besteed.

10 Zie Van Nuland (2021), nr. 4.2.4.3.1.

11 Buiten het bestek van mijn onderzoek valt de vraag of (en in welke gevallen) een toezichthouder die onvoldoende toezicht heeft uitgeoefend, als gevolg waarvan een quasi-bestuurder schade kan toebrengen aan de rechtspersoon of aan derden, daarvoor aansprakelijk zou kunnen worden gesteld. Het antwoord op die vraag hangt naast de voorzienbaarheid, mede af van de vraag of voor de toezichthouder de mogelijkheid heeft bestaan om in te grijpen. Evenmin wordt hier de vraag beantwoord of bij tekortschietend toezicht sprake zou kunnen zijn van hoofdelijke aansprakelijkheid op grond van art. 6:102 BW. Vgl. Maes (2020), hoofdstuk 2, nr. 5.2.1.

12 Zie verder Kreileman (2020).

In Boek 2 BW komt het begrip 'quasi-bestuurder' niet voor. Wel bevat dit wetboek bepalingen op grond waarvan quasi-bestuurders aansprakelijk kunnen zijn als ware zij een statutaire bestuurder en op wie verplichtingen kunnen rusten als ware zij een statutaire bestuurder. In dat verband wordt in de betreffende wettelijke bepalingen gesproken over personen die het beleid bepalen of medebepalen als ware zij bestuurder.

In deze studie gaat het om de quasi-bestuurder in het rechtspersonenrecht. In de rechtspraak komt deze persoon veelvuldig voor en deze wordt ook in de literatuur besproken. Daaruit komt weliswaar een rijke casuïstiek naar boven, maar die roept tegelijkertijd allerlei vragen op. Uitgangspunt is het Nederlandse recht vanwege de hoeveelheid beschikbare literatuur en rechtspraak. Nederland en Curaçao kennen beide een omvangrijke trustsector, op zichzelf al een reden om ook aandacht aan het recht in Curaçao te besteden. Waar opvallende verschillen bestaan met de Caribische delen van het Koninkrijk zullen die, onder verwijzing naar het Burgerlijk Wetboek van Curaçao (BWC), kort worden besproken. Dit houdt tevens in dat waar geen verschillen bestaan, de analyses in dit boek ook relevant zijn voor Aruba, Bonaire, Curaçao, Sint Maarten, Sint Eustatius en Saba. Aan dit rijtje kan Suriname worden toegevoegd vanaf het moment dat Boek 2 BW daar is ingevoerd.[13]

1.2 Vraagstelling

Het aanvankelijke idee was om een (kritisch) commentaar te schrijven over Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek van Curaçao. Dat project bleek alras te ambitieus voor een promovendus met een reeds zwaar gevulde agenda. Na het bestuderen van vele (hand)boeken en rechterlijke uitspraken heb ik besloten één specifiek, meer overzichtelijk onderwerp voor deze studie te kiezen. De tijd die ik in de 'aanloopfase' aan andere onderwerpen heb besteed is geen verspilde tijd: het stelde mij in staat in relatief korte tijd de monografie *Kort begrip van het Nederlands Caribisch Rechtspersonenrecht* (2017) te schrijven. Een ander bijproduct is de bundel *Rechtspraak Bestuurdersaansprakelijkheid Nederlands Caribisch Rechtspersonenrecht* (2020). Bovendien was deze 'voorbereidende studie' bijzonder nuttig voor het verwerven van kennis en inzicht in het voor dit onderzoek relevante rechtsgebied.

De hoofdvraag inzake dit onderzoek is of dan wel in hoeverre de statutaire bestuurder en de quasi-bestuurder een volledig gelijke positie innemen. Daarbij gaat het om twee aspecten: enerzijds de materiële vraag wanneer een persoon als quasi-bestuurder kan worden aangemerkt en in hoeverre het normenkader dat geldt voor de leden van het formele bestuur (en dan gaat het met name om hun aansprakelijkheid) op quasi-bestuurders van toepassing is, anderzijds om vragen die samenhangen met quasi-

13 De beschouwingen in dit boek kunnen relevant zijn voor het op dit moment in Suriname geldende recht, maar daar is geen onderzoek naar gedaan.

bestuurders en enkele bijzondere onderwerpen, waaronder juridische procedures.[14] De vraagstelling kwam op bij het bestuderen van wettelijke bepalingen waarin over een gelijkstelling wordt gesproken. In art. 2:138/248 lid 7 BW is bepaald dat voor de toepassing van dat artikel, dat handelt over bestuurdersaansprakelijkheid, met een statutaire bestuurder *wordt gelijkgesteld* degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder. De wet heeft het dus over gelijkstelling. Voor specifieke gevallen bij de BV vinden we gelijke bewoordingen in art. 2:207 lid 3 BW en art. 2:216 lid 4 BW, terwijl in art. 2:208 lid 6 BW naar art. 2:216 lid 4 BW wordt verwezen. De vraag is wat precies met die gelijkstelling is bedoeld en waarop die gelijke behandeling is gestoeld. Zoals uit par. 3.2.1 zal blijken kan uit de parlementaire geschiedenis geen eenduidige uitleg worden afgeleid. Een daarmee samenhangende vraag is of die gelijkstelling is gerechtvaardigd. En hoe in de literatuur en rechtspraak het begrip gelijkstelling wordt uitgelegd en toegepast. Zelf kom ik na een grondige analyse tot een eigen benadering (par. 4.14).[15]

Aan de hoofdvraag zijn diverse onderzoeksvragen gekoppeld. Al die vragen zien op de positie van de quasi-bestuurder in het Nederlandse rechtspersonenrecht; dan gaat het niet alleen om de wet, maar komen ook rechtspraak en literatuur in beeld.[16] De antwoorden op deze vragen zijn evenzeer relevant voor de Caribische delen van het Koninkrijk, aangezien de wettelijke regelingen materieel gelijk zijn.[17] Dat geldt evenzeer voor Suriname, alwaar een geheel nieuw Burgerlijk Wetboek gereed ligt om te worden ingevoerd, waarvan Boek 2 BW is geënt op Boek 2 BW van Curaçao.[18]

14 De vraagstelling heeft weliswaar betrekking op één bepaald fenomeen, de quasi-bestuurder, maar heeft verder een open karakter. Dat betekent dat bij aanvang van het onderzoek geen beperkingen zijn aangebracht. Met een beperkte vraagstelling wordt het risico gelopen dat niet wordt gezocht naar wat wellicht wel belangrijk kan zijn voor het onderwerp. Ter illustratie een zijstapje: 'bewustzijn' (als subjectieve ervaring) kan worden gezien als volledig reduceerbaar tot processen in de hersenen (dus uiteindelijk tot fysische processen), maar ook als een daarvan losstaand, zelfstandig fenomeen. De onderzoeker die al op voorhand een keuze tussen beide mogelijkheden maakt, loopt het risico een (mogelijke/verdedigbare) verklaring voor het fenomeen niet te vinden. Waar je niet zoekt, zul je niets vinden. Zie verder Van Dijck (2018), p. 33 e.v.

15 Kestemont (2016), p. 84 merkt waarschuwend op dat "*praktijkjuristen (zoals rechters en advocaten) voornamelijk werken met argumenten die hun oordeel of conclusie ondersteunen*" maar dat "*deze eenzijdige aanpak uit den boze (is) voor de rechtswetenschapper*".

16 Zie Asser/Vranken Algemeen deel **** (2014), nr. 3.2 over de verantwoording van onderzoeksvragen.

17 In vonnissen gewezen in de Caribische delen van het Koninkrijk wordt ook geregeld verwezen naar de arresten van de Hoge Raad en daarin worden de (voor Nederland) geformuleerde regels op dit vlak toegepast. Vgl. GHvJ (Sint Maarten) 9 oktober 2015, Ghis 71394 – AR 06/13-H 414/14, Rechtspraakbundel (2020), nr. 26 (*Windward Roads/Neuss*) en GHvJ (Sint Maarten) 10 juni 2016, AR 150/2011 ghis 62057 – H 146/13, Rechtspraakbundel (2020), nr. 27 (*Erato/Horwith*). Zie daarover ook Frielink (2017a).

18 Er zijn wel enkele, voor mijn onderzoek niet direct relevante, verschillen met Curaçao. Boek 2 BW Suriname kent de BV noch de SPF. Op 6 oktober 2017 is de Wet op de jaarrekening (WoJ) van kracht geworden. De vraag die bij de finalisering van het ontwerp van Boek 2 BW van Suriname voorlag, was of de bepalingen in dat ontwerp gehandhaafd zouden worden dan wel, gelet op het feit dat de praktijk inmiddels ervaring heeft opgedaan met de WoJ, voor toepassing van de WoJ zou worden gekozen. Er is voor toepassing van de WoJ gekozen. Daarom zal in art. 2:58, art. 2:89 lid 3, art. 2:94 en art. 2:116 BW Suriname naar de WoJ worden verwezen.

Het streven is niet om het fenomeen quasi-bestuurder zo uitputtend mogelijk te belichten. Van Nuland[19] is in zijn proefschrift reeds uitvoerig op het fenomeen ingegaan en het is niet mijn bedoeling dat nog eens dunnetjes over te doen. Ik richt mij op een aantal in mijn ogen interessante kwesties, en onderwerp die aan een nader onderzoek.

De hoofdstukken 2 en 3 dragen in hoofdzaak een beschrijvend karakter. Aan de hand van wetgeving, literatuur en rechtspraak wordt in hoofdstuk 2 een antwoord gegeven op de vraag naar de huidige stand van zaken wat betreft bestuurstaken, bestuursverplichtingen en bestuurdersaansprakelijkheid. In hoofdstuk 3 wordt de vraag beantwoord hoe het fenomeen quasi-bestuurder zich manifesteert in wetgeving, literatuur en rechtspraak. Deze twee hoofdstukken vormen als het ware de achtergrond waartegen quasi-bestuurders nader worden onderzocht.

Het fenomeen quasi-bestuurder is in het grote geheel van het recht maar een heel klein onderwerp. Om dat onderwerp goed te kunnen analyseren neem ik het bestaande rechtssysteem en de beginselen die daaraan ten grondslag liggen als uitgangspunt. En dat doe ik niet noodzakelijk omdat ik ervan overtuigd ben dat dit het 'beste' systeem is,[20] maar omdat ik het fenomeen quasi-bestuurder *binnen* dit systeem onderzoek. Het is de achtergrond waartegen geprobeerd wordt 'juist' of 'waar' te onderscheiden van 'onjuist' of 'onwaar'.[21] In dat verband zie ik het als nuttig en noodzakelijk om te onderzoeken welke (rechts)beginselen in relatie tot quasi-bestuurders relevant zijn, specifiek als het gaat om de vraag naar hun aansprakelijkheid. Dit deel van het onderzoek is te vinden in hoofdstuk 4, waarin enkele in dit verband centrale thema's worden behandeld. Het gaat daarbij om onderwerpen van meer fundamentele aard. In het kader van een onderzoek naar de grondslagen van het (aansprakelijkheids)recht ligt het voor de hand bij het Romeinse recht te beginnen.[22] In hoofdstuk 4 wordt een antwoord gezocht op de volgende kernvragen:

---

19 Van Nuland (2021).

20 Van Schilfgaarde (2009), p. 409 wijst er op dat het Nederlandse vennootschapsrecht op het oog een evenwichtige opbouw vertoont, maar dat al lang sprake is van een zekere onevenwichtigheid. Die onevenwichtigheid leidt volgens hem in toenemende mate tot systematische, maar soms ook tot begripsmatige verwarring.

21 In relatie tot waarheidstheorieën gaat het hier om een toepassing van de correspondentietheorie.

22 De Jong (2021), p. 144 geeft aan dat het jammer is als juristen de rechtsgeschiedenis niet bij hun analyses betrekken, en dus buiten hun gezichtsveld houden, omdat ook in het verleden juristen al vaak over dezelfde problemen hebben nagedacht. Terugkijken leidt volgens haar tot reflectie op onderliggende concepten, en kan nieuwe inzichten brengen die het huidige probleem anders of beter oplossen. Zij sluit haar artikel als volgt af: "*Rechtsgeschiedenis is niet een kroniek van het verleden, maar een voortdurend proces van verdieping*". Dworkin (1986), p. 228: "*When a judge declares that a particular principle is instinct in law, he reports not a simple-minded claim about the motives of past statesman, a claim a wise cynic can easily refute, but an interpretative proposal: that the principle both fits and justifies some complex part of legal practice, that it provides an attractive way to see, in the structure of that practice, the consistency of principle integrity requires.*" Zie ook Pitlo (1972), p. 164-169 en Kunneman (1991), p. 49.

- Welke voor dit onderzoek relevante (rechts)beginselen kunnen aan het rechtssysteem worden ontleend en wat is hun oorsprong, ofwel hoe diep zijn die in het systeem geworteld?
- Wat zijn de gronden voor een gelijkstelling van quasi-bestuurders met formele bestuurders?
- Zou de norm van art. 2:9 lid 1 BW/art. 2:14 lid 1 BWC (de interne gedragsnorm voor formele bestuurders) ook voor quasi-bestuurders relevant kunnen zijn?
- Wat kan uit de rechtspraak worden afgeleid inzake de toepassing van de interne gedragsnorm voor formele bestuurders in relatie tot derden, en wat betekent dat voor quasi-bestuurders?
- Hoezeer is het burgerlijk recht doordrenkt met de zorgplicht en wat betekent dat voor (de verschillende categorieën) quasi-bestuurders?
- Hoe verhoudt zich het uitgangspunt van collegialiteit tussen formele bestuurders (en daaraan gekoppeld de hoofdelijke aansprakelijkheid) tot het geval dat ook één of meer quasi-bestuurders (direct of indirect) bij het bestuur zijn betrokken?
- Is de hoge drempel voor aansprakelijkheid (de ernstig verwijt-maatstaf) van toepassing op (alle categorieën) quasi-bestuurders?
- Behoort kennis van de quasi-bestuurder aan de rechtspersoon te worden toegerekend?
- In welke gevallen rusten er bestuursverplichtingen op quasi-bestuurders?
- Hoe moet tegen instructiemacht en instructiebevoegdheid worden aangekeken in relatie tot quasi-bestuurders?
- Wat is de relevantie van het leerstuk zaakwaarneming voor quasi-bestuurders?

Hoofdstuk 5 draagt een meer toegepast karakter en bouwt voort op de inzichten die in hoofdstuk 4 zijn verworven. In hoofdstuk 5 wordt een antwoord gezocht op de volgende vragen:

- Kwalificeren leden van een Executive Committee die geen formele bestuurder zijn als quasi-bestuurder?
- Kan een rechtspersoon functioneren als deze uitsluitend een volledig informele bestuursstructuur heeft?
- Wat is de positie van quasi-bestuurders in een enquêteprocedure?
- Hoe verhoudt zich de relatie tussen trustkantoren en hun principalen: zijn de principalen als quasi-bestuurder aan te merken?
- Welke problematiek speelt er als de quasi-bestuurder een (buitenlandse) rechtspersoon is?
- Kan een bestuursverbod jegens een quasi-bestuurder worden uitgesproken?
- Kunnen de Staat, een Minister en een Gedeputeerde worden aangemerkt als quasi-bestuurder?
- Welke bijzonderheden spelen er in aansprakelijkheidsprocedures, bijvoorbeeld de vraag of een quasi-bestuurder ook met een formele bestuurder gelijkgesteld moet worden als het gaat om de vraag welke rechter bevoegd is?
- Kan een quasi-bestuurder profiteren van aan het formele bestuur verleende decharge?

In hoofdstuk 6 worden de inzichten die in de hoofdstukken 4 en 5 zijn ontwikkeld bij elkaar gebracht. Dit kan als een synthese worden gezien, zij het niet in strikt dialectische zin. In dit hoofdstuk zet ik aan de hand van enkele centrale thema's uiteen wat mijn visie op het fenomeen quasi-bestuurder is en hoe mijn visie in wetgeving zou kunnen worden vastgelegd. Na hoofdstuk 6 volgt een samenvatting van het onderzoek(sresultaat) en van de belangrijkste conclusies.

Ik merk nog het volgende op. In par. 4.2 ga ik in op beginselen of uitgangspunten die mij bij het zoeken naar een antwoord op diverse aan de orde zijnde vragen van belang lijken.[23] Ik begin daar met een zoektocht in het Romeinse recht, enerzijds om die beginselen beter te begrijpen, anderzijds om hun 'kracht' te tonen nu zij de tand des tijds hebben doorstaan.[24] Een beginsel dat daarnaast door mij wordt gehanteerd is het gelijkheidsbeginsel.[25] In de context van deze studie heb ik het over een beginsel dat zich richt tot de wetgever: in mijn opvatting moeten rechtsregels zodanig worden geformuleerd, dat in gelijke gevallen een gelijke uitkomst wordt bereikt. Een mogelijke tegenwerping, dat twee gevallen nimmer gelijk zijn, lijkt mij feitelijk niet correct,[26] terwijl een verschil in uitkomst bij twee (ogenschijnlijk of nagenoeg) gelijke gevallen in mijn benadering alleen dan acceptabel (gerechtvaardigd) zou kunnen zijn, als daarvoor een dragende motivering wordt gegeven. Dat het gelijkheidsbeginsel, zoals hier gehanteerd, zich tot de wetgever richt, betekent dat het evenzeer is gericht tot de tot oordelen geroepen rechter.[27]

---

23 Verder verwijs ik naar Timmerman (2009), en in het bijzonder het door hem genoemde uitgangspunt of beginsel van collegiale besluitvorming, dat in de hoofdstukken 4 en 6 aan de orde zal komen. Omdat het hier gaat om een beginsel dat slechts enkele decennia oud is en algemeen aanvaard lijkt te zijn, neem ik de 'geldigheid' daarvan aan, in die zin, dat ik meen dat het een van de beginselen is die aan het rechtspersonenrecht in Nederland en Curaçao ten grondslag liggen.

24 Daarnaast hoort mijns inziens bij het doen van verslag van rechtswetenschappelijk onderzoek, dat ook inzichtelijk wordt gemaakt welke wegen zijn bewandeld. Niet elke weg is de beste of de snelste, en wellicht werd niet altijd gepast schoeisel gedragen, maar een beschrijving van de weg die is afgelegd om tot het resultaat te komen, levert een bijdrage aan de mogelijkheid het onderzoek te controleren.

25 Asser/Scholten Algemeen deel (1974), nr. 15 stelt – in het kader van de bespreking van rechtsvinding door analogie – dat het in de aard van de rechtsvinding op grond van de algemene regeling in de wet ligt, om gelijke gevallen gelijk te behandelen. Hart (1961), p. 158 merkt op: "*Indeed so deeply embedded in modern man is the principle that prima facie human beings are entitled to be treated alike that almost universally where the laws do discriminate by reference to such matters as colour and race, lip service at least is still widely paid to this principle.*" Vgl. art. 1 Grondwet en art. 3 Staatsregeling van Curaçao. Zie over het gelijkheidsbeginsel ook Kunneman (1991), p. 15.

26 Sommige gevallen zijn identiek. Andere gevallen zijn dat wellicht niet helemaal, maar gaat het om verschillen die niet van belang (kunnen) worden geacht.

27 Hart (1961) p. 161-162 merkt op dat het kan gebeuren dat een rechter in een strafzaak – waarin een strafbaar feit aan de orde is dat hand over hand toeneemt – een hogere straf oplegt dan in het verleden voor vergelijkbare gevallen is opgelegd, om daarmee een waarschuwing aan anderen te geven. Het beginsel van het gelijk behandelen van gelijke gevallen, wordt hier opgeofferd in het belang van de algemene veiligheid of het welzijn van de samenleving.

De vraag die een promovendus zich steeds stelt is: *Can I be wrong?* Om de kans daarop te verkleinen is kritische reflectie van belang, en is het nuttig en zelfs noodzakelijk om feiten en stellingen vanuit zoveel mogelijk verschillende invalshoeken te belichten. In par. 4.2.2 ga ik in op twee additionele invalshoeken, die ik tests noem: de absurditeitstest en de test van verandering van perspectief. Daarover merk ik hier slechts op dat die in het kader van deze studie niet tot opzienbarende conclusies leiden, maar dat meer in het algemeen het gebruik daarvan wel zou kunnen bijdragen aan een (meer) gedegen analyse van beginselen en (te ontwerpen) rechtsregels. Aangezien dit een onderdeel is van de analyses die ik heb gemaakt behoort daarvan verslag te worden gedaan.

Er bestaat veel meer literatuur en rechtspraak over het Nederlandse recht dan over het Curaçaose recht, terwijl de wettelijke regelingen op dit vlak nagenoeg gelijk zijn. Een gecombineerde behandeling van het Nederlandse en Curaçaose recht ligt dan ook voor de hand. Daarbij is het Nederlandse recht als uitgangspunt gekozen, en worden alleen de verschillen besproken. Het doel van deze studie is enerzijds het in kaart brengen van de rol, de aansprakelijkheid en de verplichtingen van quasi-bestuurders op grond van een analyse van de wet, de rechtspraak en de literatuur. Daarnaast wordt het fenomeen quasi-bestuurder kritisch tegen het licht gehouden en een bijdrage geleverd aan nadere gedachtenvorming. De hoeveelheid rechterlijke uitspraken waarin het fenomeen aan de orde komt is op zichzelf al een rechtvaardiging voor deze studie.

1.3 Afbakening

Uitgangspunt is dat er rechtspersonen zijn, en dat die als zodanig als zelfstandige dragers van rechten en verplichtingen worden erkend. In zoverre verschillen rechtspersonen niet van natuurlijke personen: ook zij ontlenen het zijn van rechtssubject aan het recht.[28] Het recht bepaalt, om maar een voorbeeld te noemen, wie zich in de echt mogen laten verbinden en wie partij kunnen zijn bij een juridische fusie. Een rechtspersoon als rechtssubject is dan ook niet meer of minder 'fictief' dan een natuurlijke persoon als rechtssubject. Een belangrijk verschil tussen beide rechtssubjecten is uiteraard, dat een rechtspersoon zich per definitie van natuurlijke personen moet bedienen om aan het rechtsverkeer te kunnen deelnemen. Aan verdere

28 Meijers (1948), p. 171 merkt het volgende op: "*Al datgene, wat in de verschillende rechtsstelsels als rechtspersoon wordt aangemerkt, als verenigingen van personen, de staat en zijn onderdelen, de stichtingen, instellingen als de kerk, of zelfstandige onderdelen van overheidszorg gelijk een Rijkspostspaarbank, een Staatsverzekeringsbank, enz., heeft ongetwijfeld in die zin een bestaan, dat hun realiteit evenmin betwijfeld kan worden als die van andere begrippen, die niet aan één bepaald stoffelijk substraat gebonden zijn. Hun realiteit is geen andere dan die van de marktprijs van een artikel, de tachtigjarige oorlog, het verbond der edelen, de Dordtse synode, de heldenmoed der verdedigers der Thermopilae, een gepleegd bedrog, ja men kan daaraan toevoegen als die van een concreet subjectief recht of van een concrete rechtsplicht.*"

beschouwingen over het concept rechtspersoonlijkheid, de vraag of daaraan beperkte aansprakelijkheid moet worden gekoppeld, en zijn historie wordt hier verder voorbij gegaan.[29] Er is ook afgezien van een diepgaande beschrijving van de leerstukken bestuurders- en commissarissenaansprakelijkheid.[30] Deze leerstukken worden wel, zij het relatief kort, beschreven, omdat ze relevant zijn voor deze studie. Wat betreft Curaçao wordt verder verwezen naar mijn in 2017 verschenen monografie[31] en wat Nederland betreft naar de bekende handboeken, zoals opgenomen in de literatuurlijst. Deze afbakening heeft tot gevolg dat de omvang van deze publicatie beperkt is.

Rechtspersoonlijkheid waaraan beperkte aansprakelijkheid (voor bestuurders, commissarissen, leden en aandeelhouders) is gekoppeld heeft een prijs. Die beperkte aansprakelijkheid – in zekere zin een privilege – is een sterk argument om (enigszins of potentieel) risicovolle activiteiten niet zelf, maar door middel van een rechtspersoon te ontplooien. Maar het aan die activiteiten verbonden risico zelf is daarmee niet verdwenen. Dat risico wordt (deels) verschoven naar de crediteuren: als de rechtspersoon zijn verplichtingen niet langer kan nakomen dan kunnen de crediteuren zich slechts verhalen op de bezittingen van de rechtspersoon en niet op de privébezittingen van degenen die van de rechtspersoonsvorm gebruik maken. Deze risicoverschuiving, een keuze van de wetgever, wordt alleen aanvaardbaar geacht zolang aan bepaalde voorschriften wordt voldaan, zoals de eis van een behoorlijke taakvervulling, voorwaarden die worden gesteld aan dividenduitkeringen en het naleven van de administratie- en jaarrekeningplicht. In geval van onder andere misbruik of grove verwaarlozing van een wettelijke en/of statutaire taak zal het schild van de rechtspersoonlijkheid geen bescherming bieden.

De persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder, commissaris, lid of aandeelhouder voor de verbintenissen van de rechtspersoon veronderstelt een relatie, een rechtsverhouding met de rechtspersoon, waaruit rechten en verplichtingen voortvloeien. Het geval dat een van deze personen, gelijk een willekeurige derde, en dus los van een dergelijke relatie, uit hoofde van een onrechtmatige daad schade aan de rechtspersoon toebrengt, wordt hier buiten beschouwing gelaten. Het voorwerp van mijn onderzoek, het fenomeen quasi-bestuurder, is immers onderdeel van het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid.

---

29 Zie daarover onder andere Dewey (1926); Kempin (1960); Lipton (2012); De Jongh (2014); Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond (2013), nr. 1-39; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa (2013) nr. 1; Asser/Kroeze 2-I (2021), nr. 2-3; en Westenberg (2017).

30 In 1982 sprak Van der Grinten nog over de mythe van aansprakelijkheid. Bestuurders en commissarissen werden maar uiterst zelden door een vennootschap aangesproken op de grond dat zij tekortgeschoten zouden zijn in hun taakvervulling. Hij kan uit de rechtspraak slechts één voorbeeld noemen, en die vordering werd afgewezen. Hij noemt één geval waarin commissarissen door derden werden aangesproken, en waarin de vordering uiteindelijk werd afgewezen. Aan de praktijk ontleende voorbeelden van door een curator aansprakelijk gestelde bestuurders en commissarissen zijn volgens Van der Grinten nauwelijks te geven. Zie Van der Grinten (1982). Wie nu zoekt op rechtspraak.nl vindt een keur aan uitspraken. Die groei is ook te zien als naar de literatuur wordt gekeken.

31 Frielink (2017b).

In het kader van dit onderzoek staat het (orgaan) bestuur centraal, zij het dat ook het toezichtsorgaan (RvC of RvT) zijdelings aan de orde komt. De statutaire bestuurder is belast met het besturen van de rechtspersoon en de commissaris is (primair) belast met het uitoefenen van toezicht op het bestuur. Een commissaris kan zich, net als een aandeelhouder of buiten de organisatie van de rechtspersoon staande (rechts-) persoon, zodanig gedragen dat hij als quasi-bestuurder moet worden aangemerkt.

Het onderwerp 'bestuur' wordt bestudeerd vanuit het perspectief van de potentieel daaruit voortvloeiende aansprakelijkheid en de verplichtingen die op een quasi-bestuurder zouden kunnen rusten. Aansprakelijkheid treedt in wanneer het toepasselijke wettelijke – en door de rechtspraak ingekleurde – normenkader wordt overschreden. Hetzelfde geldt indien wordt geoordeeld dat op een quasi-bestuurder bepaalde verplichtingen rusten.

1.4 Methode en criteria

Een proefschrift op juridisch terrein is het resultaat van juridisch wetenschappelijk onderzoek. De promovendus die de weg naar de 'proeve van bekwaamheid' aflegt dient op zijn minst de vraag te stellen wat (rechts)wetenschap inhoudt, en welke methode en criteria voor hem relevant zijn. In deze paragraaf doe ik verslag van mijn bevindingen op dit punt, dat uitgebreider is dan doorgaans in proefschriften over positiefrechtelijke onderwerpen wordt gedaan. Het is mijn keuze om op deze wijze verantwoording af te leggen. Over het nut of de toegevoegde waarde kan uiteraard verschillend worden gedacht.[32]

"*Elke methodologische stap of keuze die onderzoekers maken, beïnvloedt niet alleen het onderzoeksproces maar ook het eindresultaat. Het is dan ook aan de onderzoekers om hun methodologische keuzes toe te lichten en te verantwoorden.*"[33]

"*Rechtswetenschap was – en dat is ze in zekere zin tot de dag van vandaag gebleven – een techniek van argumenteren op basis van gezaghebbende teksten.*"[34]

"*Ik zou zeggen dat een onvoldoende rechtstheoretisch besef hooguit slechte publicaties tot gevolg heeft, gekenmerkt door verwarrende en inconsistente redeneringen.*"[35]

---

32 Vgl. Tijssen (2009), nr. 6.2.3.3. Zie ook Snel (2016), nrs. 5.2.6 en 6.2.

33 Kestemont (2016), p. 8. Zij geeft aan dat kennis over de methodologische onderbouw van een onderzoek een controle en beoordeling door de vakgenoten toelaat. Verder stelt zij (p. 9) dat de explicitering van de uitgangspunten, assumpties of zelfs verwachtingen van de onderzoeker ook "*het risico op subjectieve inkleuring*" vermijdt en bijdraagt aan de transparantie en betrouwbaarheid van een onderzoek.

34 Zie Van den Bergh en Jansen (2011), p. 33. Zij geven aan dat dit tegenwoordig een exegetisch-dogmatische wetenschap wordt genoemd.

35 Van den Hoven (1999), p. 185, daarmee aangevende dat hij niet geneigd is de rechtsdogmaticus die onvoldoende getuigt van rechtstheoretisch of rechtsfilosofisch inzicht, de verantwoordelijkheid voor een desastreuze ontwikkeling in de samenleving ten laste te leggen.

"*In de gangbare opvatting is geen behoefte aan een afzonderlijke methodologie (conventies, informele praktijken, eisen en spelregels) voor rechtswetenschappelijk onderzoek. De juridische onderzoeker kan prima uit de voeten met de methodologie van de rechter, zoals die van oudsher uitvoerig uiteengezet wordt in de rechtsvindingsliteratuur. Hij doet immers niet anders. Beiden moeten hun argumenten zien te putten uit hetzelfde materiaal, het geldende positieve recht, zoals ik dat hierboven omschreven heb. Beiden moeten daarbij volgens dezelfde regels van de kunst te werk gaan. Net als de rechter zoekt de rechtswetenschappelijke onderzoeker met behulp van vooral tekstanalytische methoden, praktische argumenten en redeneerwijzen naar de beste oplossingen voor rechtsvragen die in bestaande of bedachte rechtsgeschillen rijzen.*"[36]

Vranken heeft wat hij de gangbare opvatting noemt nadien herzien.[37] Volgens hem is de rechter niet het rolmodel voor rechtswetenschappelijke onderzoekers. Hij noemt in dat verband onder meer dat de onderzoeker zijn onderzoeksvraag zelf kan formuleren en onderzoeksvragen vanuit een veelheid aan perspectieven kan stellen, waarbij hij anders dan een rechter – die moet beslissen naar geldend recht – kan verklaren, kritiseren, evalueren, toetsen, vergelijken, analyseren, systematiseren, theorieën kan opstellen,[38] en verbetervoorstellen kan doen.

Een onderzoeker maakt deel uit van de groep van (in hoofdzaak) academisch gevormde juristen die rechtswetenschap beoefenen. Zij vormen de 'scientific community' die bijdragen van de onderzoeker aan de wetenschap beoordeelt. "*A scientific community consists of the practitioners of a scientific specialty. They share similar educations and professional training; in the process they have studied the same technical literature and drawn many of the same conclusions. Usually, the boundaries of that standard literature mark the limits of a scientific subject matter, and each community ordinarily has its own literature and subject matter. The members of a scientific community see themselves – and are seen by others – as uniquely responsible for the pursuit of a set of shared goals, including the training of their successors*", aldus Thomas Kuhn.[39] Wat Kuhn stelt inzake de natuurwetenschappen, geldt tot op zekere hoogte ook voor de rechtswetenschap. Ook daar bestaat een para-

36 Vranken (2010).

37 Zie in het bijzonder par 4.6 (nr. 83) in Asser/Vranken Algemeen deel **** (2014).

38 Onder een theorie versta ik een geheel van denkbeelden, verklaringen en stellingen, bijvoorbeeld omtrent grondregels van de beoefening van de rechtswetenschap en (de beginselen) van het recht(ssysteem). Kestemont (2016), p. 64 omschrijft een juridische theorie als een "*geheel van logisch samenhangende, met name niet strijdige beweringen, opvattingen en begrippen betreffende een bepaald rechtssysteem, of een onderdeel ervan, dat toelaat verklaringen of voorspellingen af te leiden aangaande de gelding of werking van rechtsregels, rechtsbegrippen of rechtsbeginselen*". Een theorie heeft volgens haar zowel een voorspellende als een verklarende functie.

39 Aangehaald door Boumans & Davis (2016), p. 116.

digma binnen de grenzen waarvan wetenschappers opereren.[40] Voor een zinvolle discussie moet er binnen de – overigens heterogene – groep immers consensus bestaan over bijvoorbeeld de eisen die aan een theorie of aan historisch onderzoek (kunnen) worden gesteld, en over (andere) 'geldende' maatstaven of standaarden.[41] Dat neemt niet weg dat sprake kan zijn van heel verschillende perspectieven, afhankelijk van wat bijvoorbeeld wordt gezien als het doel of de functie van het recht, waarbij dan eigen – door dat perspectief bepaalde – methoden worden gehanteerd.[42] Een bijzonder aspect in vergelijking met bijvoorbeeld de natuurwetenschappen is verder dat rechtswetenschap op de maatschappij is betrokken. Aan het 'debat' – over wat recht is of behoort te zijn – nemen ook anderen dan wetenschappers deel, waaronder rechters, politici, groeperingen die voor bepaalde belangen of een bepaald gedachtengoed staan, en individuele burgers.

Ik ga geen grote woorden wijden aan het debat over de vraag of 'rechtswetenschap' wel bestaat,[43] althans of wel over 'wetenschap' in relatie tot onderzoek met betrekking tot het recht (in het algemeen dan wel met betrekking tot subdisciplines) kan worden gesproken. De wetenschappelijke bestudering van het positieve recht neemt, net als de wiskunde,[44] een eigen plaats in binnen de wetenschappen. De wetenschappen verschillen onderling sterk en kennen eigen methoden van onderzoek. Het object

---

40 Dat een paradigma wordt aanvaard door de groep van wetenschappers die in een bepaalde periode dominant is (door die aanvaarding is juist sprake van een paradigma), wil niet zeggen dat er geen wetenschappers (kunnen) zijn die kritiek op het paradigma (kunnen) uitoefenen. Volgens Loth (2014) verschilt de rechtswetenschap van andere disciplines daarin, dat een paradigmaverschuiving zich meestal niet beperkt tot de rechtswetenschap, "*maar zich uitstrekt tot de rechtspraktijk (vgl. het werk van rechters als Holmes, Cardozo, of Learned Hand). In het licht van het nieuwe paradigma worden dezelfde gevallen niet alleen anders gezien, maar ook anders behandeld (vgl. de arresten van de Zutphense waterjuffer en Lindenbaum/Cohen)*".

41 Vgl. Smith e.a. (2008), p. 689.

42 Vgl. Loth (2014).

43 Onder het begrip 'science' wordt in de Angelsaksische wereld verstaan wat wij onder de natuurwetenschappen begrijpen. In Duitsland omvat het begrip 'Wissenschaft' ook wat wij de sociale, geestes- of menswetenschappen noemen. Van den Bos (2021), p. 19 merkt op dat het tijd wordt af te stappen van het voorbehouden van de term wetenschap (*science*) aan de natuurwetenschappen, en ook rechtswetenschap expliciet als wetenschap aan te merken. Zie ook Kunneman (1991).

44 In de wiskunde wordt kennis opgebouwd door middel van een zuivere afleiding uit haar uitgangspunten. Vgl. Asser/Scholten Algemeen deel (1974), nr. 14. Over wetenschap die gezag geniet merkt hij in nr. 20 op dat aanvaarding door de vakgenoten van een bepaalde opvatting maakt dat wetenschap niet meer de overtuiging van deze of gene is, maar een maatschappelijk verschijnsel: "*een samenvoeging van meningen van als autoriteit erkenden in een bepaald tijdvak*". Terzijde merk ik op, ook als een zekere geruststelling voor rechtswetenschappers en hun (grondslagen)discussies over rechts*wetenschap*, dat wiskundigen/filosofen zich al eeuwen het hoofd breken over de ontologie van de wiskunde. Bekend is het artikel van Paul Benacerraf, 'Mathematical Truth', *The Journal of Philosophy*, Vol. 70, No. 19 (1973), p. 661-679. Te noemen valt ook de onvolledigheidsstelling van Kurt Gödel, die inhoudt dat in een voldoende sterk, consistent axiomatisch systeem (dus met de regels van de logica), er altijd beweringen zijn die wel waar zijn, maar niet binnen dit systeem kunnen worden bewezen ("*Deze bewering is onbewijsbaar*"). Binnen een dergelijk systeem kun je, zoals Gödel heeft aangetoond, bovendien niet bewijzen dat het systeem consistent is.

van onderzoek als het om het hedendaagse positieve recht gaat, verschilt wezenlijk van dat van bijvoorbeeld de geesteswetenschappen,[45] de natuurwetenschappen,[46] of de technische wetenschappen.[47] Als met een min of meer schuin oog naar methoden van kwalitatief onderzoek op andere terreinen wordt gekeken,[48] kunnen elementen (eisen) die daar worden gehanteerd nuttig zijn voor de beoordeling van rechtswetenschappelijk onderzoek.[49] Voor kwantitatief (empirisch) onderzoek geldt dat – met name in relatie tot de sociale en gedragswetenschappen (inclusief de sociale psychologie) – in nog sterkere mate.[50] Ik geef kort mijn benadering weer, zonder dit onderwerp verder diepgravend te behandelen.

Het onderzoek waar het in deze studie om gaat wordt verricht binnen bestaande en in de loop der tijd gegroeide kaders. Die kaders, noem ze desgewenst de grondslagen van het rechtssysteem, staan hier niet ter discussie. Slechts een klein onderwerp binnen deze – door mensen – geconstrueerde werkelijkheid wordt onder de loep genomen. Wat we binnen die werkelijkheid als feit aanvaarden – denk bijvoorbeeld aan het 'feit' dat we een rechtspersoon beschouwen als een zelfstandige drager van rechten en plichten – bestaat daarbuiten niet. Onderzocht wordt wat de plaats van de quasi-bestuurder binnen het bestaande systeem is, alsmede hoe vragen die op de quasi-bestuurder betrekking hebben op basis van die positie binnen het rechtssysteem het beste kunnen worden beantwoord. Of ik die plaats binnen het rechtssysteem correct weet te

45 Letteren, theologie en filosofie.

46 Natuurkunde, scheikunde, aardwetenschappen en biologie. Hart (1961), p. 184 merkt (in het kader van de bespreking van het natuurrecht en ter onderscheiding daarvan) op: "*A scientific theory's claim to forward our understanding of nature is therefore, in the last resort, dependent on its power to predict what will occur, which is based on generalizations of what regularly occurs.*" Wat de biologie als wetenschap betreft kan bijvoorbeeld aan de evolutietheorie worden gedacht, die overigens tegelijkertijd door de meeste biologen als een wezenlijke vooronderstelling (een paradigma) wordt aanvaard. Vgl. Boumans & Davis (2016), p. 136: "*Thus scientists typically believe many things without being entirely aware that they believe them, or what are the implications of holding such beliefs. One significant example is the evolution paradigm in biology, which is a presumption in most of the work in that science, but which is not questioned by most working biologists.*"

47 Zoals informatica, werktuigbouwkunde, materiaalkunde, elektrotechniek en procestechnologie.

48 Zie Bosch (2012). Zie verder over de rechtswetenschap Kunneman (1991); Van Rhee (2004); Smith e.a. (2008); Tijssen (2009); en Van Dijck e.a. (2018).

49 Wat de economische wetenschap betreft schrijven Boumans & Davis (2016), p. 1: "*Economic methodology is the philosophy of science for economics. Philosophy of science investigates the nature of the assumptions, types of reasoning, and forms of explanation used in the sciences, and economic methodology investigates the nature of the assumptions, types of reasoning, and forms of explanation used in economic science.*" Het begrip methode heeft betrekking op *hoe*-vragen (dit betreft de technieken en instrumenten die worden gebruikt om fenomenen te beschrijven en te verklaren), en het begrip methodologie heeft betrekking op *waarom*-vragen (dit betreft onderzoek naar de grondslagen en argumenten die voor verklaringen worden gegeven).

50 Van den Bos (2021), p. 25.

duiden is toetsbaar.[51] De 'beste' antwoorden op de vragen zijn het resultaat van mijn speur- en denkwerk, waarbij ik voortbouw op dat van anderen, en 'drijven' op mijn waardenpatroon, maar die antwoorden kunnen vanzelfsprekend worden bekritiseerd.

Het begrip methode doet in het kader van dit werk wat zwaar aan. De gevolgde werkwijze is ongeveer als volgt: jarenlang intensief rechtspraak[52] en literatuur bestuderen in combinatie met het opdoen van praktijkervaring (als advocaat en docent), een vraag- of probleemstelling formuleren alsmede subvragen bedenken die daarmee in logische zin samenhangen, doorgaan met bestuderen en het opdoen van nog meer praktijkervaring, bijstellen van de vragen en probleemstellingen, waarna een en ander zich nog een aantal keer herhaalt.[53] Veel lezen in combinatie met intensief nadenken en (her)overwegen, naast discussiëren met vakgenoten, zijn eigenlijk de methodologische ingrediënten van deze studie, waarbij er naar is gestreefd de resultaten daarvan zo systematisch en toetsbaar mogelijk op te schrijven,[54] ondanks dat de weg daar naartoe niet altijd even recht was. Soms komt de argumentatie echter niet verder dan de conclusie dat een andere dan de geponeerde stelling of opvatting 'niet logisch' of 'niet goed denkbaar' is. Die opmerkingen moeten als evenzovele uitnodigingen tot verder debat worden gezien.

Het beoefenen van rechtswetenschap houdt wat mij betreft in de kern in het leveren van een (constructieve) bijdrage aan de ontsluiting van en het denken over – bijvoorbeeld de gelding, de aard, de functie en het nut van – 'het' recht. In mijn geval betreft dat een onderdeel van het positieve recht zoals dat geldt en wordt toegepast in de diverse landen van het Koninkrijk, in het bijzonder Nederland en Curaçao. Een studie als deze ontkomt niet aan een beschrijvend deel: het in kaart brengen van wat op grond van wet, rechtspraak en literatuur op dit moment geldend recht

51 Ik geef aan 'toetsbaar' de voorkeur boven 'falsifieerbaar'. Een theorie in het domein van het positieve recht is (mede) gebaseerd op waardeoordelen. Voor de 'weerlegging' daarvan geldt hetzelfde. Dat een dergelijke theorie toetsbaar (of evalueerbaar) moet zijn houdt in dat de waardeoordelen zoveel mogelijk expliciet moeten worden gemaakt. Het begrip falsifieerbaar kan makkelijk worden verward met zoiets als toetsing aan de 'werkelijkheid' en de schijn van objectiviteit wekken. Bij empirisch onderzoek betekent toetsbaar dat de resultaten repliceerbaar moeten zijn. Vgl. Van den Bos (2021), p. 76.

52 Asser/Scholten Algemeen deel (1974), nr. 19 over het gezag dat in de praktijk aan rechtspraak wordt toegekend: "*Wie een pleidooi in burgerlijke zaken bijwoont, zal bespeuren, dat een advocaat zich nooit sterker gevoelt dan wanneer hij zich op een arrest van de Hoge Raad kan beroepen, dat ontleding en vergelijking van rechterlijke interpretatie schering en inslag is aan de balie. Het is het lijstje van jurisprudentie, dat de rechter van dat pleidooi als het voornaamste voor zijn vonnis mee naar huis neemt. Het is de rechtspraak-publicatie, die iedere jurist als het meest noodzakelijke bijhoudt, hoe weinig tijd het dagelijks werk hem overigens voor studie mag laten.*"

53 Raaijmakers (2009) geeft een persoonlijk verslag van zijn fases om tot een proefschrift te komen.

54 Van den Bergh en Jansen (2011), p. 11 merken op: "*Toch draagt de rechtswetenschap nog altijd de erfelijke kenmerken van haar ontstaansperiode in Rome en Bologna. De karakteristieke manier waarop juristen een probleem analyseren en te lijf gaan, waarop zij rationaliseren en argumenteren, waarop zij omgaan met teksten en opereren met waardeoordelen, behoort onmiskenbaar tot hun eigen keurmerk. Met name voor de privaatrechtswetenschap valt, zelfs op duidelijke breuklijnen, zoals tussen oudheid en middeleeuwen of in de Franse Revolutie, moeilijk vast te stellen wat belangrijker is, de verandering of de continuïteit.*"

is.[55] Of dat 'is' in dit werk voldoende nauwkeurig is opgeschreven kan na publicatie voorwerp van debat zijn. Elke juridisch-wetenschappelijke publicatie die verder gaat dan beschrijven wat *is*, behoort een startsignaal voor nieuw of verder debat te zijn. De belangrijkste (post-publicatie) doelen zijn wat mij betreft dan ook voorlichting en aanzetten tot debat. Daar draait het bij veel juridisch-wetenschappelijke publicaties in hoofdzaak om.

Als ik het voorgaande, waar het mijns inziens in de kern om draait bij rechtswetenschap, samenvat, kom ik tot de volgende omschrijving: bij het beoefenen van rechtswetenschap gaat het om het verwerven, ontwikkelen en verspreiden van kennis op juridisch terrein, met inachtneming van door de kring van rechtswetenschappers algemeen erkende criteria en spelregels.

Het beoefenen van rechtswetenschap is niet waardenvrij.[56] Dat is allesbehalve bezwaarlijk zolang die waarden maar zoveel mogelijk worden geëxpliciteerd.[57] Wat betreft wetsinterpretatie[58] zijn diverse benaderingen mogelijk, van strikt legistisch tot heel vrij.[59] De interpretatie van de wet begint bij de tekst zelf, terwijl met behulp van

55 Bedacht moet worden dat 'beschrijven' ook 'waarderen' is, en niet, laat staan noodzakelijk waardenvrij. Dit geldt ook als wordt geciteerd, zowel door de keuze van het citaat als de context waarin het wordt geplaatst. Ik ga hier verder aan voorbij.

56 Van den Bos (2021), p. 24 stelt dat de normatieve regulering van menselijk gedrag belangrijk is en misschien wel de ruggengraat van het recht als wetenschappelijke discipline vormt. Het recht in de boeken biedt volgens hem vooral een *normatieve* kijk op gedragsregulering. Dat geldt ook voor deze studie.

57 Behalve in de economische wetenschap, maakt het ook in de rechtswetenschap uit of de onderzoeker de overtuiging heeft dat een (volledig) vrije markteconomie (op termijn) ook het welzijn van de individuele burgers dient dan wel dat voor dat laatste regelgeving en een (sterk) sturende overheid is vereist. Bij Boumans & Davis (2016), p. 123-124 wordt in relatie tot de orthodoxe of neoklassieke economie over een 'metaphysical belief' gesproken: "*This is a metaphysical belief because it cannot be proven like a theorem in geometry, and further it cannot be conclusively demonstrated just by pointing your finger at history or the world outside your window.*"

58 We lezen een tekst zoals die zich aandient. We 'verstaan' die tekst zoals wij in de regel een tekst verstaan gelet op onze culturele achtergrond, niveau van taalbeheersing, opleiding, ervaring e.d., ofwel alles wat ons heeft geconditioneerd om een tekst op een bepaalde wijze te begrijpen. Dat is de eerste stap. Als we een (literair) boek lezen blijft het daar doorgaans ook bij. Als de evidentie van de betekenis van de tekst ontbreekt en de tekst vragen oproept of als we willen controleren of we de tekst (en de – achterliggende – bedoeling) hebben begrepen, wat bij wet- en regelgeving veelvuldig het geval zal zijn aangezien die veelal in een bepaalde context worden bestudeerd, is de tweede stap interpreteren. Het gaat daarbij om een denkproces dat voortvloeit uit vragen die we stellen over of naar aanleiding van de tekst.

59 Vgl. Wiarda (1999) en Kestemont (2016), p. 28-41. Zie ook Lokin (1992). Lokin schaart Meijers onder (een variant van) de legisten en geeft diens opvatting over wetsinterpretatie als volgt weer: "*Met behulp van de genealogie van de wettekst poogt de rechtsgeleerde vast te stellen wat de eigenlijke bedoeling van de historische wetgever is geweest toen hij de wettekst promulgeerde, een bedoeling die hem wellicht destijds nog niet zo klaar voor ogen stond als nu. In zoverre kan de latere onderzoeker het dus beter weten dan de historische wetgever. Nooit echter mag een latere jurist in de tekst een betekenis leggen waarvan hij weet dat de wetgever destijds haar nooit aan de tekst heeft gegeven of willen geven.*"

de wetsgeschiedenis (doorgaans) kan worden achterhaald wat de wetgever met de bepaling bedoeld heeft.[60] Voor mij is de historische bedoeling niet noodzakelijk doorslaggevend. De maatschappij en de maatschappelijke opvattingen kunnen (en vaak zullen) in de tussenliggende periode (sterk) zijn veranderd. Het is mijns inziens dan ook niet bezwaarlijk om de vraag te stellen wat de bedoeling van de wetgever zou zijn geweest indien hij die huidige feiten of omstandigheden (bijvoorbeeld veranderde maatschappelijke opvattingen) (mede) in zijn afweging zou hebben betrokken.[61] Dit kan als evolutionaire interpretatie worden aangemerkt.[62] Daarbij moet steeds zoveel mogelijk aansluiting worden gezocht bij de ratio van de bepaling die wordt geïnterpreteerd, tegen de achtergrond van de beginselen van het systeem, al was het maar omdat

60 Ik ga hier voorbij aan het feit dat het begrip wetgever geen eenduidige betekenis heeft en in het wetgevingsproces niet met één mond spreekt. Om te beginnen zijn er in Nederland – om alleen de belangrijkste te noemen – (naast de regering) een Eerste en Tweede Kamer als medewetgever. Kamerleden kunnen individueel of namens hun partij bepaalde stand- en gezichtspunten naar voren brengen, net zoals een voor het ontwerp verantwoordelijke minister dat doet. Niet zelden wordt ook melding gemaakt van wat deskundigen, lobbyisten, maatschappelijke organisaties of (groepen van) burgers naar voren hebben gebracht. Veel wetgeving is ingewikkeld en van technische aard, wat de vraag oproept of de leden van het parlement die wel begrijpen. Vgl. Hart (1961), p. 33, in het kader van de kritiek die hij levert op de theorie van John Austin: "*Would an enactment duly passed not be law if (as must be the case with many a section of an English Finance Act) those who voted for it did not know what it meant?*" Wellicht dwaalt 'de' wetgever. Zie Karapetian & Karapetian (2021). Dat roept bij alle parlementaire stukken de vraag op naar de status van hetgeen daarin is gesteld. Pitlo (1972), p. 133 noemt nog het geval van een onverholen *reservatio mentalis*: het als meerderheid akkoord gaan met een wetsbepaling (de man is het hoofd van de echtvereniging) in de wetenschap dat deze waardeloos zal zijn. Bij dit alles kan de vraag worden gesteld wat de wetgever nu precies of 'echt' heeft bedoeld. In veel gevallen kan degene die de stukken bestudeert op zijn best een zekere mate van 'gevoel' krijgen bij 'de' bedoeling van 'de' wetgever. Ik laat dat verder rusten, en verwijs naar wat bijvoorbeeld Dworkin (1986), p. 318 e.v. hierover opmerkt.

61 Terzijde wordt er op gewezen dat de oude Romeinse juristen weliswaar bedreven waren in het hanteren van logische argumenten, maar dat in het algemeen in hun denken de logica niet centraal stond. Centraal stond het maatschappelijk probleem dat zij moesten oplossen, en als redelijkheid en billijkheid, traditie, algemeen belang of groepsbelang om een andere oplossing vroegen dan de logica scheen te dicteren, dan aarzelden zij niet om die te kiezen. Zie Van den Bergh en Jansen (2011), p. 32.

62 Vgl. Wiarda (1999), p. 24. Zie ook Pitlo (1972), p. 130-137, die met een beroep op de rechtszekerheid stelt dat een snelle evolutie van de ene denktrant naar de andere, voor de maatschappij onaanvaardbare schokken teweeg zou brengen. Letwin (2007), p. 35 beschrijft hoe Aristoteles aankijkt tegen de rol van de rechter: "*But in Aristotle's usage, epieikeia (equity -KF) takes on the connotation of a correction of the letter of the law. It is law adapted to particular circumstances, and this is the province of the judge. His duty is to act in place of the legislator, as if he were the legislator on the spot, so as to arrive at the decision that the legislator would have chosen if he had been confronted with the particular case. The law enables the judge to do this because it tells him how to think as did the legislator.*" Zie voor een 'real world' geval de zaak die door Dworkin (1986), p. 15-20 wordt besproken. Daarin ging het om een kleinzoon die zijn grootvader (in 1882 in New York) door vergiftiging had vermoord, zodat hij het grootste deel van diens vermogen kon erven. In het (erf)recht was geen bepaling opgenomen over wat wij 'onwaardig om te erven' zouden noemen. De rechters in die zaak stonden voor een (interpretatie)dilemma. Moesten zij afgaan op de wet zoals die zich *prima facie* aandiende ('de inktvlekken op papier', zogezegd) of moesten zij op zoek naar de 'echte' betekenis of inhoud van de wet?

een interpretatie – zeker als die de basis vormt van een rechterlijke uitspraak – gezag moet verwerven. Voor een dergelijk gezag is nodig dat er tussen die interpretatie en het wetsartikel een logische samenhang bestaat, en die interpretatie dus mede steunt op de formele legitimatie van dat wetsartikel (het wetsartikel als de uitkomst van een wetgevingsproces dat correct is doorlopen). De interpretatie dient, om naast formeel ook moreel gezag te verwerven, ook deel uit te maken van een meer algemene rechtsovertuiging. Het kan in dat verband bijvoorbeeld nodig zijn te verwijzen naar algemene of bepaalde tendensen in de rechtsgeleerde literatuur. In mijn opvatting kan het recht zich dus ontwikkelen ook als de wetgever daaraan niet (expliciet) te pas komt. Het gaat bij dit alles niet om het willekeurig invullen en inkleuren van open normen, maar om de toepassing van wettelijke voorschriften in een steeds veranderende samenleving.

Aan een studie als de onderhavige worden criteria gesteld.[63] Er is al geruime tijd een discussie gaande over de vraag aan welke criteria een rechtswetenschappelijke publicatie nou precies moet voldoen. Daarover bestaat geen eenstemmigheid. Kennis genomen hebbende van die discussie, heb ik daaruit de navolgende criteria gehaald die mij voor deze studie relevant lijken, waarbij ik per criterium het belang daarvan zal aangeven.

Nauwkeurigheid

Eén van de eisen die aan een proefschrift dient te worden gesteld is nauwkeurigheid. Niet alleen zal moeten worden aangegeven wat precies het onderwerp van onderzoek is en op welke vragen een antwoord wordt gezocht, maar de opbouw van het proefschrift moet helder (en logisch) zijn, terwijl formuleringen zo precies mogelijk moeten zijn. In bijvoorbeeld het beschrijvende deel wordt (een deel van) het rechtssysteem in samengevatte vorm beschreven. Dat betekent dat de onderzoeker moet trachten zoveel mogelijk aan te sluiten bij een zo objectief mogelijke weergave en interpretatie, en zich ervan bewust moet zijn dat de keuze van de bewoordingen, of de keuze tussen wat wel en niet wordt beschreven, een subjectieve activiteit is.[64] Met

63 In Van Dijck e.a. (2018), p. 15-17 worden de algemeen gehanteerde integriteitsnormen genoemd: (i) eerlijkheid en zorgvuldigheid; (ii) betrouwbaarheid; (iii) controleerbaarheid; (iv) onpartijdigheid; (v) onafhankelijkheid; en (vi) verantwoordelijkheid.

64 Hierbij past nog wel een relativerende kanttekening, waarbij ik Klaassen (2015), p. 141 citeer: "*Het is opmerkelijk hoe verschillend wij wetenschappers een arrest van de Hoge Raad in dit verband soms kunnen uitleggen, daarbij al dan niet gestuurd door wat door Jan Vranken is genoemd 'wensdenken', omdat dit in het eigen (redenerings)straatje van pas komt. Diametraal verschillende interpretaties van niet alleen de betekenis van een arrest in de lijn der ontwikkelingen, maar ook van de tekst van een arrest zijn hierbij geen uitzondering. Wellicht dat de Hoge Raad soms met verbazing kennisneemt van hetgeen hem aan achterliggende gedachten en intenties wordt toegedicht. Soms overdrijven onderzoekers misschien in het kader van deze fileer- en interpreteerarbeid, zoals Vranken oppert in zijn laatste Asser-boek, en menen zij daardoor in een arrest ontwikkelingen te zien, die er niet zijn. Regelmatig biedt een arrest niettemin ook de nodige ruimte voor uiteenlopende interpretaties en is hiermee weliswaar een beslissing gegeven en een knoop doorgehakt in het desbetreffende geval, maar roept het arrest voor het overige meer vragen op dan ermee worden beantwoord*" (verwijzingen naar noten zijn weggelaten -KF). Zie over de uitleg van rechterlijke uitspraken ook Asser/Vranken Algemeen deel **** (2014), nr. 111.

de te betrachten maximale nauwkeurigheid wordt gestreefd naar een zo betrouwbaar mogelijke weergave. Met de nauwkeurigheid hangt de bronverantwoording, de controleerbaarheid dus, ten nauwste samen. Het is immers uiteindelijk aan anderen om te beoordelen of de onderzoeker in zijn opzet is geslaagd.

Bronverantwoording[65]

Het onderwerp van dit onderzoek betreft een (klein) positiefrechtelijk onderwerp naar Nederlands en Nederlands Caribisch recht, waarover maar in beperkte mate is geschreven. Er is een directe samenhang met het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid, waarover wel veel is (en wordt) geschreven. Het fenomeen quasi-bestuurder is weliswaar een klein fenomeen binnen het rechtssysteem, maar het staat niet op zichzelf en is in dat systeem ingebed.

Als dwergen op de schouder van een reus wordt door wetenschappers wetenschap bedreven, om wat betreft de vergelijking maar even populair leentjebuur te spelen. Stapje voor stapje bouwen we voort op het werk van anderen. De bijdrage van anderen (wetgever, rechterlijke macht en wetenschappers) aan 'het' bouwwerk erkennen we door hen als bron te noemen wanneer we hen citeren, parafraseren, bekritiseren of anderszins aan hen refereren. Door de bron te vermelden laten we zien dat we op dat punt geen eigen gedachten presenteren. Het ligt in zoverre iets gecompliceerder, dat je iets kunt opschrijven terwijl je niet weet of het nu gaat om een eigen gedachte, of om iets dat je wellicht al eens ergens gelezen hebt, of om een eigen gedachte die onafhankelijk ook bij iemand anders is opgekomen, of om een mengvorm waarbij je onbewust voortbouwt op de gedachte(gang) van iemand anders.

Als ik de opvatting van een ander weergeef is dat (tenzij ik slechts letterlijk zou citeren in een verder neutrale context) *mijn* interpretatie van die opvatting. Behalve dat anderen recht hebben op de erkenning van hetgeen zij hebben voortgebracht, heeft bronvermelding daarom ook als belangrijke functie dat het een studie (beter) controleerbaar maakt.

Bronvermelding heeft daarom twee hoofdfuncties: het scheiden van 'mijn' en 'dijn', en het controleerbaar maken van een wetenschappelijke publicatie.

Er zijn veel meer bronnen geraadpleegd dan in deze studie vermeld. Dat is onvermijdelijk. De keuze om een bron wel of niet te vermelden heeft uit zijn aard iets subjectiefs, maar bij de keuze hebben de twee hoofdfuncties van de bronvermelding zonder meer een rol gespeeld.

Hoewel de keuze van bronnen in zekere zin subjectief van aard is, is deze niet willekeurig, maar gebaseerd op ruim 30 jaar praktijkervaring als advocaat, auteur van juridische boeken en artikelen, universitair docent, en lid van diverse redacties van juridische tijdschriften. In de literatuurlijst zijn (ook) die (hand)boeken opgenomen die binnen (het relevante deel van) de juridische gemeenschap als gezaghebbend

65 Zie Snel (2016). Ik heb dit proefschrift goed op mij laten inwerken, omdat er in de onderzoeksfase allerlei gevaren schuilen en een zekere mate van bewustzijn bijdraagt aan een betere (kritische) beoordeling (van het gebruik) van bronnen.

worden aangemerkt.[66] Dat deze bronnen veelvuldig in de literatuur en in conclusies voorafgaand aan uitspraken van de Hoge Raad worden geciteerd, is een aanwijzing dat het om gezaghebbende bronnen gaat. Daarmee wil niet gezegd zijn dat de overige bronnen niet gezaghebbend zijn. Het is lastig precies te omschrijven wat een bron gezaghebbend maakt. Het is eenvoudiger te beoordelen of een bron betrouwbaar is, met name aan de hand van het criterium controleerbaarheid.[67]

De meeste bronnen hebben betrekking op het voorwerp van het onderzoek zelf. Er is niet aan rechtsvergelijking gedaan, maar er zijn wel een paar buitenlandse bronnen bestudeerd om te bezien of daaraan eventueel inzichten konden worden ontleend. Om dezelfde reden zijn enkele historische bronnen geraadpleegd, niet om systematisch te onderzoeken of en op welke wijze de (quasi-)bestuurder in de historie van 'ons' recht is ingebed,[68] maar wel om enig gevoel te krijgen of het fenomeen op een 'natuurlijke wijze' in ons huidige rechtssysteem (als resultaat van een lange ontwikkeling) past: zie in dat verband bijvoorbeeld par. 4.6, waarin de zorgplicht conceptueel wordt besproken.

Dat ik ook naar eigen werk verwijs ligt voor de hand, waarbij ik de vraag naar het gezag aan anderen overlaat.[69] Er is niet veel literatuur over het recht van Curaçao (voorheen de Nederlandse Antillen). Op het terrein van het rechtspersonenrecht zijn er de afgelopen twintig jaar maar drie monografieën specifiek over dit onderwerp

66 Als algemeen erkende gezaghebbende handboeken noem ik hier ter illustratie: Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II (2009); Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa (2013); Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond (2013); Assink/Slagter (2013); Van Schilfgaarde/Winter (2017); Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb (2019); en Asser/Kroeze 2-I (2021).

67 Wittgenstein (1977), nr. 600, stelt de vraag wat voor reden hij heeft leerboeken van de experimentele natuurkunde te vertrouwen. Vervolgens geeft hij aan geen reden te hebben ze niet te vertrouwen; hij vertrouwt ze. Hij weet hoe zulke boeken tot stand komen, of, zo geeft hij liever aan, hij gelooft dat te weten: "*Ik heb enige evidentie, maar deze gaat niet ver en is van zeer verstrooide aard. Ik heb dingen gehoord, gezien, gelezen.*" Deze 'negatieve' benadering spreekt mij aan: ik baseer mij op bepaalde bronnen omdat ik geen reden heb deze niet te vertrouwen.

68 Karapetian (2019), nr. 2.3.1 bespreekt het omslagpunt van bestuurdersaansprakelijkheid in 1927 aan de hand van het arrest HR 25 november 1927, *NJ* 1928, 364 (*Kretzschmar/Mendes de Leon*). Met deze uitspraak kwam vast te staan dat organen van rechtspersonen aansprakelijk kunnen zijn als zij zelf onrechtmatig hebben gehandeld, ofwel dat bestuurders niet gevrijwaard zijn van aansprakelijkheid indien zij handelingen verrichten in de uitvoering van hun bestuurlijke werkzaamheden. In de (ruim een) halve eeuw daarna zijn slechts sporadisch rechtszaken tegen bestuurders en commissarissen gevoerd waarin het om hun persoonlijke aansprakelijkheid ging. Zie Van der Grinten (1982).

69 Over enkele onderwerpen die in dit boek aan de orde komen heb ik eerder geschreven. Die eerder gepubliceerde teksten zijn deels overgenomen, zij het met aanpassingen en aanvullingen. Met name noem ik hier het onderwerp zorgplicht zoals besproken in par. 4.6 (zie Frielink (2007)) en hetgeen ik over de Forexx-zaak heb gespreven in par. 5.3 (zie mijn noot bij Rb Limburg 30 mei 2018, *JOR* 2018/208). Een deel van hoofdstuk 2 (Besturen en bestuurdersaansprakelijkheid – de stand van zaken) leunt op teksten die tijdens het promotieonderzoek door mij zijn geschreven en gepubliceerd: een bijdrage aan een bundel (zie Frielink (2017a)) en mijn boek over het Caribische rechtspersonenrecht (zie Frielink (2017b)).

verschenen, alle drie van mijn hand (2003, 2006 en 2017).[70] Ze laten zien waar ik stond en waar ik sta, welke ontwikkeling ik heb doorgemaakt en welke ervaring ik heb opgedaan.[71] Voor mij is de bestudering van eigen 'historisch' werk relevant, omdat het mij laat zien dat ik maar zelden echt tevreden ben, altijd ruimte voor verbetering zie en nog steeds in staat ben kritisch naar mijn eigen opvattingen te kijken. Naast creativiteit is een kritische houding bij het beoefenen van rechtswetenschap één van de belangrijkste eigenschappen waarover een onderzoeker moet beschikken. Die kritische zelfreflectie zou bij mij overigens evengoed eeuwige twijfel kunnen worden genoemd.

Subjectiviteit

De vraag kan worden gesteld in welke zin de onderzoeker onafhankelijk moet zijn. Als daarmee wordt bedoeld dat hij zich niet moet laten betalen om naar een bepaalde uitkomst toe te schrijven, dan kan de vraag zonder voorbehoud bevestigend worden beantwoord. Als wordt bedoeld dat hij de uitkomsten van het onderzoek van anderen of de beschrijving van (het voor hem relevante deel van) het rechtssysteem zo objectief mogelijk uiteen moet zetten, dan kan de vraag evenzeer positief worden beantwoord. Het gaat hier om een ernstig te nemen inspanningsverplichting, waarvan het resultaat voorwerp van discussie kan zijn.

De onderzoeker verricht zijn werkzaamheden echter vanuit zijn eigen 'constitutie': hij kijkt door *zijn* bril.[72] De glazen daarvan zijn gekleurd door *zijn* opvoeding, ervaring en (gegroeide) opvattingen.[73] In die zin is hij per definitie 'subjectief' in

70 Zie voor Aruba Van Veen (2020), die in 2009 met J.W. Bellingwout ook een boek over de Vennootschap met Beperkte Aansprakelijkheid het licht liet zien.

71 Mijn gedachten over het fenomeen quasi-bestuurder waren in 2006 nog weinig ontwikkeld: zie Frielink (2006), p. 43.

72 Kestemont (2016), p. 76 merkt op dat de "world-view" van een onderzoeker een belangrijke rol speelt, waarbij het gaat "*om persoonlijke opvattingen over de thematiek, betrokken belangen, de inrichting of werking van een samenleving, morele standaarden, ethische kwesties enzovoort. Ook de ideologische en politieke kleur van de rechtswetenschapper behoren hiertoe. Vaak is een onderzoeker zich niet echt bewust van deze persoonlijke uitgangspunten*". In dat verband is het nuttig om ook 'implicit race bias' te noemen. Robin DiAngelo, *White Fragility. Why it's so hard for white people to talk about racism*, London: Penguin Random House UK 2018, p. 129 merkt op: "*As I have tried to show throughout this book, white people raised in Western society are conditioned into a white supremacist worldview because it is the bedrock of our society and its institutions. Regardless of whether a parent told you that everyone was equal, or the poster in the hall of your white suburban school proclaimed the value of diversity, or you have traveled abroad, or you have people of color in your workplace or family, the ubiquitous socializing power of white supremacy cannot be avoided. The messages circulate 24-7 and have little or nothing to do with intentions, awareness, or agreement.*"

73 Vgl. Wittgenstein (1977), nr. 94, die aangeeft dat hij zijn wereldbeeld er niet op nahoudt, omdat hij zich van de juistheid hiervan heeft overtuigd, ook niet omdat hij van de juistheid overtuigd zou zijn, maar als de overgeleverde achtergrond, waartegen hij tussen waar en onwaar onderscheidt.

en bij alles wat hij doet.[74] Het is echter zijn subjectiviteit – zijn eigen, creatieve inbreng – die meerwaarde aan zijn onderzoek geeft. Dat neemt overigens niet weg dat een nauwkeurige beschrijving van wat *is*, op zichzelf ook een toegevoegde waarde heeft. Van belang is dat de onderzoeker een duidelijk onderscheid maakt tussen zijn beschrijvende activiteit en hetgeen hij analyseert en kritisch tegen het licht houdt.

Het is lastig goed zicht te hebben op de 'eigen kijk' op de wereld. En nog lastiger om te bepalen in hoeverre daarvan invloed op het onderzoek uitgaat. In algemene zin kan ik daarover opmerken dat ik, in Nederlandse verhoudingen, te plaatsen ben in de sociaal-liberale hoek. Dat betekent dat individuele vrijheid, solidariteit met anderen, en het dragen van verantwoordelijkheid voor het eigen doen en laten belangrijke waarden zijn. De juridische werkelijkheid is voor mij een volledig door mensen geconstrueerde werkelijkheid, en dat geldt ook voor in dat verband relevante waarden en rechtsbeginselen.[75] Als het gaat om het (civiele) recht, ben ik vooral geïnteresseerd in de 'disciplinerende' kant van het rechtssysteem: de gedragsnormering,[76] mede in relatie tot (de aard, reikwijdte en grondslag alsmede de toepassing in de rechtspraak van) de zorgplicht.[77] Op welk moment, en hoe, kan worden vastgesteld dat bepaald gedrag maatschappelijk zodanig wenselijk of onwenselijk is, dat het kan gelden als een invulling van de (als gezegd open) zorgvuldigheidsnorm? Daarop wordt in par. 4.6 ingegaan.

De subjectiviteit heeft een directe relatie met het onderwerp argumentatie. Stellingen en conclusies mogen niet in de lucht hangen: deze moeten op controleerbare 'feiten' of uitgangspunten zijn gebaseerd. Ze moeten worden onderbouwd. Wellicht dat het een enkele keer voorkomt dat de onderzoeker wel een mening heeft, maar dat hij daarvoor geen 'echte' bouwstenen kan aandragen. Hij zal dat dan moeten aangeven.

---

74 Bedacht moet worden dat ook de taal die de onderzoeker machtig is beperkingen meebrengt. De inhoud en gevoelswaarde van woorden zijn bijvoorbeeld sociaal-cultureel bepaald, maar kunnen ook binnen een taalgebied van persoon tot persoon verschillen. De taal die in dit onderzoek wordt gehanteerd – het Nederlands – is daarom maar één perspectief van waaruit de rechtswerkelijkheid kan worden geanalyseerd. In dit onderzoek gaat het meer precies om de taal en dus het perspectief van de onderzoeker zelf. Ook de situatie of context waarin de taal wordt gebruikt is relevant. De (primaire) doelgroep zal de betekenis van 'mijn' woorden waarschijnlijk op min of meer dezelfde wijze begrijpen, zodat hieraan verder voorbij kan worden gegaan.

75 Ik vermijd hier het woord fictie vanwege de associaties die het oproept met iets dat niet 'echt' zou zijn. Dat iets is geconstrueerd in de hier bedoelde zin (iets dus dat niet zichtbaar is), wil niet zeggen dat het niet als 'echt', 'reëel', of 'waar' kan worden ervaren. Het tegendeel is doorgaans het geval (denk bijvoorbeeld aan een huwelijk, een staat, een rechtspersoon, een taal of aan religie). Zie ook Frielink (2017b), nr. 1.3.

76 Een korte opmerking terzijde: menselijk gedrag is niet louter juridisch van aard, en wordt uiteraard niet alleen door het recht beïnvloed, maar kan bijvoorbeeld worden beïnvloed door een bepaalde religie, door de sociale omgeving, door degenen die macht uitoefenen, enzovoort.

77 Vgl. Frielink (2007).

Het moet duidelijk zijn als er een 'intuïtieve sprong' wordt gemaakt,[78] zodat anderen daarvan de eventuele irrationaliteit kunnen beoordelen. Gegeven de context waarin een dergelijke sprong wordt gemaakt, kan immers sprake zijn van een logische maar ook een (volstrekt) onlogische sprong. De 'intuïtieve sprong' komt neer op 'rechtsvinding' van de wetenschapper in en bij zichzelf: het is een subjectief oordeel over hoe het recht *behoort* te zijn. En dat oordeel moet passen binnen het 'rechtssysteem' zoals zich dat in hem heeft ontwikkeld. De 'intuïtieve sprong' – een mening gebaseerd op kennis, ervaring en intuïtie – is in die zin ook niet per definitie irrationeel noch on(rechts)wetenschappelijk. Het oordeel is immers 'toetsbaar'. Onderzocht kan bijvoorbeeld worden welke vooronderstellingen of interpretaties noodzakelijk aan het oordeel ten grondslag liggen en hoe die zich verhouden met het ('objectief' kenbare) rechtssysteem, of de 'springplank' op een consistente en logische wijze is gebouwd, of het oordeel tot absurde gevolgen leidt, en noem maar op.

Relevantie
Wetenschap mag wat mij betreft om de wetenschap worden bedreven: het gaat om een continu proces van ontwikkeling. Dat over de relevantie of het nut van allerlei wetenschappelijke onderzoeken discussies worden gevoerd, mede door het gebrek aan financiële middelen voor uiteenlopende wetenschappelijke onderzoeken, is mij bekend.[79] Voor rechtswetenschappelijk onderzoek op de wijze waarop ik dat bedrijf is, wat betreft de randvoorwaarden, in de kern alleen tijd en enthousiasme nodig. Het leveren van een bijdrage, hoe klein ook, aan meer en beter inzicht in een rechtsfenomeen dat in de praktijk veelvuldig voorkomt, zoals het fenomeen quasi-bestuurder, is per definitie relevant. Een nadere motivering op dit punt lijkt mij overbodig.

1.5 Hulpmiddel bij het lezen

In deze studie wordt verwezen naar Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek van Nederland (BW), zoals dat luidt met ingang van 1 juli 2021. Daarnaast wordt verwezen naar Boek 2 BW van Curaçao (BWC), zoals dat luidt met ingang van 1 januari 2021. Voor zover hier relevant stemt dat materieel overeen met dat van Nederland. Waar er verschillen zijn zullen die worden besproken. Het hier besproken recht van Curaçao

78 Zie voor de "sprong van Scholten" waar het rechters betreft: Asser/Scholten Algemeen deel (1974), nr. 28. Zie daarover ook Van Roermund (2000). In HR 16 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1628 (*AHP Manufacturing/Varkenshouder*), een zaak met betrekking tot causaliteitsafweging en billijkheidscorrectie bij schadeverdeling, wordt overwogen: "*Verder geldt dat zowel de causaliteitsafweging als de eventuele toepassing van de billijkheidscorrectie is verweven met waarderingen van feitelijke aard en in belangrijke mate berust op intuïtieve inzichten, zodat aan de desbetreffende oordelen slechts beperkte motiveringseisen kunnen worden gesteld.*" (r.o. 3.1.2). Asser/Vranken Algemeen deel *** (2014), nr. 4.6 zet beargumenteerd uiteen dat de rechtswetenschappelijke onderzoeker in vrijwel alle opzichten anders is dan een rechter.

79 Die discussie is bovendien niet alleen van onze tijd. Vgl. Van den Bergh en Jansen (2011), p. 68.

stemt (materieel en – nagenoeg – woordelijk) overeen met de Boeken 2 BW van Aruba en Sint Maarten, en het (gezamenlijke) Boek 2 BW van Bonaire, Sint Eustatius en Saba (de BES-eilanden) alsmede met het nog in te voeren Boek 2 BW van Suriname. Voor deze aanpak is gekozen om de tekst zo overzichtelijk en leesbaar mogelijk te houden.

In par. 1.1 is een eerste indeling van quasi-bestuurders in categorieën gegeven. Een meer specifieke indeling is mogelijk en die wordt in dit onderzoek ook gehanteerd. Deze nadere indeling wordt hier weergegeven als hulpmiddel bij het bestuderen van dit boek.

Waar hierna over 'goede trouw' wordt gesproken betreft dat alleen de vraag of de betrokken persoon de bestuursautonomie heeft gerespecteerd, en in dat opzicht te goeder trouw is, dan wel die autonomie heeft genegeerd of geschonden, en in dat opzicht niet te goeder trouw is.

Waar hierna over 'eigenmachtig' wordt gesproken, wordt bedoeld dat de betrokken persoon zich bijvoorbeeld als bestuurder gedraagt, maar zonder enige bevoegdheid of juridische grondslag. Zo heeft een zaakwaarnemer wel een juridische grondslag voor zijn optreden, en de bestuurder die te goeder trouw meent rechtsgeldig te zijn benoemd ook (zolang het gebrek in zijn benoemingsbesluit niet is ontdekt), maar de aandeelhouder die zich tegenover derden presenteert als een formele bestuurder van de vennootschap niet. Die aandeelhouder treedt eigenmachtig op.

Verder wijs ik er op dat in deze studie het begrip 'beslissende invloed' veelvuldig wordt gebruikt. Het gaat daarbij om de macht en de wil om het beleid (of een deel daarvan) vast te (doen) stellen of bestuursdaden te (doen) verrichten. Met macht wordt hier bedoeld het vermogen om iets zelf te doen (en – als feitelijke bestuurder – ook daadwerkelijk te doen) dan wel (als schaduwbestuurder) van anderen (het formele bestuur) gedaan te krijgen, dit laatste onder druk of dwang dan wel op basis van gemaakte afspraken.

De hierna bij elke categorie gegeven voorbeelden dienen slechts ter illustratie. Het zal steeds van de beoordeling door de rechter afhangen, op basis van de concrete feiten en omstandigheden van het voorliggende geval, of de kwalificatie quasi-bestuurder gerechtvaardigd is.

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 ExCo 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
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 voorzit.

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.[80]

80 Het beperken van de bestuurstaak tot criminele of anderszins onwettige activiteiten betekent per definitie een denaturering (en dus het niet respecteren) van de bestuursautonomie.

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 toekomende 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.

2 BESTUREN EN BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID – DE STAND VAN ZAKEN

"*Zoolang de Hooge Raad de bestuurderen beschouwt als geen deel uitmakende van de rechtspersoon, is er, op grond van een theoretische beschouwing, geen plaats voor aansprakelijkheid voor handelingen door dezen verricht.*"[1]

2.1 Inleiding

Het citaat hierboven weergegeven en het boek waaraan het is ontleend, laten zien hoe een dikke eeuw geleden werd geworsteld met het fenomeen rechtspersoonlijkheid en de juridische relatie van bestuurders tot rechtspersonen. Om te vermijden dat die destijds gevoerde discussie tot onnodige complicaties leidt wat betreft mijn onderzoek, is mijn vertrekpunt het thans geldende recht. Verder maak ik een onderscheid tussen formele (statutaire) bestuurders (degenen die overeenkomstig Boek 2 BW en de statuten rechtsgeldig zijn benoemd)[2] en de overige bestuurders (feitelijke bestuurders en schaduwbestuurders). Die overige bestuurders duid ik aan met het begrip quasi-bestuurder.

Alvorens op het fenomeen quasi-bestuurder in te gaan, wordt aandacht besteed aan enkele in dat verband relevante vragen. Wat is besturen en welke eisen worden aan het bestuur gesteld? Wat is een formele (ook wel statutaire) bestuurder? Welke verplichtingen rusten er uit hoofde van Boek 2 BW op het bestuur van een rechtspersoon? In welke gevallen kan een bestuurder (in die hoedanigheid) persoonlijk aansprakelijk worden gesteld? Wat is het toetsingskader voor persoonlijke aansprakelijkheid?

Deze onderwerpen komen op hoofdlijnen aan de orde. De antwoorden op de gestelde vragen zijn relevant, omdat ze een eerste kader bieden voor het centrale thema in dit onderzoek naar de vraag wanneer een (rechts)persoon als quasi-bestuurder kan worden aangemerkt, welke verplichtingen uit hoofde van Boek 2 BW op quasi-bestuurders (kunnen) rusten en in welke gevallen een quasi-bestuurder (in die

1 Van Nispen tot Sevenaer (1936), p. 133.

2 Tot de formele of statutaire bestuurders reken ik ook degenen die niet als zodanig zijn benoemd, maar door de wet wel met bestuurders worden gelijkgesteld (art. 2:134/244 lid 4 BW, zoals deze luiden sinds 1 juli 2021) of in het kader van een (enquête)procedure door de rechter als tijdelijke bestuurder zijn benoemd. Zie verder par. 3.2.

hoedanigheid) persoonlijk aansprakelijk kan zijn, en welk toetsingskader in dat geval wordt gehanteerd. De nadruk zal in dit hoofdstuk liggen op de kapitaalvennootschappen (NV en de BV), omdat de meeste rechterlijke uitspraken in dit verband op deze rechtspersoonsvormen zien.

2.2 Beknopte historische inleiding

Uitgangspunt bij mijn onderzoek zijn besturen en (quasi-)bestuurders van (privaatrechtelijke) rechtspersonen die door Boek 2 BW worden beheerst. De huidige vormgeving van ons rechtspersonenrecht is het (voorlopige) eindpunt van een ontwikkeling van eeuwen. Daarvan zullen enkele aspecten hier worden belicht. De Jongh heeft in zijn proefschrift *Tussen societas en universitas* verslag gedaan van zijn onderzoek naar onder meer (het functioneren en de kenmerken van) de Vereenigde Oost-Indische Compagnie (VOC) en het conflict dat zich in de 17e eeuw tussen de bewindhebbers (het bestuur) en de participanten (aandeelhouders) heeft voorgedaan. In zijn conclusie[3] noemt hij als onderwerpen die destijds aan de orde waren bijvoorbeeld handel met voorkennis, remuneratie van bestuurders, zelfverrijking en andere tegenstrijdig belang-transacties. Aan de orde kwamen verder het belang van fiduciaire verplichtingen van bestuurders, alsmede zeggenschaps- en informatierechten van aandeelhouders. Het conflict laat volgens hem zien welke belangentegenstellingen kunnen ontstaan als een vennootschap te maken heeft met verschillende belanghebbenden – in het geval van de VOC, de participanten en de Staten-Generaal. Het conflict laat volgens hem tevens zien dat vennootschappelijk belangenpluralisme noodzakelijkerwijs gepaard gaat met interne spanningen die enige vorm van regulering behoeven opdat wordt voorkomen dat één belang het onderspit delft.

Een belangrijk aspect dat bij de VOC speelde betreft de verhouding tussen enerzijds de participanten (de aandeelhouders) en anderzijds de bewindhebbers (de bestuurders), met name waar het de participanten betreft die niet in het bestuur waren vertegenwoordigd (de kleine(re) aandeelhouders). De bestuurder die tevens participant is, beheert niet alleen zijn eigen kapitaal, maar mede dat van anderen. De vergelijking met bijvoorbeeld een bewind*voerder* is dan gauw getrokken: die is belast met het beheer over goederen die iemand anders toebehoren. Het belang van de onderbewindgestelde hoort voor de bewindvoerder leidend te zijn, niet zijn eigen belang. Die gedachte is al zo oud als de spreekwoordelijke weg naar Rome.[4] Uit het onderzoek

3 De Jongh (2014), nr. 62. Zie ook Fockema Andreae (1985), p. 30-33; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II (2009), nr. 1; Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond (2013), nr. 2 e.v.; en Van Schilfgaarde/Winter (2017), nr. 6.

4 Het Romeinse recht is doorspekt met gedragsvoorschriften die voortvloeien uit de in acht te nemen *bona fides* (goede trouw/redelijkheid en billijkheid) en *diligentia* (zorgvuldigheid). Zie ter illustratie Spruit (2003), nr. 198 (voogdij); 466 (huur); 470 (arbeidsovereenkomst); 489 (vennootschap/*societas*); 497 (bruikleen); en 532 (zaakwaarneming).

van De Jongh blijkt dat de bewindhebbers bij de VOC geregeld ook (en niet zelden voornamelijk) hun eigen belangen dienden. Tegenwoordig leren we dat de bestuurder jegens de rechtspersoon (inmiddels een instituut) is gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak en dat hij op zorgvuldige wijze met alle betrokken belangen rekening behoort te houden. Belangenverstrengeling dient te worden vermeden en van bestuurders wordt verwacht dat ze transparant zijn als een verstrengeling dreigt.[5] Later in dit hoofdstuk zal worden besproken in welke gevallen een bestuurder – en door wie – persoonlijk aansprakelijk kan worden gehouden.

De Jongh[6] wijst er in zijn proefschrift op dat er in de beginjaren van de VOC[7] onduidelijkheid bestond over de persoonlijke aansprakelijkheid van bewindhebbers.[8] Naar de heersende opvatting waren zij jegens de participanten en derden niet aansprakelijk voor handelingen die zij in hun hoedanigheid hadden verricht, al aanvaardden zij wel hoofdelijke aansprakelijkheid (borgstellingen) voor leningen die zij aangingen namens de compagnie tot in ieder geval 1623.[9] De onduidelijkheid waarover De Jongh het heeft bestond aan het einde van de 18e eeuw nog steeds.[10] In die periode bestond het begrip rechtspersoon, zoals wij dat kennen, nog niet. Volgens De Jongh[11] waren de grenzen tussen verschillende vennootschappen onder het Rooms-Hollandse recht (het recht van vóór 1811[12]) niet helder: niet voor de vennoten, maar evenmin voor juristen. In de periode daarna was er een richtingenstrijd, die er uiteindelijk in resulteerde dat in art. 45 van het Wetboek van Koophandel van 1838 werd bepaald dat bestuurders persoonlijk aansprakelijk zijn jegens derden die schade lijden als gevolg van overtreding van de statuten (lees van overschrijding van de last van bestuurders).[13]

---

5 Zie voor een recent voorbeeld Hof Amsterdam 12 november 2019, *JOR* 2020/110 m.nt. Verboom (*Dikon/X c.s.*).

6 De Jongh (2014), nr. 1.

7 Volgens De Jongh (2014), nr. 48 werden de interne vennootschappelijke verhoudingen van de VOC vergaand beïnvloed doordat de VOC niet slechts was opgericht als handelsvennootschap, maar ook als publiek lichaam, en dus een hybride karakter had. De VOC fungeerde dikwijls als verlengstuk van de Staten-Generaal, in het bijzonder als oorlogsmacht in de strijd tegen de Portugezen en Spanjaarden in de Oost.

8 Het hoogste bestuursorgaan van de VOC was het college van Heren XVII dat de grote lijnen van het beleid vaststelde. De uitvoering van besluiten van de Heren XVII en de dagelijkse bedrijfsvoering geschiedde door de bewindhebbers. De bewindhebbers waren verbonden aan één van de zes kamers die waren gevestigd in de thuissteden van de voormalige voorcompagnieën (Amsterdam, Middelburg, Rotterdam, Delft, Hoorn en Enkhuizen). Alleen grootaandeelhouders kwamen in aanmerking voor het bewindhebberschap. Zie De Jongh (2014), nr. 49.

9 De Jongh (2014), nr. 49 en 55.

10 De Jongh (2014), nr. 84 e.v.

11 De Jongh (2014), nr. 86.

12 In 1811 werd in Nederland de Franse *Code de Commerce* ingevoerd. Zie Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II (2009), nr. 2; en Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond (2013), nr. 9-10.

13 De Jongh (2014), nr. 1, 100 en 117.

De positie van minderheidsaandeelhouders – de mate van invloed en bescherming die zij zouden moeten/willen genieten – heeft ook vandaag de dag de aandacht. Ten tijde van de VOC werd over dat onderwerp al heftig gediscussieerd. De Jongh[14] maakt in dat verband melding van een voorstel van dolerende participanten in de VOC van maart 1623. Zij verlangden dat de Heren IX (een controlerend orgaan) niet alleen een advies zou kunnen uitbrengen in de vergadering van de Heren XVII (het bestuursorgaan), maar ook zou kunnen meestemmen bij alle besluiten. Indien dat voorstel zou zijn uitgevoerd, zou het hoogste bestuursorgaan van de VOC overigens gelijkenis zijn gaan vertonen met een *one tier board*, bestaande uit 17 uitvoerende directeuren en 9 niet uitvoerende directeuren. Het monistisch bestuursmodel kent derhalve een lange geschiedenis.[15] In 1811 werd in Nederland de Franse *Code de Commerce* ingevoerd. De Jongh[16] geeft aan dat het ontbreken van commissarissen in deze wet voor enige verwarring zorgde. In de praktijk werd daar op verschillende manieren mee omgegaan. In sommige gevallen werden commissarissen beschouwd als een soort niet-uitvoerende bestuurders die met de uitvoerende bestuurders in één bestuursorgaan zitting hadden en op gezette tijden apart vergaderden. In Frankrijk was een dergelijk monistisch bestuursmodel volgens hem gebruikelijk.[17]

Uit het beknopte historische overzicht blijkt dat verschillende bestuursmodellen (hebben) bestaan en er gedurende de laatste eeuwen discussie is geweest over de rol en aansprakelijkheid van bestuurders.[18] Met de erkenning van rechtspersoonlijkheid en de opkomst van de institutionele leer,[19] zien we een andere rol van het bestuur: het bestuur wordt meer autonoom en krijgt meer bevoegdheden.[20] In deze studie ligt de nadruk op het onderwerp bestuurdersaansprakelijkheid. De rechtspraak inzake bestuurdersaansprakelijkheid heeft echter pas in de afgelopen decennia een enorme vlucht genomen.[21] Kennisneming van de geschiedenis laat zien dat sprake is van een (lange) ontwikkeling en dat leerstukken niet in beton zijn gegoten. Wetgeving is de resultante van de op dat moment (in de politiek/maatschappij) bestaande machtsverhoudingen, tegen de achtergrond van, kort gezegd, de op dat moment (over)heersende waarden en culturele opvattingen. Het begrip 'heersende leer' in de rechtswetenschap (op zichzelf geen statisch maar een dynamisch fenomeen) betekent dat er ook andere opvattingen zijn. Voor het voeren van een zuiver wetenschappelijk debat is niet alleen het besef nodig dat de rechtswetenschap geen waardenvrije wetenschap

14 De Jongh (2014), nr. 61.
15 Zie ook Kreileman (2020), nr. II.2.1.
16 De Jongh (2014), nr. 94.
17 Zie ook Kreileman (2020), nr. II.2.2.
18 Zie ook Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb (2019), nr. 112 e.v.
19 Tot ongeveer 1950 werd ervan uitgegaan dat de NV een rechtspersoonlijkheid bezittende variant was van de contractuele vennootschap. Vanaf die tijd kreeg de institutionele leer vaste voet aan de grond. Tegelijkertijd was er een ontwikkeling waarin het belang van de vennootschap als een zelfstandig belang werd erkend. Zie Van Schilfgaarde (2009), p. 410.
20 De Jongh (2014), nr. 156.
21 Vgl. Karapetian (2019), nr. 2.2 en Rechtspraakbundel (2020).

is – zij speelt zich *in* en niet *buiten* de maatschappij af, zoals de rechtswetenschapper niet *buiten* maar *in* de maatschappij staat, althans een product van de maatschappij is –, maar bovendien dat vooronderstellingen en van belang zijnde persoonlijke waarden of overtuigingen zoveel mogelijk expliciet worden gemaakt. Alleen al het feit dat aan waar we nu staan een lange ontwikkeling is voorafgegaan, noopt tot een zekere relativering bij het innemen van een eigen positie in het wetenschappelijke debat. In de volgende paragrafen wordt kort uiteengezet waar we nu staan, maar ook dat is 'slechts' een momentopname, omdat niet verwacht mag worden dat de ontwikkeling op dit vlak tot stilstand is gekomen.

2.3 Het orgaan bestuur

Scheltema[22] schreef in 1934 "*Het recht stelt dus de rechtspersoon in het algemeen – afgezien van uitzonderingsgevallen als ten aanzien van familierechten e.d. – met de natuurlijke persoon op één lijn. Nu is, in het kader van het recht gezien, één van de meest relevante eigenschappen van de natuurlijke persoon deze, dat hij in staat is, een wil te vormen en te uiten, en in het verkeer te handelen. Wil het objectieve recht met zijn constructie van de rechtspersoon eenig practisch resultaat bereiken, dan dient het er voor te zorgen, dat er ten aanzien van de rechtspersoon iets zij, dat op één lijn staat met het willen, uiten en handelen van de natuurlijke persoon: zonder dien ware de rechtspersoon een blinde, 'doove en stomme in een land van zienden, hoorenden en sprekenden.*" Daarmee is het nut en de noodzaak van het als rechtspersoon hebben van een bestuur gegeven.

Ik zal hier niet uitvoerig stilstaan bij de verschillende opvattingen die hebben bestaan over de vraag hoe de relatie tussen een bestuurder en een vennootschap (compagnie) geduid zou moeten of kunnen worden (lastgeving, gemachtigde van de aandeelhouders, huur en verhuur van diensten, overeenkomst *sui generis*, arbeidsovereenkomst al dan niet bij wege van analogie).[23] In 1901 heeft de Hoge Raad[24] uitgemaakt dat een NV rechtspersoonlijkheid bezit. Wat betreft de relatie tussen de bestuurder en de rechtspersoon overwoog de Hoge Raad dat, als men de verhouding van de bestuurders tot de vennootschap al kan aanmerken als een contract van lastgeving, het niet gaat om lastgeving door iedere aandeelhouder afzonderlijk aan de bestuurders bij de oprichting gegeven (die waren immers bij de oprichting geen partij), maar aan een lastgeving door de gezamenlijke aandeelhouders overeenkomstig de statuten verstrekt, waarbij de mogelijkheid niet is uitgesloten, dat een minderheid

22 Scheltema (1934a), p. 66.

23 Zie De Jongh (2014), nr. 117 en Scheltema (1934a), p. 69. Zie over de relatie tussen een bestuurder en de vennootschap nader Bennaars (2015). Haar wetshistorische bespreking begint met een beschouwing over de totstandkoming van het Wetboek van Koophandel 1838. Zie voor de contractuele band tussen de rechtspersoon en de niet-uitvoerend bestuurder Kreileman (2020), hfdst. IV.3.

24 HR 18 januari 1901, W7553 (*De Hoop*). Zie voor de achterliggende casus De Jongh (2014), nr. 116.

van aandeelhouders door de meerderheid overstemd wordt. In hedendaagse bewoordingen zou je kunnen zeggen dat het gaat om een organisatierechtelijke betrekking, waarbij Boek 2 BW en de statuten de bevoegdheden en verantwoordelijkheden alsmede de mogelijke persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder bepalen. Daarbij is (nog steeds) sprake van een last, in die zin, dat bestuurders verplicht zijn te besturen. Daarnaast kan er een contractuele verhouding bestaan tussen de bestuurder en de rechtspersoon (overeenkomst van opdracht of arbeidsovereenkomst).[25] De plicht om behoorlijk te besturen en een eventuele op Boek 2 BW gestoelde vordering op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur, vinden echter primair hun grondslag in de organisatierechtelijke betrekking.

Elke rechtspersoon wordt geacht een bestuur te hebben.[26] Zonder een bestuur kan de rechtspersoon niet functioneren en zijn doel niet verwezenlijken, althans niet op een wijze als de wetgever heeft bedoeld.[27] Een belangrijk uitgangspunt is de autonomie van het bestuur (de zelfstandige bestuursbevoegdheid). Binnen de door de wet en de statuten gestelde grenzen (en daaruit voortvloeiende beperkingen) komt het bestuur (in beginsel) zelfstandigheid en beleidsvrijheid toe,[28] en maakt het in onafhankelijkheid zijn keuzes. Bij grenzen en beperkingen kan onder meer worden gedacht aan een statutaire goedkeuringsregeling voor bepaalde bestuursbesluiten en aan een instructiebevoegdheid die in de statuten aan een ander orgaan is gegeven (zie par. 4.12). De bestuursautonomie dient door de andere organen van de rechtspersoon te worden gerespecteerd. Een bestuur mag niet vleugellam worden gemaakt en de bestuurstaak mag niet worden uitgehold, bijvoorbeeld door nagenoeg alle bestuursbesluiten aan voorafgaande goedkeuring van de RvC of de algemene vergadering te onderwerpen. In het geval dat de RvC of de algemene vergadering tot een zodanige goedkeuringsregeling zou besluiten dan is dat besluit nietig wegens strijd met de wet. Over de reikwijdte van de bestuursautonomie in concernverhoudingen is discussie mogelijk.[29] Verder kan de bestuursautonomie worden geschonden doordat een persoon zich bijvoorbeeld als statutaire bestuurder gedraagt zonder als zodanig te zijn benoemd. Deze en vergelijkbare schendingen van de wet en de statuten komen in de volgende hoofdstukken ruimschoots aan bod.

---

25 Zie nader De Bock (2017). In Curaçao is bepaald dat de rechtsverhouding tussen een bestuurder en de rechtspersoon niet wordt aangemerkt of mede wordt aangemerkt als een arbeidsovereenkomst (art. 2:8 lid 5 BWC).

26 Art. 2:19a BW bevat een regeling op grond waarvan de Kamer van Koophandel een rechtspersoon bij beschikking kan ontbinden als zich ten minste twee omstandigheden voordoen, waarbij een van de omstandigheden het ontbreken van een bestuur is. De gedachte daarachter is dat een rechtspersoon een bestuur moet hebben. Curaçao kent een vergelijkbare regeling in art. 2:25 e.v. BWC.

27 Dat het doel kan worden verwezenlijkt en de rechtspersoon kan functioneren met behulp van enkel quasi-bestuurders komt in par. 3.4.1 aan de orde. 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*).

28 Asser/Kroeze 2-I (2021), nr. 190.

29 Vgl. Bartman/Dorresteijn/Olaerts (2020), nr. 3.4.

Wat betreft de NV en de BV is bepaald dat de benoeming van bestuurders voor de eerste maal bij de akte van oprichting geschiedt en daarna door de algemene vergadering (art. 2:132/242 lid 1 BW).[30] De formele of statutaire bestuurder in de zin van Boek 2 BW is de (rechts)persoon die in overeenstemming met de wet en de statuten van de betrokken rechtspersoon is benoemd.[31] 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.[32] Dit betekent dat personen die wel de titel 'directeur' dragen, maar niet op de voorgeschreven wijze tot bestuurder zijn benoemd, géén statutaire bestuurder zijn.[33] 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. Uiteraard moet de persoon die tot bestuurder of commissaris is benoemd de benoeming ook aanvaarden, hetgeen stilzwijgend kan.

Onder formele of statutaire bestuurder wordt in deze studie dus verstaan de (rechts-)persoon die in overeenstemming met Boek 2 BW en de statuten van de betrokken

30 Zie voor de grote NV en BV art. 2:162/272 BW. Zie voor de regeling bij de vereniging art. 2:37 BW, voor de coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij art. 2:53a lid 1 BW, en voor de stichting art. 2:286 lid 4 onder e BW, 2:289 lid 1 BW en art. 2:299 BW.

31 Daaronder vallen ook degenen die niet als zodanig door het bevoegde orgaan zijn benoemd, maar door de wet wel met bestuurders worden gelijkgesteld (art. 2:134/244 lid 4 BW) of in het kader van een (enquête)procedure door de rechter als tijdelijke bestuurder zijn benoemd. Terzijde wijs ik op de vragen die het levenstestament oproept. Zie daarover K.A.M. van Vught, 'De aandeelhouder of bestuurder krachtens levenstestament – *new kid on the block of verdoolde?*', *WPNR* 7210 (2018), p. 749-750.

32 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: "*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 De Groot (2021), nr. 1.A.1; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II (2009), nr. 431; Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond (2013), nr. 228 en 248; Hanegraaf (2017), nr. 4.2; en Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb (2019), nr. 240. Zie ook Rb Gelderland 4 januari 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:52 (*SterGro*) voor een buiten vergadering tot stand gekomen benoemingsbesluit.

33 Procuratiehouders zijn evenmin als bestuurder aan te merken. Er heeft in het verdere verleden wel enige twijfel over bestaan. Zie Everling (1929). Bestuurders kunnen worden benoemd in de oprichtingsakte of daarna door het daartoe bevoegde orgaan, dan wel door een rechterlijke uitspraak. Vgl. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb (2019), nr. 194 en De Bock (2017), nr. 6.2.1.

rechtspersoon is benoemd.[34] Verder kan worden gedacht aan gevallen van belet of ontstentenis. De commissaris die in een dergelijk geval overeenkomstig Boek 2 BW en de statuten tijdelijk de bestuursfunctie uitoefent, is in zoverre als een formele bestuurder aan te merken (art. 2:134 lid 4/244 lid 4 BW). Degene die niet zijnde een statutaire bestuurder, zoals in dit voorbeeld de commissaris, op grond van Boek 2 BW *bevoegd* een bestuursdaad verricht, wordt door mij niet als quasi-bestuurder aangemerkt.[35] Hetzelfde geldt voor degene die door de rechter tot tijdelijke bestuurder in de zin van Boek 2 BW is benoemd: ook die wordt door mij niet als quasi-bestuurder aangemerkt.

Wat de inrichting van het bestuur betreft kan worden gekozen tussen een dualistisch (*two tier*) en een monistisch (*one tier*) bestuursmodel.[36] Is gekozen voor een monistisch bestuursmodel, waarbij het bestuur derhalve bestaat uit uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders, dan kan de vennootschap geen RvC hebben.[37] Voor zowel niet-uitvoerende bestuurders als leden van een RvC geldt dat uitsluitend natuurlijke personen als zodanig kunnen worden benoemd.[38] Dit vereiste hangt samen met het feit dat het uitoefenen van toezicht in deze context als een persoonlijke taakvervulling wordt gezien. In Curaçao is dit enigszins anders geregeld.[39]

---

34 Het is belangrijk dit voor deze studie vast te stellen, omdat soms op een andere wijze met de terminologie wordt omgegaan. Ik wijs hier ter illustratie op de MvT bij het voorstel inzake de Wijziging van het Wetboek van Strafrecht, Wetboek van Strafvordering en enkele aanverwante wetten in verband met de strafbaarstelling van het deelnemen en meewerken aan training voor terrorisme, uitbreiding van de mogelijkheden tot ontzetting uit het beroep als bijkomende straf en enkele andere wijzigingen, *Kamerstukken II*, 2007-2008, 31 386, nr. 3, p. 14-15: "*Binnen het kader van een rechtspersoon kunnen gewoonlijk tal van functies worden onderscheiden. Te denken valt aan accountants, financieel adviseurs, juristen en administratief en commercieel personeel. Niet zelden worden de functies, behorende tot het hogere kader van de rechtspersoon, ook wel aangeduid met het verzamelbegrip «bestuurders». Het gaat dan bijvoorbeeld om de beleidsbepalende en leidinggevende functies. Dit neemt niet weg dat ook deze zogenoemde bestuurders doorgaans ook een bepaalde functie bekleden, bijvoorbeeld die van chief executive officer (CEO), directeur of commissaris.* (…) *Op de keper beschouwd kan de term «bestuurder» derhalve zowel worden gebruikt als verzamelbegrip voor een aantal (top)functies die worden uitgeoefend in het kader van een samenhangende bedrijfseconomische activiteit, alsook gelden als benaming voor een werkzaamheid die niet gekoppeld is aan een specifieke functie maar desondanks aangemerkt kan worden als een vorm van beroepsuitoefening in de zin van artikel 28, eerste lid, onder 5°, Sr.*". Dit strafrechtelijke begrip bestuurder is in het kader van mijn onderzoek niet goed bruikbaar.

35 Dat ik, zoals zal blijken, een zaakwaarnemer wel als een quasi-bestuurder aanmerk, is daarin gelegen dat hij de juridische grondslag van zijn optreden niet ontleent aan Boek 2 BW of een rechterlijke uitspraak.

36 Met de inwerkingtreding van de Wet Toezicht en Bestuur per 1 juli 2021 (Stb. 2020, 507 en 508) geldt dit niet langer uitsluitend voor de NV en BV (art. 2:129a/239a BW), maar ook voor de vereniging (art. 2:44a BW) en de stichting (art. 2:291a BW). Zie ook Koster (2020). Zie over het monistisch bestuursmodel uitvoerig Kreileman (2020).

37 Art. 2:47 lid 1; 2:140 lid 1; 2:250 lid 1; en 2:292a lid 1 BW

38 Art. 2:44a lid 1; 2:129a; 2:239a lid 1; 2:140; 2:250 lid 1 BW; en 2:291a BW.

39 In Curaçao is bepaald dat een rechtspersoon geen commissaris kan zijn bij een rechtspersoon waaraan een onderneming in de zin van de Handelsregisterverordening toebehoort (art. 2:19 lid 3 BWC). Dat geldt dus per definitie voor de NV, BV, coöperatieve vereniging en de onderlinge waarborgmaatschappij. Dit verbod geldt niet voor de niet-uitvoerend bestuurders in een monistisch bestuursmodel (art. 2:18 BWC). In Curaçao kan een rechtspersoon derhalve wel als niet-uitvoerend bestuurder worden benoemd.

Dat iemand rechtsgeldig tot bestuurder van een rechtspersoon is benoemd en zich een statutaire bestuurder mag noemen, zegt op zichzelf niets over de inhoud van die functie. Met de benoeming ontstaat een organisatierechtelijke betrekking tussen de bestuurder en de rechtspersoon. Dat betekent dat met de benoeming 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 bijvoorbeeld een arbeidsovereenkomst of overeenkomst van opdracht kan de relatie nader worden ingevuld, maar dat is niet altijd nodig.[40] 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. Dat de wet in art. 2:134/244 lid 3 BW – wat de NV en de BV betreft – bepaalt dat in het geval dat een bestuurder is ontslagen, herstel van de arbeidsovereenkomst tussen de vennootschap en bestuurder door de rechter niet kan worden uitgesproken, moet niet zodanig worden uitgelegd, dat daaruit (a contrario) zou volgen dat de contractuele relatie per definitie als een arbeidsovereenkomst moet worden aangemerkt.

In de Caribische delen van het Koninkrijk 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 BWC).[41] Bestuurders van rechtspersonen genieten geen arbeidsrechtelijke (ontslag)bescherming.[42] Wel kunnen zij in bijvoorbeeld een overeenkomst van opdracht allerlei elementen van een arbeidsovereenkomst opnemen en ook fiscaal kan sprake zijn van een dienstbetrekking.

2.4 De bestuurstaak

De vraag naar de aard en omvang van de bestuurstaak is relevant.[43] De hierna te bespreken hoge drempel voor aansprakelijkheid (de ernstig verwijt-maatstaf) is immers alleen van

40 Van der Grinten (1982), p. 201-202 merkt op dat bestuurders en commissarissen van een vennootschap, een contractuele verhouding tot de vennootschap hebben. Zie ook Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb (2019), nr. 171 en De Bock (2017).

41 Ten tijde van het afronden van het manuscript was er discussie over het op 1 januari 2021 ingevoerde Boek 2 BW van Aruba. De officieel gepubliceerde tekst is gelijk aan art. 2:8 lid 5 BW van Curaçao, maar blijkens de wetsgeschiedenis zou een arbeidsovereenkomst wel mogelijk zijn, maar zonder dat herstel van de dienstbetrekking mogelijk is. Vgl. W.J.M. van Veen, *Parlementaire Geschiedenis Burgerlijk Wetboek van Aruba. Boek 2*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 35-39. Wellicht volgt nog herstelwetgeving.

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

43 Strikwerda (2002) analyseert ondernemingsbestuur vanuit diverse invalshoeken: de bedrijfskundige, de juridische, de economische en vanuit, wat hij noemt, management control.

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.[44]

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.[45] Van al deze en andere (talloze) 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 Nederland noch in de Caribische delen van het Koninkrijk een wettelijke definitie van het begrip besturen en evenmin een omschrijving van wat het besturen van een 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 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 die taak te kunnen vervullen.[46] Ik laat dit onderwerp, alsmede de vraag naar de verantwoordelijkheid van het tot benoeming bevoegde orgaan in dit verband, hier verder rusten.

Behoudens beperkingen volgens de statuten is het bestuur van een rechtspersoon belast met het besturen van de rechtspersoon.[47] Uit het feit dat over ‘belast’ wordt

---

44 Zie ook Van Nuland (2021), hfdst. 3.

45 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.*”

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

47 Zie de art. 2:44 lid 1 BW voor de vereniging, art. 2:129 lid 1 BW voor de NV, art. 2:239 BW voor de BV en 2:291 lid 1 BW voor de stichting. Als een bijzondere vorm van de vereniging geldt dit ook voor coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen (art. 2:53a lid 1 BW). De NV of BV kan door de rechtbank worden ontbonden indien deze haar werkzaamheid tot verwezenlijking van haar doel heeft gestaakt (art. 2:74/185 BW). Deze ontbindingsmogelijkheid bestaat niet in Curaçao (art. 2:24 lid 3 BWC).

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.[48]

De algemene norm waaraan een bestuur moet voldoen is vastgelegd in art. 2:9 BW.[49] In lid 1 is bepaald dat elke bestuurder tegenover de rechtspersoon is gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak, en dat tot de taak van de bestuurder alle bestuurstaken behoren die niet bij of krachtens de wet of de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld. De bepaling richt zich uitdrukkelijk tot de individuele bestuurders. Bestuurders dienen zich bij de vervulling van hun taak te richten naar het belang van de rechtspersoon en de daarmee verbonden onderneming of organisatie.[50]

In lid 2 van art. 2:9 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 geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.[51] Die verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken brengt bij een meerhoofdig bestuur mee dat bestuurders elkaar van relevante ontwikkelingen op de hoogte moeten houden, en elkaar tot op zekere hoogte ook moeten controleren.

In algemene zin omvat de bestuurstaak de volgende aspecten.[52] 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[53] op de langere termijn, bereidt dat voor, en voert dat uit.

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

49 De norm is van overeenkomstige toepassing op een RvC (art. 2:47 lid 2; 2:149; 2:259; en 2:291 lid 3 BW). In Curaçao is de norm vastgelegd in art. 2:14 lid 1 BWC.

50 Met de inwerkingtreding van de Wet Toezicht en Bestuur per 1 juli 2021 (Stb. 2020, 507 en 508) is de norm die reeds (expliciet) gold voor de NV en BV (art. 2:129/239 lid 5 BW), ook van toepassing geworden op de vereniging (art. 2:44 lid 3 BW) en de stichting (art. 2:291 lid 3 BW).

51 Zie over deze norm ook Kreileman (2020), nr. VII.3.2.2.

52 Honée (2018), p. 127; Westenbroek (2017), nr. 3.3; Asser/Kroeze 2-I (2021), nr. 189; Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond (2013), nr. 231; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* (2009), nr. 390-393; Kollen (2007), nr. 7.2.1.; De Groot (2021), nr. 1.A.3; en Van Veen en Bellingwout (2008), nr. 7.1.2. Zeer uitvoerig is Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb (2019), nr. 135 e.v.

53 Daarbij kan onder meer worden gedacht aan beleid op financieel, sociaal, (bedrijfs)economisch of maatschappelijk terrein, maar ook aan personeels-, markt-, innovatie- en milieubeleid.

De bestuurstaak omvat het bepalen van de strategie[54] 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.[55] Is aan de rechtspersoon een onderneming verbonden dan is het bestuur verantwoordelijk voor de continuïteit daarvan, en richt zich 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 kunnen evenzeer verplichtingen voor het bestuur bevatten (fiscale wetgeving, arbeidswetgeving, milieuwetgeving en noem maar op). Zie verder par. 2.5.

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' (zie par. 2.6) alleen van toepassing is op bestuurshandelingen.[56] 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 zonder dat te beseffen van de BV gekocht.[57] 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 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

54 Daarover Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb (2019), nr. 139. Het begrip 'strategie' heeft geen strak omlijnde inhoud, maar dient wel ruim te worden uitgelegd. Ook het afstoten van een deelneming of het splitsen van bedrijfsonderdelen vallen onder dit begrip. Begrippen als 'toekomstdoelen', 'richting', 'plannen', 'visie', 'missie' en dergelijke komen in relatie tot strategie vaak voor, net als korte, middellange en lange termijn.

55 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.

56 Timmerman (2017), p. 28-31 spreekt in dit verband over het petten-beginsel.

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

en daarmee verbonden tuchtrechtspraak, zoals bij advocaten, accountants, makelaars en medici.[58] Volgens Kroeze[59] 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, tegelzetters, 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.[60]

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.[61] Het begrip 'vennootschappelijk belang'[62] is al decennia een kernbegrip in het ondernemingsrecht. In dat verband wordt tegenwoordig meer en meer over een belangenpluralisme gesproken. Het afwegen van (met name tegenstrijdige) belangen is een wezenlijk onderdeel van het besturen van een rechtspersoon, niet alleen bij vennootschappen. In de Cancun-beschikking[63] 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, zorgvuldigheid te betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderne-

58 Vgl. Timmerman (2017), p. 29-30.

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

60 Karapetian (2019), nr. 2.7.2 is van oordeel dat het veel zinvoller is om na te gaan aan welke normen (wettelijke en zorgvuldigheidsnormen) een feitelijke bestuurder is gebonden indien hij de rechtspersoon in een bepaalde kwestie vertegenwoordigt dan om de vraag te beantwoorden of het 'ernstig verwijt' ook de gedragingen van de feitelijke bestuurder omvat. Volgens haar dwingt de systematiek van het 'ernstig verwijt' tot het maken van allerhande onderscheidingen waardoor de discussie over en de inhoudsbepaling van de aansprakelijkheidsnormen onnodig troebel raakt.

61 Assink (2007), p. 1.

62 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. Zie in dit verband Maeijer (1989) en de Maeijer bundel (1988). Meijers (1948), p. 183 merkt over het belang van de rechtspersoon zelf het volgende op: "*Bij iedere rechtspersoon staat een door het recht erkend en beschermd doel op de voorgrond. Al wat dit doel dient, is in het belang der rechtspersoon. Een rechtspersoon heeft derhalve even goed haar door het recht beschermde belangen als de physieke persoon.*"

63 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 voor diverse visies op deze uitspraak Verdam e.a. (2015); Van Schilfgaarde (2016), nr. 69 e.v.; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb (2019), nr. 108, 111 en 122 e.v.; en Van Nuland (2021), nr. 3.6.3.3.2.

ming 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 (het 'organisatiebelang').

In relatie tot het besturen van een rechtspersoon wordt ook gesproken over risicomanagement.[64] 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 worden genomen. Hier kan worden volstaan met de constatering dat risicomanagement per rechtspersoon zal verschillen en dat risicomanagement een onderdeel van de bestuurstaak is.

Assink[65] – 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.

64 Strik (2010), hoofdstuk 8.

65 Assink (2007), p. 8-10. Zie ook Mendel (1989), Assink/Slagter (2013), nr. 51 (p. 902 e.v.), en Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb (2019), nr. 122 e.v.

2.5 Verplichtingen die op het bestuur rusten

De bestuurstaak houdt op zichzelf al een verplichting in: het bestuur moet besturen. In deze paragraaf gaat het in meer specifieke zin om verplichtingen die op grond van de wet op een bestuur rusten.[66]

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. In deze studie beperk ik mij echter 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 het in het kader van bestuurdersaansprakelijkheid relevant is of een bestuurder 'in hoedanigheid' handelde of niet. Karapetian[67] stelt bijvoorbeeld de vraag of het zonder 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. Deze vragen zijn van belang in verband met het al dan niet van toepassing zijn van de hierna te bespreken maatstaf van "ernstig verwijt". Per geval zal uiteindelijk de rechter moeten bepalen of de activiteit of handeling zodanig samenhangt met de hoedanigheid van statutaire bestuurder dat sprake is van een bestuursdaad (of een daarmee gelijk te stellen nalaten) of niet.

Wat betreft Boek 2 BW worden hier – slechts ter illustratie – enkele verplichtingen genoemd die op het bestuur rusten.[68] 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. 2:10 BW);[69]
- het voorkomen dat de werkzaamheid van de rechtspersoon in strijd is met de openbare orde (art. 2:20 BW);
- het inschrijven van de statuten in het handelsregister;[70]

66 Zie ook De Roo (2018), die aangeeft dat een rechtspersoon zich rechtsconform behoort te gedragen, en dat er daarom een nalevingsplicht op het bestuur rust. Deze nalevingsplicht is een onderdeel van de bestuurstaak.

67 Karapetian (2019), nr. 2.4.

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

69 Zie wat de jaarrekeningplicht betreft ook art. 2:49 BW inzake de vereniging, art. 2:58 BW voor de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij, art. 2:101/210 BW voor de NV en BV, en art. 2:300 BW voor de stichting. Bijzondere voorschriften inzake de jaarrekening en het bestuursverslag zijn te vinden in Titel 9 van Boek 2 BW. Zie voor het toepassingsbereik art. 2:360 BW.

70 Zie voor de vereniging art. 2:29 BW (de verplichting geldt alleen als de statuten zijn opgenomen in een notariële akte), de NV en BV art. 2:69/180 BW, en voor de stichting art. 2:289 BW. Voor een statutenwijziging geldt deze verplichting evenzeer.

- het jaarlijks uitbrengen van een bestuursverslag;[71]
- het aan het handelsregister opgeven als de rechtspersoon als 'groot' moet worden aangemerkt;[72]
- het bijhouden van een aandeelhoudersregister bij de NV en BV (art. 2:85/194 BW);
- een beschrijving van de inbreng op aandelen anders dan in geld bij de NV en de BV (art. 2:94b/204a BW);
- het in strijd met de voorwaarden verwerven van aandelen in het eigen kapitaal van de vennootschap (art. 2:98/207 BW);[73]
- het verbod tot het verlenen van ongeoorloofde steun bij de verwerving van aandelen in een NV of BV (art. 2:98c BW);[74]
- het verbod om aan de beraadslaging en besluitvorming deel te nemen indien de bestuurder daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft (art. 2:129/239 lid 6 BW); en
- de verplichting de voor de taakuitoefening noodzakelijke gegevens aan de RvC te verschaffen (art. 2:141/251 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;[75]
- de verplichting zich te gedragen als een goed werkgever (art. 7:611 BW);
- de verplichting te zorgen voor de veiligheid en de gezondheid van de werknemers inzake alle met de arbeid verbonden aspecten (art. 3 Arbeidsomstandighedenwet);
- verplichtingen in het kader van financiële toezichtswetgeving, waaronder inzake beheerste en integere bedrijfsvoering en cliëntenonderzoek;[76] en

71 Zie voor de vereniging art. 2:48 BW, voor coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen art. 2:58 BW, voor de NV en BV art. 2:101/210 BW, en voor de stichting art. 2:300 BW.

72 Zie voor coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen art. 2:63b BW.

73 Vgl. Van Nuland (2021), nr. 4.2.4.4.

74 Voor de BV gold een vergelijkbare bepaling. Dit art. 2:207c BW is echter per 1 januari 2012 vervallen.

75 Vgl. Booij (2017). Dit is ook voor trustbestuurders van belang. Zie bijvoorbeeld Rb Amsterdam 14 februari 2018, *JOR* 2018/126 m.nt. Van Eersel (*Ontvanger/Tradman*). Op grond van art. 36 Invorderingswet 1990 is ieder van de bestuurders van een rechtspersoonlijkheid bezittend lichaam in de zin van de Algemene wet inzake rijksbelastingen dat volledig rechtsbevoegd is, voor zover het aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen, hoofdelijk aansprakelijk voor de loonbelasting, de omzetbelasting, de accijns, de verbruiksbelastingen van alcoholvrije dranken en van pruimtabak en snuiftabak, de in artikel 1 van de Wet belastingen op milieugrondslag genoemde belastingen en de kansspelbelasting, verschuldigd door een dergelijk lichaam.

76 Zie bijvoorbeeld de Wet toezicht trustkantoren 2018. Daarover Frielink, Van Eersel en Van der Wulp (2020), nr. 3.5 en 4.5.

- de verplichting de nodige zorg voor het milieu in acht te nemen (art. 1.1a Wet milieubeheer).[77]

De vraag of en welke verplichtingen die op formele bestuurders rusten, ook op quasi-bestuurders kunnen rusten komt aan de orde in par. 3.2.4 en wordt nader geanalyseerd in par 4.11.

2.6 Bestuurdersaansprakelijkheid

2.6.1 Inleiding

Besturen veronderstelt actief handelen. In Boek 2 BW is een algemeen toetsingskader vastgelegd voor bestuurders (en toezichthouders) bij alle rechtspersonen.[78] Het leerstuk onrechtmatige daad (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 zelf aansprakelijk. Onder omstandigheden kunnen de leden van het bestuur naast de rechtspersoon persoonlijk aansprakelijk zijn.

Waar het gaat om bestuurdersaansprakelijkheid kan een onderscheid worden gemaakt tussen drie situaties, die in de hierna volgende paragrafen worden besproken:[79]

- Intern: aansprakelijkheid jegens de rechtspersoon (art. 2:9 lid 2 BW) (*criterium*: ernstig verwijt)

---

77 In deze wet en de daarop berustende bepalingen worden onder gevolgen voor het milieu in ieder geval verstaan gevolgen voor het fysieke milieu, gezien vanuit het belang van de bescherming van mensen, dieren, planten en goederen, van water, bodem en lucht en van landschappelijke, natuurwetenschappelijke en cultuurhistorische waarden en van de beheersing van het klimaat, alsmede van de relaties daartussen, en de gevolgen die verband houden met een doelmatig beheer van afvalstoffen of een doelmatig beheer van afvalwater, gevolgen die verband houden met het verbruik van energie en grondstoffen, alsmede gevolgen die verband houden met het verkeer van personen of goederen van en naar de inrichting (art. 1.1 lid 2 Wet milieubeheer).

78 In deze studie staan de privaatrechtelijke rechtspersonen centraal. Zie over bestuurdersaansprakelijkheid en doorbraak van aansprakelijkheid (waaronder vereenzelviging) Bartman/Dorresteijn/Olaerts (2020), nr. 8.1 e.v.; De Groot (2021); Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II (2009), nr. 440 e.v.; Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond (2013), nr. 257 e.v.; en Assink/Slagter (2013), nr. 51-53. Zie voor het onderwerp aansprakelijkheid in een bredere en semipublieke context Jak (2016).

79 De belangrijkste Nederlandse en Nederlands Caribische rechtspraak, om te beginnen met de Beklamel-zaak, is door mij gebundeld en (deels) van kort commentaar voorzien: Rechtspraakbundel (2020). Die rechtspraak zal in dit hoofdstuk dan ook niet in extenso worden behandeld.

- Extern: aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad jegens derden (art. 6:162 BW) (*criterium*: persoonlijk ernstig verwijt)[80]

- Extern: aansprakelijkheid jegens de boedel (faillissement) op grond van art. 2:138/248 BW (*criterium*: kennelijk onbehoorlijk 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.[81]

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.[82] In het kader van de bestuurdersaansprakelijkheid bij faillissement speelt de maatstaf evenzeer een rol. Dit is niet de plaats om een bijdrage te leveren aan het academische debat over deze maatstaf en de vraag of deze als zodanig in de

80 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 Bartman/Dorresteijn/Olaerts (2020), nr. 8.2; Laagland (2015), nr. 4.2; Mohr (1996), p. 789-790; en mijn noot bij Gerecht in Eerste Aanleg Sint Maarten 8 februari 2011, *Cjb* 2011/2, p. 116-125 (*Workers Institute/Simpson Bay Resort*). Wat laatstgenoemde zaak betreft verwijs ik ook naar het vonnis van het GHvJ (Sint 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.

81 HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470, *NJ* 2018/330 m.nt. Van Schilfgaarde, *JOR* 2018/234 m.nt. Kraaipoel 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 GHvJ (Sint Maarten) 13 maart 2015, ghis 69560 – H 300/14, Rechtspraakbundel (2020), nr. 24 (*Standard Trust/Seferina en Le Poole q.q.*). Zie verder Frielink, Van Eersel en Van der Wulp (2020), hoofdstuk 7.

82 Timmerman (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.

wet had dienen te worden opgenomen.[83] Ik kan mij vinden in hetgeen A-G Drijber[84] 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.[85] Wat de interne aansprakelijkheid betreft kan als rechtvaardiging uiteraard enkel de onder (ii) genoemde omstandigheid gelden. De ernstig verwijt-maatstaf is niet nodig om bescherming te bieden tegen 'bad luck', daartegen biedt de gewone maatstaf reeds bescherming, maar (tot op zekere hoogte) wel tegen verkeerde keuzes die zijn gemaakt.

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 vast-

83 De meest diepgaande (in hoofdzaak dogmatische) studie hierover is die van Westenbroek (2017). Zie ook de opstellen in de Kroeze bundel (2017).

84 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.

85 Hoge Raad 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470, *NJ* 2018/330 m.nt. Van Schilfgaarde, en *JOR* 2018/234 m.nt. Kraaipoel, 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*).

gesteld dat sprake is van onbehoorlijk bestuur, komt de vraag aan de orde of een individuele bestuurder daarvan (persoonlijk) een ernstig verwijt kan worden gemaakt.[86]

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. Mulderije[87] 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.[88] Van de rechter wordt dan wel verwacht dat hij zijn uitspraak zodanig motiveert dat die daardoor controleerbaar en navoelbaar wordt.[89]

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;[90]

---

86 Zie Van Schilfgaarde/Winter (2017), nr. 47, en Timmerman (2017), p. 25-27. Zie Westenbroek (2017) voor historische en kritische beschouwingen over de maatstaf "ernstig verwijt". Westenbroek is van mening dat de dubbele toets (eerst vaststellen of sprake is van onbehoorlijk bestuur, en daarna beoordelen of sprake is van een (persoonlijk) ernstig verwijt), niet past in de systematiek van art. 2:9 BW (nr. 6.7, p. 286-287).

87 Mulderije (1931), p. 228.

88 Vgl. Frielink (2007).

89 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 ook Kwak (2010).

90 Assink/Slagter (2013), nr. 13, p. 217. Op p. 229 wordt een opsomming gegeven van omstandigheden die bij de beoordeling van bestuurlijk gedrag relevant kunnen zijn.

- een bestuurder vervult zijn taak onbehoorlijk wanneer hij onverantwoord heeft gehandeld met de wetenschap dat de rechtspersoon daardoor benadeeld zou kunnen worden;[91]
- een bestuurder vervult zijn taak onbehoorlijk wanneer hij onverantwoord heeft gehandeld met de wetenschap dat derden (schuldeisers van de rechtspersoon) daardoor benadeeld zouden kunnen worden;[92]
- 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 (adequaat) onderzoek naar de risico's, heeft geen adequate systemen van risicobeheersing, doet geen onderzoek naar incidenten e.d.[93]

De hier genoemde voorbeelden kunnen leiden tot aansprakelijkheid van de bestuurder jegens de rechtspersoon en/of jegens derden. De aansprakelijkheid jegens de rechtspersoon komt in par. 2.6.2 aan de orde en die jegens derden in par. 2.6.3 (faillissement) en in par. 2.6.4 (onrechtmatige daad).

Op deze plaats merk ik vast het volgende op. In het kader van het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid duiden de begrippen 'ernstig verwijt' en 'ernstig persoonlijk verwijt' erop dat een bestuurder alleen dan aansprakelijk is als hem persoonlijk een verwijt valt te maken.[94] Het is een schuldvraag. Aansprakelijkheid treft echter niet alleen de bestuurder (of commissaris) die apert en verwijtbaar is tekortgeschoten in de uitoefening van zijn functie. Er kan immers sprake zijn van hoofdelijke aansprakelijkheid van een bestuurder zonder dat deze zelf apert en verwijtbaar is tekortgeschoten in de vervulling van zijn taak, namelijk indien sprake is van het faillissement van de rechtspersoon en het criterium 'kennelijk onbehoorlijk bestuur' wordt gehanteerd. De enkele stelling dat een andere bestuurder apert en verwijtbaar is tekortgeschoten disculpeert deze bestuurder dan ook niet. Bij de vervulling van de wettelijke vermoedens[95] kan sprake zijn van aansprakelijkheid in situaties waarin geen sprake is van apert en verwijtbaar tekortschieten. Tegelijkertijd geldt dat als daarvan geen sprake is, dat enkele gegeven niet meebrengt dat alle bestuurders (of commissarissen) zich met succes kunnen disculperen.

---

91 Kroeze bundel (2017), p. 177.

92 Strik (2010), nr. 3.3.2.

93 Strik (2010), nr. 9.5.2. In hoofdstuk 8 gaat zij in op de algemene aspecten van risicomanagement en in hoofdstuk 9 op de aansprakelijkheid voor falend risicomanagement.

94 Zie HR 10 januari 1997, *NJ* 1997/360 m.nt. Maeijer; *JOR* 1997/29, en Rechtspraakbundel (2020), nr. 2 (*Staleman/Van de Ven*), waarin dit begrip in dit verband door de Hoge Raad werd geïntroduceerd.

95 Art. 2:138/248 lid 2 BW en art. 2:16 lid 2 BWC.

2.6.2 De interne aansprakelijkheid

De interne aansprakelijkheid betreft de relatie tussen de bestuurder en de rechtspersoon waarvan hij bestuurder is.[96] 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. 2:9 BW is vereist dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt.[97] Per 1 januari 2013 is deze uit de rechtspraak[98] reeds bekende maatstaf met zoveel woorden in lid 2 van dit artikel opgenomen. 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. 2:9 lid 2 BW) dat een bestuurder voor het geheel aansprakelijk is ter zake van onbehoorlijk bestuur, tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden. In deze regeling komt tot uitdrukking dat indien sprake is van een meerhoofdig bestuur, het uitgangspunt collegiale verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid is.[99] 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 arbeidsovereenkomst of 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. 2:9 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 contractu-

96 Dat deze aansprakelijkheid 'intern' wordt genoemd ziet enkel op het feit dat het hier gaat om de rechtspersoon zelf die de (ex-)bestuurder kan aanspreken (op grond van niet-behoorlijke taakvervulling) en van hem bijvoorbeeld schadevergoeding kan vorderen. Het spreekt voor zich dat deze mogelijkheid mede van belang kan (en veelal zal) zijn van externe partijen, zoals de crediteuren van de rechtspersoon. Zie Van de Bunt e.a. (2013) over de (mogelijke) motieven voor het intern aansprakelijk stellen van bestuurders.

97 De aansprakelijkheid van een bestuurder op grond van art. 2:9 BW is gebaseerd op de organisatierechtelijke betrekking van de bestuurder met de rechtspersoon, en is dus geen aansprakelijkheid op contractuele grondslag. 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. 2:9 lid 2 BW) niet van toepassing is. De maatstaf van 'ernstig verwijt' zal bij deze grondslag wel worden toegepast.

98 Zie HR 10 januari 1997, *NJ* 1997/360 m.nt. Maeijer; *JOR* 1997/29, en Rechtspraakbundel (2020), nr. 2 (*Staleman/Van de Ven*), waarin het handelen van een bestuurder wordt getoetst aan dat van een maatman-bestuurder, zijnde de bestuurder die handelt met het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak is berekend en die taak nauwgezet vervult. Zie verder HR 4 april 2003, *JOR* 2003/134 m.nt. Borrius (*Skipper Club Charter/Jaarsma*) en HR 2 maart 2007, *JOR* 2007/137 m.nt. Olden (*Nutsbedrijf Westland/Schieke c.s.*).

99 Asser/Kroeze 2-I (2021), nr. 194.

ele 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 maatman-bestuurder, althans als ondergrens.[100]

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 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.

Op grond van art. 2:216 BW is een bestuurder van een BV jegens de vennootschap aansprakelijk voor het tekort dat door een uitkering aan de aandeelhouders ontstaat in het geval dat de vennootschap na het doen van die uitkering niet kan voortgaan met het betalen van haar schulden en de bestuurder dit wist of behoorde te weten. Ook dit is een geval van interne aansprakelijkheid. In het criterium voor persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder is de ernstig verwijt-maatstaf inbegrepen.[101]

2.6.3 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. 2:138/248 BW.[102]

---

100 Timmerman (2017), p. 32.

101 Timmerman (2017), p. 34. Zie Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa (2013), nr. 213 voor de wijze waarop een bestuurder zich zou kunnen disculperen wanneer bij de BV uitkeringen zijn gedaan in strijd met art. 2:216 BW.

102 De art. 2:138 BW en 2:248 BW zien op respectievelijk de NV en de BV, maar zijn 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 (art. 2:50a BW) 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 (art. 2:300a BW). 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. Zie voor de commissarissen de art. 2:50a lid 3; 2:149; 2:259; en 2:300a lid 3 BW. Wat de RvC betreft geldt als uitgangspunt dat eerst moet worden vastgesteld of het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld, waarna – als die vraag bevestigend moet worden beantwoord – de vraag aan de orde komt of de RvC zijn toezichthoudende taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. Pas nadat is vastgesteld dat in die mate sprake is van gebrekkig toezicht door het toezichthoudende orgaan, komt de vraag aan de orde of sprake is van een persoonlijk ernstig verwijt. Zie Strik (2010), nr. 5.4.

De maatstaf die wordt gehanteerd is of het bestuur (als orgaan) zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld (derhalve de gedragsnorm van art. 2:9 BW heeft geschonden)[103] 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.[104] 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.[105] 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.[106]

In de MvA[107] wordt opgemerkt dat met het woord 'kennelijk' volstrekt duidelijk wordt 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. Verder wordt opgemerkt dat onbehoorlijk bestuur moet worden onderscheiden van 'onzakelijk', 'ondoordacht', 'onverstandig' of ander voor de (schuldeisers van de) vennootschap[108] nadelig uitgevallen bestuur dat op zichzelf niet onbehoorlijk behoeft te zijn. Volgens de Minister moet in de term 'onbehoorlijk' 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.[109]

Bijzonder aan de regeling is het daarin opgenomen bewijsvermoeden. Indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit art. 2:10 BW (de administratie-

103 *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 voortvloeiende aansprakelijkheid verder dan de aansprakelijkheid jegens de schuldeisers, omdat gedrag dat schadelijk is voor de vennootschap maar 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 en 2:138/248 BW een gemeenschappelijke grondslag.

104 HR 8 juni 2001, *JOR* 2001/171 (*Panmo*), HR 26 oktober 2001, *JOR* 2002/2 m.nt. Bartman (*Juno Properties*) en HR 12 februari 2016, *JOR* 2016/223 m.nt. Borrius (*Langelaar/Velenturf q.q.*).

105 Ook hier zien we een uitwerking van het collegialiteitsbeginsel dat leidt tot hoofdelijke aansprakelijkheid.

106 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.

107 *Kamerstukken II*, 1983-1984, 16 631, nr. 6, p. 4.

108 Het gaat niet alleen om vennootschappen. Zie art. 2:50a BW en art. 2:300a BW, zoals die artikelen ingaande 1 juli 2021 luiden.

109 Vgl. Timmerman (2017), p. 39.

plicht)[110] of art. 2:394 BW (het tijdig openbaar maken van de jaarrekening), *heeft* het zijn taak onbehoorlijk vervuld en *wordt vermoed* dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement.[111] Een onbelangrijk verzuim wordt niet in aanmerking genomen. De bestuurder die bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden, is niet aansprakelijk (art. 2:138/248 lid 3 BW).

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 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.[112]

In Nederland geldt dus dat het bestuur (dus ieder van de bestuurders) zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld wanneer het bestuur niet heeft voldaan aan de administratie- of deponeringsplicht (geen wettelijk vermoeden dus) en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. In de Caribische delen van het Koninkrijk geldt een enigszins van de Nederlandse wet

110 Het gaat hier om een doorlopende verplichting. De rechten en verplichtingen van de rechtspersoon moeten blijkens de wet te allen tijde kunnen worden gekend.

111 Voor de volledigheid merk ik op dat bezoldigde en onbezoldigde bestuurders van (kort gezegd) niet-commerciële stichtingen en verenigingen, alsmede informele verenigingen, zijn uitgezonderd van het bewijsvermoeden. Vgl. de Nota naar aanleiding van het verslag d.d. 9 november 2018, *Kamerstukken II*, 2018-2019, 34 491, nr. 6, p. 6-7.

112 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.*). Ook het als onweerlegbaar geformuleerde vermoeden – dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld als niet is voldaan aan de verplichtingen uit art. 2:10 BW of art. 2:394 BW – wordt zo toegepast dat een bestuurder onder zijn aansprakelijkheid kan uitkomen als hij aannemelijk maakt dat er een andere belangrijke oorzaak voor het faillissement is. Vgl. Timmerman (2017), p. 40. Naast van buiten komende oorzaken, kan ook handelen of nalaten van een of meer bestuurders dat op zichzelf beschouwd geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert – en waarvan dus niet gezegd kan worden dat geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus zou hebben gehandeld – voldoende zijn voor het ontzenuwen van het in art. 2:248 lid 2 BW bedoelde vermoeden. Zie HR 9 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1099 (*Mobile Services-groep*).

afwijkende tekst. In art. 2:16 lid 2 BWC is bepaald dat, indien niet is voldaan aan de administratieplicht (art. 2:15 BWC) of de jaarrekening niet tijdig is of wordt opgemaakt, wordt vermoed dat er ook voor het overige sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijk bestuur en dat onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Is niet aan de jaarrekening- of administratieplicht voldaan dan levert dat het (weerlegbare) vermoeden van kennelijk onbehoorlijk bestuur op. De woorden 'ook voor het overige' komen in de Nederlandse tegenhanger niet voor. Voor deze formulering is blijkens de MvT destijds (2004) gekozen om de ook in Nederland geldende, maar in de Nederlandse tekst slecht verwoorde gedachte te verduidelijken, dat bij overtreding van de administratieve plichten het vermoeden geldt dat het bestuur ook voor het overige zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld.[113] 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.[114]

De vordering kan slechts worden ingesteld op grond van onbehoorlijke taakvervulling in de periode van drie jaren voorafgaande aan het faillissement (art. 2:138/248 lid 6 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. Hij kan het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn verminderen indien hem dit bovenmatig voorkomt, gelet op de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, de andere oorzaken van het faillissement, alsmede de wijze waarop dit is afgewikkeld. Wat betreft individuele bestuurders kan de rechter het bedrag van de aansprakelijkheid verminderen indien hem dit bovenmatig voorkomt, gelet op de tijd gedurende welke die bestuurder als zodanig in functie is geweest in de periode waarin de onbehoorlijke taakvervulling plaatsvond (art. 2:138/248 lid 4 BW).

2.6.4 De aansprakelijkheid jegens derden uit onrechtmatige daad

Karapetian[115] opent hoofdstuk 2 van haar proefschrift met de constatering dat de Hoge Raad in 1927 in het arrest Kretzschmar/Mendes de Leon[116] voor het eerst overwoog dat bestuurders van rechtspersonen (jegens derden) persoonlijk aansprakelijk

113 Murray (2016), p. 427.

114 Gerecht in Eerste Aanleg Curaçao 16 april 2018, ECLI:NL:OGEAC: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* 2020/2, p. 178-201.

115 Karapetian (2019), nr. 2.1.

116 HR 25 november 1927, *NJ* 1928, p. 364 m.nt. Scholten (*Kretzschmar/Mendes de Leon*). Zie Karapetian (2019), nr. 2.3.1.

kunnen zijn indien zij een onrechtmatige daad hebben gepleegd.[117] 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.[118]
3. De bestuurder is in privé aansprakelijk, maar de rechtspersoon niet.[119]

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.[120] 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.[121]

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.[122]

---

117 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*).

118 Scheltema (1934b), 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 schadeplichtig 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.*"

119 Vgl. de discussie naar aanleiding van HR 23 november 2012, *JOR* 2013/40 m.nt. Van Andel en Rutten; *NJ* 2013/302 m.nt. Van Schilfgaarde (*Spaanse Villa*). Hierover uitvoerig Karapetian (2019), nr. 2.3.2. Zie ook Verstijlen (2015).

120 Vgl. HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6018, *JOR* 2006/90 (*Ontvanger/Voorsluijs*). In dit kader is ook het leerstuk toerekening van belang. Zie daarover Katan (2017). In nr. 5.6 gaat zij uitvoerig in op onder andere de in deze noot genoemde uitspraak van de Hoge Raad.

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

122 Zie voor diverse mogelijkheden ook Bartman/Dorresteijn/Olaerts (2020), nr. 8.3.1.

De hoge drempel voor aansprakelijkheid en de disculpatiemogelijkheden van art. 2:9 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.[123] Als bijvoorbeeld sprake is van betalingsonwil van een bestuurder waardoor een schuld van de rechtspersoon niet wordt voldaan,[124] of in het geval dat de bestuurder namens de rechtspersoon een verplichting aangaat terwijl hij weet of redelijkerwijs behoort te weten dat die verplichting door de rechtspersoon niet kan worden nagekomen, terwijl deze evenmin in staat zal zijn de daaruit voortvloeiende schade te vergoeden,[125] of wanneer de bestuurder heeft bewerkstelligd of toegelaten heeft dat de door hem bestuurde rechtspersoon een eerder door de rechtspersoon aangegane overeenkomst niet nakomt en daardoor aan de wederpartij schade berokkent,[126] 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.)[127] 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 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 de kopers, 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 de vennootschap rustende zorgvuldigheidsverplichting jegens de kopers.

123 Asser/Kroeze 2-I (2021), nr. 98 en Kreileman (2020), nr. VII.4.2.

124 HR 3 april 1992, *NJ* 1992/411 m.nt. Maeijer (*Van der Vliet*). Zie voor de Caribische delen van het Koninkrijk GHvJ (Sint Maarten) 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/Kroeze 2-I (2021), nr. 102.

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

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

127 HR 23 november 2012, *JOR* 2013/40 m.nt. Van Andel en Rutten; *NJ* 2013/302 m.nt. Van Schilfgaarde (*Spaanse Villa*). Hierover uitvoerig Karapetian (2019), nr. 2.3.2. Zie ook de Rechtspraakbundel (2020), nr. 18.

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. De bestuurder werd derhalve niet in die hoedanigheid aansprakelijk gehouden, maar in de hoedanigheid van beroepsbeoefenaar (bemiddelaar bij de aankoop van onroerend goed) en kon daarom geen aanspraak maken op toepassing van de hoge drempel voor aansprakelijkheid.

In de zaak *Hezemans Air/Van der Meer*[128] 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.[129] 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 het maatschappelijk verkeer tevens kunnen worden aangemerkt als gedragingen van de ven-

128 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.

129 Zie voor een kritische (dogmatische) beschouwing Verstijlen (2015). 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.

nootschap 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[130] 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.[131] In dat geval wordt de hoge drempel dan ook niet toegepast.[132]

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.[133] De in par. 2.4 opgevoerde bakker bakt zijn brood als beroepsbeoefenaar en niet als bestuurder, maar hoe moet tegen zijn broodbakactiviteit worden aangekeken als daarbij hinder bij de buren wordt veroorzaakt doordat hij uit kostenoverwegingen

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

131 M.J. Kroeze in zijn noot onder de uitspraak inzake de Spaanse Villa in *Ondernemingsrecht* 2013/6, 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.

132 Timmerman (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 verwijt-maatstaf kunnen maken als zij uit hoofde van een beroepsfout aansprakelijk worden gesteld. Gedacht kan worden aan advocaten, notarissen, medici, accountants en makelaars. Zie ook Van Bekkum (2017), p. 98-101, die ook ambtsdragers als rechters en officieren van justitie aan het rijtje toevoegt.

133 Zie ook de kritische beschouwingen van Karapetian (2019), nr. 2.4.

verouderde (en sterk vervuilende) ovens heeft aangeschaft? Of het geval dat de bakker reclame maakt (marketing als onderdeel van de bestuurstaak) voor een bijzonder gezondheidsbrood, terwijl de afnemers er achter komen dat het brood de relevante eigenschappen ten enenmale mist?[134] Zonder deze kwestie hier verder ten volle uit te diepen, lijkt het mij verdedigbaar om als uitgangspunt te hanteren, althans in de gevallen waarin derden onvrijwillig crediteur van een rechtspersoon worden doordat jegens hen onrechtmatig wordt gehandeld, dat de daarbij betrokken bestuurder niet handelde in die hoedanigheid. In deze gevallen zou dienen te worden uitgegaan van schending door de bestuurder van een zelfstandige zorgvuldigheidnorm en een beoordeling in het kader van het leerstuk onrechtmatige daad zonder toepassing van de ernstig verwijt-maatstaf. De derden hebben er immers niet voor gekozen om in deze rechtsverhouding te geraken, zodat er ook geen rechtvaardiging lijkt te zijn om hen te confronteren met een hoge drempel voor aansprakelijkheid.

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.

2.7 Afrondend

Over bestuurdersaansprakelijkheid wordt veel geschreven en veel geprocedeerd. De hoge drempel voor aansprakelijkheid (het ernstig verwijt-criterium) is doorgaans wel, maar soms ook niet van toepassing. Gaat het om bestuurshandelingen dan wordt het criterium toegepast, gaat het om beroepshandelingen van de persoon die tevens statutair bestuurder is, dan niet. Een volkomen heldere scheidslijn is niet altijd op voorhand te trekken: het is uiteindelijk de tot oordelen geroepen rechter die daarover beslist.

Om quasi-bestuurders van formele bestuurders te onderscheiden is in de eerste plaats helderheid nodig over de vraag wie als formele bestuurders kunnen worden aangemerkt. De Hoge Raad heeft op dat punt helderheid verschaft wat betreft de benoeming van bestuurders door het daartoe bevoegde orgaan: formele bestuurders zijn slechts die personen die overeenkomstig de wet en de statuten als zodanig zijn benoemd. Dit is uiteraard een negatieve afgrenzing wat betreft het onderzoeksonderwerp. In het volgende hoofdstuk zal wat de quasi-bestuurders betreft een eerste terreinverkenning worden gedaan.

Hetgeen in dit hoofdstuk over het Nederlandse recht is opgemerkt stemt materieel overeen met het recht van Curaçao. Waar van toepassing zijn relevante verschillen aangegeven. Er is daarom van afgezien het recht van Curaçao hier afzonderlijk te bespreken, mede gezien de functie van dit hoofdstuk in het onderzoek.

---

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

3 DE QUASI-BESTUURDER: EEN EERSTE VERKENNING

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk is de centrale vraag wat een quasi-bestuurder is. Wat kan uit Boek 2 BW en de parlementaire geschiedenis worden afgeleid over het fenomeen quasi-bestuurder? En wat uit de literatuur en rechtspraak? Welke handelingen maken een persoon quasi-bestuurder? Dit hoofdstuk draagt een verkennend (en in hoofdzaak beschrijvend) karakter; een eerste kennismaking zogezegd. Een (kritische) analyse vindt in de volgende hoofdstukken plaats.

Onder bestuurder wordt in deze studie verstaan de formele of statutaire bestuurder die in overeenstemming met de wet en de statuten van de betrokken rechtspersoon is benoemd. Ik richt mij 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*. Zoals we in par. 1.1 hebben gezien kan het fenomeen in categorieën worden ingedeeld, bijvoorbeeld in feitelijke bestuurders enerzijds en schaduwbestuurders anderzijds. Een ander onderscheid dat kan worden gemaakt is tussen bonafide en malafide quasi-bestuurders. Het begrip quasi-bestuurder zegt immers op zichzelf niets over de vraag of de betrokken persoon een rechtens acceptabele reden heeft om te handelen als ware hij bestuurder noch over de vraag of hij daarbij goede dan wel kwade bedoelingen heeft.[1]

In het kader van de anti-misbruikwetgeving speelt de quasi-bestuurder ook een rol in de sfeer van belastingen (loon- en omzetbelasting) en premies (sociale verzekeringspremies en premies in het kader van bedrijfstakpensioenen).[2] In de parlementaire geschiedenis, rechtspraak en literatuur op dit vlak komt het begrip 'koppelbazen' in dat verband veelvuldig voor. De gedachte achter die regeling is dat naast de formele bestuurders, ook degenen die bij deze praktijk zijn betrokken, daarvan profiteren en daaraan feitelijk leiding geven, kunnen worden aangesproken voor belasting- en premieschulden. Verder wijs ik nog op de met ingang van 1 juli 2017 gewijzigde Faillissementswet. In art. 106 lid 1 Fw is bepaald welke artikelen van de Faillissementswet van toepassing zijn op bestuurders

1 Dat neemt niet weg dat situaties van misbruik de reden zijn geweest voor de introductie van de (mede)beleidsbepaler in de wet, zodat de feitelijke opdrachtgever kon worden aangesproken en het verschuil-effect doeltreffend kon worden tegengegaan. Zie Van Nuland (2021), nr. 4.2.3.1.

2 Vgl. De Groot (2021), nr. I.C.4. en Van Nuland (2021), nr. 4.1 en 4.2.1.

en commissarissen en op eenieder die in de drie jaar voorafgaande aan het faillissement bestuurder of commissaris was. In art. 106 lid 2 Fw wordt deze categorie uitgebreid. Met een bestuurder wordt namelijk gelijkgesteld (a) degene die het beleid van de rechtspersoon heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder; en (b) de bestuurder van een of meer rechtspersonen alsmede de vennoot van een of meer vennootschappen onder firma of commanditaire vennootschappen die bestuurder is of zijn van de failliete rechtspersoon.[3] Mijn onderzoek richt zich niet specifiek op deze terreinen, maar deze zijn wel bestudeerd, en waar nuttig wordt daar ook naar verwezen, met name wat betreft rechtspraak.[4] Voor de duidelijkheid benadruk ik nogmaals dat het bij quasi-bestuurders niet enkel gaat over gevallen waarin misbruik van rechtspersonen wordt gemaakt.

Hier wordt ook nog een keer opgemerkt dat door mij het begrip quasi-bestuurder (veelvuldig) wordt gebruikt bij bijvoorbeeld de weergave van de literatuur, ook als de betreffende auteurs dit begrip zelf niet gebruiken. Dit is gedaan omwille van de leesbaarheid.

3.2 De quasi-bestuurder in Boek 2 BW

Er zijn vier gevallen waarin Boek 2 BW – waar het gaat om het leerstuk aansprakelijkheid – een niet als zodanig benoemde persoon op gelijke wijze behandelt als een formele bestuurder:

(i) indien een commerciële rechtspersoon failleert (art. 2:50a/2:138/2:248/2:300a BW);
(ii) bij een verkrijging van eigen aandelen die een BV insolvent maakt (art. 2:207 lid 3 BW);
(iii) bij (dividend)uitkeringen waardoor een BV niet langer aan haar opeisbare verplichtingen kan voldoen (art. 2:216 lid 4 BW); en
(iv) bij 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)

Tot het in werking treden van de Wet Toezicht en Bestuur op 1 juli 2021 was in de wet nog een geval opgenomen waarin een niet als zodanig benoemde persoon op gelijke wijze werd behandeld als een formele bestuurder, namelijk de gelijkstelling met formele bestuurders van een NV of BV van personen die niet deel uitmaken van het bestuur, maar aan wie tijdelijk bepaalde bestuurstaken werden opgedragen (art. 2:151/261 lid 1 BW).[5] De nieuwe regeling – die ziet op belet en ontstentenis – is te vinden in art. 2:134 lid 4 BW voor de NV en art. 2:244 lid 4 BW voor de BV. Deze bepalingen zullen hierna kort worden besproken (par. 3.2.3).

3 Zie verder Van Nuland (2021), nr. 4.2.1.5.
4 Zo zal bijvoorbeeld aandacht worden besteed aan de mogelijkheid om ook aan quasi-bestuurders een bestuursverbod op te leggen (art. 106d Fw). Zie par. 5.7.
5 Honée (2017), p. 118 en Frielink (2021a), p. 468.

Een formele bestuurder staat in een organisatierechtelijke betrekking tot de rechtspersoon en kan daarnaast een contractuele relatie met de rechtspersoon hebben (zie par. 2.3). De vraag is of een quasi-bestuurder als zodanig evenzeer in een organisatierechtelijke betrekking tot de rechtspersoon staat.[6] Met andere woorden: hoever strekt de (hierna te noemen) gelijkstelling van een quasi-bestuurder met een formele bestuurder? En wat betekent het antwoord op die vraag voor de vraag of de algemene norm waaraan een bestuur moet voldoen (art. 2:9 BW) ook op een quasi-bestuurder van toepassing is? Deze vragen komen later in deze studie aan de orde.

Een quasi-bestuurder kan verder jegens derden aansprakelijk zijn uit hoofde van een onrechtmatige daad.[7] Daarop wordt bij het overzicht van de literatuur (par. 3.3) en rechtspraak (par. 3.4) nader ingegaan.

3.2.1 De quasi-bestuurder van de failliet verklaarde rechtspersoon

In het kader van het faillissement van een commerciële rechtspersoon[8] kan de vraag opkomen of een bestuurder daarvoor persoonlijk aansprakelijk kan worden gesteld. In lid 7 van art. 2:138/2:248 BW is bepaald dat met een bestuurder voor de toepassing van dit artikel wordt gelijkgesteld degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder.[9] De (mede)beleidsbepaler wordt hier dus gelijkgesteld met een statutaire bestuurder van de rechtspersoon.[10]

---

6 Uiteraard kan hij uit anderen hoofde (bijvoorbeeld als commissaris) een zodanige betrekking hebben.

7 Van Nuland (2021), nr. 4.3 spreekt in dit verband over de oneigenlijke (mede)beleidsbepaler, omdat er geen wettelijke bepaling is die deze (mede)beleidsbepaler gelijkstelt met een formele bestuurder.

8 De wettelijke regeling ziet op de NV en de BV. De regeling 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 (art. 2:50a BW) 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 (art. 2:300a BW). 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. Voor de overige stichtingen en verenigingen geldt dit dus niet, al is zeker niet ondenkbaar dat de rechter ook bij die rechtspersonen een quasi-bestuurder aansprakelijk zal kunnen achten. Zie voor de commissarissen de art. 2:50a lid 3; 2:149; 2:259; en 2:300a lid 3 BW.

9 Zie voor de eerste uitspraak in cassatie na de wetswijziging die op 1 januari 1987 van kracht werd HR 20 mei 1988, *NJ* 1989/676 m.nt. Maeijer (*Koster/Kobo*), en de interessante beschouwingen van Raaijmakers in zijn noot in *AA* 1990, p. 95. Blijkens HR 24 mei 2002, *JOR* 2002/130 m.nt. Borrius (*Van der Have/Ontvanger*) gaat het er niet om of de betrokken persoon het beleid kon bepalen, maar of hij het beleid ook daadwerkelijk heeft bepaald. Zie ook Schutte-Veenstra (2017), p. 132-134 en Van Nuland (2021), nr. 4.2.4.2.

10 Die gelijkstelling geldt bijvoorbeeld ook voor lid 3 van art. 2:138/248 BW, waarin is bepaald dat niet aansprakelijk is de bestuurder die bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. Zie HR 6 maart 2015, *JOR* 2015/107 (*Curatoren ZHG Beheer*). De bewijslast rust op de quasi-bestuurder. Zie over deze disculpatie verder Schutte-Veenstra (2017), par 4.4.

De bepaling is in de wet opgenomen in het kader van het bestrijden van misbruik dat van rechtspersonen wordt gemaakt. Dat ook degene die, als ware hij bestuurder, het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, aansprakelijk kan worden gesteld, verhoogt blijkens de MvT[11] het effect van de bepaling tegen misbruik; de bepaling maakt het onmogelijk dat de werkelijke bestuurders van de vennootschap zich aan de aansprakelijkheid onttrekken:

> "*Het met «strolieden» bemannen van het bestuur heeft dus geen zin. Het is van belang er op te wijzen, dat de beleidsbepalers alleen aansprakelijk kunnen worden gesteld indien zij de bestuurstaak daadwerkelijk uitoefenen. Dat is de betekenis van de woorden «als ware hij bestuurder». Niet wordt gedoeld op adviseurs, kredietverleners die bepaalde voorwaarden stellen, een door de overheid benoemde waarnemer of anderen die weliswaar op het beleid van het bestuur een sterke of zelfs beslissende invloed kunnen hebben, doch die niet daadwerkelijk de bestuurstaak uitoefenen. De bewijslast dat een bepaalde persoon het beleid heeft bepaald als ware hij bestuurder, rust in beginsel op de curator.*"[12]

Met deze gelijkschakeling is dus in de eerste plaats getracht te voorkomen dat malafide ondernemers bestuurdersaansprakelijkheid ontlopen door stromannen als formele bestuurder te laten optreden, terwijl zij in feite zelf – op de achtergrond – de touwtjes binnen de vennootschap in handen hebben. Het toepassingsbereik is, zoals nog zal blijken, groter en omvat eveneens bonafide personen. Ook een persoon die zich als aandeelhouder, commissaris,[13] titulair directeur, manager, bedrijfsleider of anderszins (te) intensief met het beleid bemoeit en daarbij initiatieven neemt 'als ware hij bestuurder' loopt een risico, terwijl van misbruik geen sprake hoeft te zijn.

---

11 *Kamerstukken II* 1980-1981, 16 631, nr. 3, p. 6. Zie ook Van Nuland (2021), nr. 4.2.1.3 en 5.3.3.1.

12 Hof Den Bosch 28 januari 2020, *JOR* 2021/2 m.nt. Roest (*Lückers q.q./Incassobemiddeling*) kent wat betreft de stelling van de curator dat een bepaalde persoon als feitelijke bestuurder dient te worden aangemerkt, betekenis toe aan het feit dat de curator door het ontbreken van een (deugdelijke) administratie de mogelijkheid is ontnomen om voldoende inzicht in de onderneming te verkrijgen en om zijn stellingen nader te onderbouwen. Annotator Roest heeft bezwaren tegen dit uitgangspunt, "*omdat een ondeugdelijke administratie in beginsel geen rol kan spelen in het kader van de bewijslast van de curator dat de werknemer feitelijk bestuurder zou zijn. Immers, voor de werknemer van wie gesteld wordt dat hij feitelijk bestuurder is, geldt eenzelfde beperking: ook hij heeft geen toegang tot de administratie ter adstructie van zijn betwistingen*". Hof Arnhem-Leeuwarden 27 november 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:10333 (*All Glas*) overwoog dat door de curator niets concreet is gesteld omtrent door appellant verrichte bestuurshandelingen in de eerste relevante periode, zodat appellant niet als feitelijke bestuurder kan worden aangemerkt. Wat een andere periode betreft is onvoldoende gesteld, en overweegt het hof dat het feit dat appellant beschikte over de pinpas van de vennootschap en geld van de rekening haalde, onvoldoende is om het oordeel te dragen dat appellant als feitelijke bestuurder is opgetreden. Ook het feit dat appellant een nieuwe bestuurder zou hebben aangedragen is daartoe volgens het hof onvoldoende, nu niet is komen vast te staan dat de aandeelhouder gehouden was gevolg te geven aan de voordracht door appellant.

13 Zie over de quasi-commissaris Frielink (2018), p. 485 en Van Nuland (2021), nr. 4.2.4.3.

In de MvA[14] wordt in antwoord op een vraag hoe de positie is van een bijzondere procuratiehouder, directeur van een werkmaatschappij, uitvoerder van een werk, of filiaalchef, opgemerkt dat zonder dat nadere gegevens over de concrete situatie worden verschaft, deze vragen niet in het abstracte kunnen worden beantwoord. De Minister vervolgt:

> "*In het algemeen kan worden gesteld dat personen die in dienst van de vennootschap zijn en die handelen binnen de grenzen van hun bevoegdheid niet als beleidsbepalers zijn aan te merken en dat hun handelen aan de bestuurders moet worden toegerekend. Hebben dergelijke personen evenwel met actieve of passieve medewerking van het bestuur de feitelijke macht in de onderneming in handen genomen en fungeren zij als de werkelijke bestuurders, terwijl de formele bestuurders min of meer als strolieden zijn te beschouwen, dan ligt de zaak anders. De directeur van een werkmaatschappij zal veelal in vennootschapsrechtelijke zin bestuurder zijn. Deze is dan op grond van het eerste lid aansprakelijk. Als het bestuur van de moedervennootschap grote invloed heeft uitgeoefend op de beslissingen van de directeur van de werkmaatschappij, kan de moedervennootschap*[15]*op grond van het zevende lid aansprakelijk zijn.*"

Uit elk van de twee hiervoor weergegeven citaten wordt een gedeelte gelicht (met onderstrepingen van mij):

1. Beleidsbepalers kunnen alleen aansprakelijk worden gesteld indien zij de bestuurstaak daadwerkelijk uitoefenen. (…) Niet wordt gedoeld op adviseurs, kredietverleners die bepaalde voorwaarden stellen, een door de overheid benoemde waarnemer of anderen die weliswaar op het beleid van het bestuur een sterke of <u>zelfs beslissende invloed</u> kunnen hebben, doch die niet daadwerkelijk de bestuurstaak uitoefenen.
2. Als het bestuur van de moedervennootschap <u>grote invloed</u> heeft uitgeoefend op de beslissingen van de directeur van de werkmaatschappij, kan de moedervennootschap op grond van het zevende lid aansprakelijk zijn.

Er lijkt een zekere spanning tussen deze twee zinnen te bestaan: in het ene geval is beslissende invloed niet voldoende om als quasi-bestuurder te worden aangemerkt, in het andere geval is grote invloed voldoende. Hoewel dit laatste met de concernstructuur zal samenhangen, is de hier weergegeven toelichting niet heel helder. In par. 4.14 zal hierop nader worden ingegaan.

Blijkens de MvA[16] is de toevoeging 'als ware hij bestuurder' bedoeld om een zekere grens te trekken tussen personen binnen de vennootschap (de onderneming)

---

14 *Kamerstukken II*, 1983-1984, 16 631, nr. 6, p. 19-20.

15 Vgl. Van Schilfgaarde/Winter (2017), nr. 48. Terzijde wordt nog opgemerkt dat een moedermaatschappij natuurlijk ook op grond van andere leerstukken (doorbraak, vereenzelviging) aansprakelijk kan zijn, al is de grens tussen die leerstukken wellicht niet altijd even scherp te trekken.

16 *Kamerstukken II*, 1983-1984, 16 631, nr. 6, p. 23-24.

die in feite de bestuurstaak uitoefenen ook al zijn zij geen formele bestuurders, en anderen die weliswaar op het te voeren beleid invloed kunnen hebben, maar die buiten de vennootschap (de onderneming) staan:

> "*In de toelichting zijn kredietinstellingen adviseurs en door de overheid aangestelde waarnemers genoemd als voorbeelden van de laatste categorie. Het stellen van voorwaarden bij kredietverlening, het geven van een bedrijfskundig advies, het geven van bepaalde aanwijzingen is in het algemeen niet aan te merken als beleidsbepaling «als ware men bestuurder». Indien het bestuur zich aan die voorwaarden, adviezen of aanwijzingen gelegen laat liggen en daarnaar handelt, dan handelt het bestuur en niet de kredietinstelling of de externe adviseur. Indien een commissaris binnen de grenzen van zijn wettelijke en statutaire bevoegdheid handelt, handelt hij niet als bestuurder. Indien hij evenwel, met gebruikmaking van zijn feitelijke machtspositie in de vennootschap, daarin de lakens uitdeelt, de bestuursmacht aan zich trekt en de formele bestuurders zijn wil oplegt, kan hij worden aangemerkt als beleidsbepaler in de zin van het zevende lid. Hetzelfde geldt voor adviseurs of kredietverschaffers indien zij hun positie van buitenstaander zouden verlaten en de bestuurstaak in feite zouden overnemen. Een moedermaatschappij kan, zonder formeel bestuurder te zijn van haar dochter, toch als beleidsbepaler optreden wanneer zij in feite uit hoofde van haar machtspositie de leiding van de dochter in handen neemt en rechtstreeks haar wil oplegt aan de formele bestuurders. Er moet enerzijds een directe bemoeienis met het bestuur zijn, anderzijds een feitelijke terzijdestelling van het formele bestuur, wil er sprake zijn van «beleidsbepaler als ware hij bestuurder». Een op arbeidsovereenkomst werkzame procuratiehouder zal, wanneer hij zich beweegt binnen de grenzen van de hem toegekende bevoegdheid, niet als een beleidsbepaler worden aangemerkt. Blijkt evenwel dat hij in feite geenszins een ondergeschikte rol vervult, maar dat hij daadwerkelijk en met terzijdestelling van de formele bestuurder(s) rechtstreekse bemoeienis heeft met de beleidsbepaling en zodoende bestuursmacht aan zich trekt, die hem uit hoofde van zijn procuratie niet toekomt, kan er sprake zijn van een beleid bepalen «als ware hij bestuurder».*"

Het begrip 'beleid' moet ruim worden opgevat. Het omvat niet alleen een uit een reeks van bestuurshandelingen volgende vaste gedragslijn, maar kan ook één – van een vergaand gebrek aan verantwoordelijkheidsbesef of zelfs van een malafide intentie getuigend – bestuursbesluit betreffen, aldus de MvA.[17] Als voorbeelden worden genoemd het inkopen van goederen zonder deze te betalen en vervolgens de opbrengst van de verkoop van deze goederen in eigen zak te steken[18] en het besluit tot het aangaan van verplichtingen waarvoor de vennootschap, naar de bestuurder kan weten, volstrekt onvoldoende financiële draagkracht heeft.

17 *Kamerstukken II*, 1983-1984, 16 631, nr. 6, p. 24.

18 Het door een bestuurder van een rechtspersoon verduisteren van aan de rechtspersoon toebehorende gelden, zou mijns inziens niet als bestuurshandelen dienen te worden aangemerkt. Dat betekent dat de bestuurder ook geen beroep toekomt op de hoge drempel voor aansprakelijkheid.

Het begrip '(mede)beleidsbepaler' moet dus niet te eng (en blijkens de MvT ook niet te ruim) worden opgevat. Verder moet de 'terzijdestelling' van het bestuur niet letterlijk worden opgevat: zoals nog zal worden besproken gaat het er in de kern om dat de bestuursautonomie wordt genegeerd dan wel het bestuur zich contractueel heeft verplicht instructies van een derde (in beginsel) te zullen opvolgen dan wel sprake is van zaakwaarneming.[19]

In par. 2.6.3 werd opgemerkt dat in het kader van een failliet verklaarde rechtspersoon van kennelijk onbehoorlijk bestuur reeds sprake is als één van de bestuurders zich daaraan schuldig heeft gemaakt: dit wordt aan het gehele bestuur toegerekend. Aangezien in lid 7 van art. 2:138/2:248 BW de quasi-bestuurder met een formele bestuurder wordt gelijkgesteld, kan de vraag worden gesteld of toerekening aan het gehele (formele) bestuur ook behoort plaats te vinden indien een quasi-bestuurder zich aan onbehoorlijk bestuur heeft schuldig gemaakt. Die vraag komt in par. 4.10 aan de orde.

3.2.2 De bijzondere gevallen bij de BV

De wet voorziet verder – sinds 1 oktober 2012[20] – in drie gevallen, die alleen betrekking hebben op de BV, waarbij een quasi-bestuurder gelijkgesteld wordt met een formele bestuurder. Het gaat hier om 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), het geval van (dividend)uitkeringen waardoor een BV niet langer aan haar opeisbare verplichtingen kan voldoen (art. 2:216 lid 4 BW)[21] en het geval van vermindering van het geplaatste kapitaal met terugbetaling op aandelen in strijd met de eis dat dit alleen kan voor zover het eigen

---

19 Vgl. De Groot (2021), nr. I.C.4.c.8; Schutte-Veenstra (2017), p. 131; en Bartman/Dorresteijn/Olaerts (2020), nr. 8.4.2. Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 18 november 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4748 (*Schalken q.q./Biesebeek q.q.*) en Hof Arnhem-Leeuwarden 14 juni 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4726 (*niet betaalde ontbindingsvergoeding*). In laatstgenoemde uitspraak werd overwogen (r.o. 4.4) dat voor terzijdestelling voldoende is dat het formele bestuur feitelijk heeft toegelaten dat een persoon als bestuurder optrad en het beleid bepaalde. "*Ook indien er een formele bestuurder is die mede het beleid bepaalt, kan sprake zijn van feitelijk bestuur door een (door de formele bestuurder gedoogde) persoon die feitelijk mede het beleid bepaalt als ware hij bestuurder*", aldus het hof. Zie ook Hof Amsterdam 27 juni 2017, *JOR* 2018/173 m.nt. Van Thiel (*Janssen-Van Kesteren q.q./The 5*), waarin wordt overwogen dat met de feitelijke terzijdestelling gelijk kan worden gesteld de situatie waarin de medebeleidsbepaler zijn wil aan het bestuur oplegt en het formele bestuur dat gedoogt. Onder 'gedogen' valt mijns inziens ook (passief) 'instemmen'.

20 Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht van 18 juni 2012 (*Stb*. 2012, 299). Zie Van Nuland (2021), nr. 4.2.1.4 en nr. 4.2.4.4., die aangeeft dat de aansprakelijkheid als aan de orde in art. 2:207, art. 2:208 en art. 2:216 BW, volgens de wetgever uitdrukkelijk dient te worden beoordeeld aan de hand van de maatstaven voor interne aansprakelijkheid, en dat deze artikelen dus moeten worden gezien als een lex specialis van art. 2:9 BW. Verder merkt hij op dat met de invoering van deze bepalingen de (mede)beleidsbepaler ook in het interne aansprakelijkheidsrecht van de BV is geïntroduceerd.

21 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa (2013), nr. 204 e.v.

vermogen groter is dan de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden aangehouden (art. 2:208 lid 6 BW).[22] Met een bestuurder wordt in deze gevallen gelijkgesteld degene die het beleid van de BV heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder. De quasi-bestuurder kan zich bedienen van een stroman of zich (bijvoorbeeld als aandeelhouder) zodanig intensief met het beleid bemoeien dat hij zich gedraagt als ware hij bestuurder.[23] In het geval van (dividend)uitkeringen die een BV insolvent maken zal het doorgaans om een aandeelhouder gaan die een groot eigen belang bij die uitkeringen heeft.

In de MvT[24] wordt in het kader van art. 2:216 BW als voorbeeld genoemd de commissaris die zich zeer intensief bemoeit met het bestuur van de vennootschap en op grond daarvan wordt aangemerkt als feitelijke beleidsbepaler. Aangegeven wordt dat de gelijkstelling bedoeld in art. 2:248 lid 7 BW geschikt is om ook in het kader van aansprakelijkheid bij uitkeringen aan aandeelhouders te worden toegepast. Het belang van de gelijkstelling is daarin gelegen, dat voorkomen moet worden dat ondernemers die zich niet bekommeren om de belangen van crediteuren, zich gaan richten op het omzeilen van de aansprakelijkheidsregels, waarbij in het bijzonder kan worden gedacht aan de benoeming van een stroman als bestuurder, aldus de MvT. De quasi-bestuurder kan degene zijn die zich bedient van een stroman als formele bestuurder, maar het kan ook gaan om andere gevallen waarin bijvoorbeeld aandeelhouders of commissarissen zich zodanig intensief met het beleid bemoeien dat zij zich gedragen als ware zij bestuurder.[25] De quasi-bestuurder neemt niet formeel deel aan de besluitvorming van het bestuur over de goedkeuring van een uitkering, maar bepaalt wel op informele wijze geheel of gedeeltelijk de uitkomst van die besluitvorming, aldus de MvT. Voor de quasi-bestuurder is, net als voor de formele bestuurders, bepalend of hij wist of redelijkerwijs behoorde te weten dat de vennootschap door de uitkering in financiële problemen zou komen.[26]

Uit de parlementaire geschiedenis kan worden afgeleid, zoals hiervoor is gebleken, dat in het kader van art. 2:207 lid 3 BW, art. 2:208 BW en art. 2:216 lid 4 BW, een persoon met een bestuurder kan worden gelijkgesteld in dezelfde gevallen als dat kan op grond van art. 2:138/248 lid 7 BW. Met name bij vennootschappen die zich kenmerken door een zekere beslotenheid van de kring van personen die sterke invloed uitoefenen – denk aan familievennootschappen – en beslissingen genomen

22 De regeling van art. 2:216 leden 2 t/m 4 BW is van overeenkomstige toepassing verklaard in art. 2:208 lid 6 BW (vermindering geplaatst kapitaal met terugbetaling op aandelen). Zie echter art. 2:325 lid 3 BW: bij de akte van fusie kan de verkrijgende vennootschap aandelen in haar kapitaal die zij zelf of een andere fuserende vennootschap houdt, intrekken tot ten hoogste het bedrag van de aandelen die zij toekent aan haar nieuwe aandeelhouders. Art. 2:216 BW geldt niet voor dit geval. Bij splitsing geldt een vergelijkbare uitzondering (art. 2:334x lid 3 BW).

23 *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 74 en Boschma, *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, 2015, art. 2:207 BW (C.9.7) en art. 2:216 BW (C.4).

24 *Kamerstukken II*, 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 34.

25 *Kamerstukken II*, 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 74.

26 *Kamerstukken II*, 2008-2009, 31 058, nr. 6, p. 50 (Nota naar aanleiding van het verslag).

door de formele bestuurders (niet zelden) het gevolg van die invloed zijn, kan het nuttig zijn een wettelijke bepaling te hanteren waarmee de werkelijke machtsverhoudingen zich in aansprakelijkheid laten vertalen.

3.2.3 Tijdelijk opgedragen bestuurstaken

In art. 2:134/244 lid 4 BW is bepaald dat de statuten voorschriften moeten bevatten omtrent de wijze waarop in de uitoefening van de taken en bevoegdheden voorlopig wordt voorzien in geval van ontstentenis of belet van alle bestuurders of voor het geval van ontstentenis of belet van een of meer bestuurders. Wanneer sprake is van belet kan in de statuten nader worden bepaald. De persoon die in het geval van ontstentenis of belet van bestuurders op grond van een statutaire regeling is aangewezen tot het verrichten van bestuursdaden, wordt voor wat deze bestuursdaden betreft met een bestuurder gelijkgesteld. De betrokken persoon *is* op dat moment een formele bestuurder. Omdat hier sprake is van het op grond van Boek 2 BW en de statuten bevoegd uitoefenen van bestuurstaken, merk ik die persoon niet aan als quasi-bestuurder.

In de wet was tot 1 juli 2021 bepaald dat commissarissen of anderen, die, zonder deel uit te maken van het bestuur van een NV of BV, krachtens enige bepaling van de statuten of krachtens een besluit van de algemene vergadering, voor zekere tijd of onder zekere omstandigheden daden van bestuur verrichten, wat hun rechten en verplichtingen ten opzichte van de vennootschap en van derden betreft, als bestuurders worden aangemerkt (art. 2:151/261 BW-oud).[27] De bedoeling van deze bepalingen was om vast te leggen dat personen die *bevoegdelijk* 'daden van bestuur' verrichten op dezelfde voet aansprakelijk zijn als bestuurders die deze 'daden' verrichten.[28] Dit laatste geldt ook voor de nieuwe regeling.

Het gaat bij de nieuwe regeling om gevallen van belet of ontstentenis.[29] Indien een commissaris *bevoegd* een bestuurshandeling verricht, omdat sprake is van ontstente-

27 Onder de oude regeling gold het goedkeuren van bepaalde bestuurshandelingen of het daartoe machtigen niet als het verrichten van daden van bestuur (art. 2:151/261 lid 2 BW-oud).

28 Zie over de inmiddels vervallen bepaling Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond, nr. 263 (waarin wordt gewezen op het feit dat de bepaling al tot 1929 teruggaat); De Groot (2021), nr. I.D.1.a.; en Frielink (2021a), p. 468. Zie ook *Kamerstukken II*, 2015-2016, 34 491, nr. 3, p. 13 (MvT), waar wordt opgemerkt dat aangenomen "*werd dat deze bepalingen van belang waren voor het geval van tegenstrijdig belang van de bestuurders en voor het geval van ontstentenis of belet van bestuurders. Aangezien de tegenstrijdig-belangregeling voor de NV en de BV sinds 2013 niet meer uitgaat van een «vertegenwoordigingsregel» maar van een «besluitvormingsregel», zijn de bepalingen nu alleen nog van belang in het kader van ontstentenis of belet.*" Hanegraaf (2017), nr. 4.4 duidt de persoon die handelde op basis van art. 2:151/261 BW-oud een "quasi-bestuurder". Omdat deze persoon zijn bevoegdheid om bestuursdaden te verrichten destijds ontleende aan Boek 2 BW, zou hij in mijn benadering niet als quasi-bestuurder worden aangemerkt.

29 Assink/Slagter (2013), p. 758. Onder ontstentenis wordt verstaan de situatie dat een bestuurder ophoudt bestuurder te zijn door ontslag, het neerleggen van zijn functie of overlijden. Er is dus een vacature. Onder belet wordt verstaan dat een bestuurder zijn functie tijdelijk niet kan of mag uitoefenen.

nis of belet van een bestuurder, dan dient hij niet als quasi-bestuurder te worden aangemerkt, maar voor de toepassing van het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid in zoverre als een formele bestuurder. Het zal van de feiten en omstandigheden – in het bijzonder de duur van de waarneming – afhangen of op een dergelijke persoon bijvoorbeeld de administratieplicht rust en de plicht om een jaarrekening op te stellen. Op degene die slechts korte tijd de bestuursfunctie bevoegdelijk waarneemt, zullen deze verplichtingen in beginsel niet rusten. Moet in het geval van belet of ontstentenis voor langere tijd in het bestuur worden voorzien dan zal dat anders liggen.

De regeling in Curaçao komt grotendeels overeen met de oude regeling in Nederland, maar heeft een bredere strekking. In de Nederlandse wet stond immers "krachtens enige bepaling der statuten of krachtens besluit der algemene vergadering", maar in de Curaçaose wet staat "al dan niet krachtens een voor de vennootschap geldende regeling" (art. 2:138/238 BWC). Uit het gebruik van "al dan niet" volgt dat de regeling in Curaçao mede ziet op personen die *on*bevoegd bestuursdaden verrichten: ook zij worden – zijnde quasi-bestuurders – met de formele bestuurders gelijkgesteld.[30]

3.2.4 Bestuursverplichtingen die rusten op de quasi-bestuurder

Op personen die niet tot het statutaire bestuur behoren, maar die wel, zij het *onbevoegd* daden van bestuur verrichten, kan bijvoorbeeld de administratieplicht rusten en de plicht om een jaarrekening op te stellen. De wet bevat in dat verband geen expliciete bepaling. Verdedigbaar is echter dat op degene die *onbevoegd* min of meer structureel bestuursdaden verricht als ware hij bestuurder, de 'gewone' verplichtingen rusten die op een formele bestuurder rusten. Dit volgt uit het feit dat de gelijkstelling van art. 2:138/248 lid 7 BW ook geldt voor lid 2 van dat artikel. Voor degene die (op goede gronden, maar naar blijkt ten onrechte) denkt formeel bestuurder te zijn spreekt dat eigenlijk voor zich, maar dit geldt mijns inziens evenzeer voor andere quasi-bestuurders (niet zijnde schaduwbestuurders) die min of meer structureel op de bestuurdersstoel hebben plaatsgenomen. Het gevolg daarvan is dat de bewijsvermoedens – als niet aan de administratieplicht is voldaan of aan de verplichting tot tijdige openbaarmaking van de jaarrekening – ook ten aanzien van die quasi-bestuurders van toepassing zijn. Hierover kan anders worden gedacht. Volgens Van Nuland is toepassing van art. 2:138/248 lid 2 BW niet gerechtvaardigd indien de (mede)beleidsbepaler (de facto) niet bevoegd is om aan art. 2:10 BW en art. 2:394 BW te voldoen.[31] Ik kom daar in par. 6.5.4 en 6.7.2 op terug.

De administratieplicht en de plicht jaarlijks een jaarrekening op te stellen en tijdig te deponeren kan bijvoorbeeld rusten op de aandeelhouder die zich als feitelijke

30 Zie Frielink (2017b), nr. 1.2.4 en 3.4.

31 Van Nuland (2021), nr. 4.2.4.2.1 is van mening dat een (mede)beleidsbepaler in beginsel niet bevoegd is om zich met de boekhouding en publicatie van jaarrekeningen in te laten. De (mede)beleidsbepaler beschikt volgens hem niet per definitie over de bevoegdheden die een behoorlijke vervulling van zijn taak vergt. Die stelling zegt maar weinig. Het 'niet per definitie' maakt hier uiteraard het verschil: een verplichting kan in dit geval niet zonder bevoegdheid bestaan.

bestuurder (te) intensief met het beleid van een vennootschap bemoeit.[32] Schiet hij in deze verplichting tekort en wordt hij dientengevolge aansprakelijk gehouden, dan kan hij zich er niet achter verschuilen dat er ook een statutair bestuur is.[33]

Hoe zit dat met de persoon die op grond van bijvoorbeeld een managementovereenkomst bij een vennootschap werkzaam is en verantwoordelijk is voor alle administratieve, organisatorische en onderhoudswerkzaamheden?[34] En hoe te denken over de principaal die met het trustkantoor als bestuurder van de cliëntvennootschap een overeenkomst heeft gesloten, waarbij het trustkantoor zich verplicht de beleidslijn en instructies van de principaal op te volgen? Kan die persoon, hoewel geen statutaire bestuurder, en handelend binnen zijn bevoegdheden evenzeer op grond van art. 2:138/248 lid 7 BW met een formele bestuurder worden gelijkgesteld? Die vraag komt in par. 4.11 aan de orde.

Wat de administratieplicht betreft geldt dat op zodanige wijze een administratie moet worden gevoerd dat de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon te allen tijde kunnen worden gekend (art. 2:10 lid 1 BW). De quasi-bestuurder op wie deze verplichting rust zal er derhalve voor moeten zorgen dat gedurende de periode dat hij feitelijk de bestuursfunctie vervult (denk bijvoorbeeld aan de zaakwaarnemer) aan deze voortdurende verplichting wordt voldaan. Wat betreft de jaarrekening geldt dat die jaarlijks binnen een bepaalde tijd na afloop van het boekjaar moet worden opgemaakt en vervolgens binnen de in art. 2:394 BW gestelde termijn openbaar moet worden gemaakt door deponering bij het handelsregister. Het zal van de feiten en omstandigheden afhangen welke inspanning van de quasi-bestuurder mag worden gevergd, indien de jaarrekeningplicht op hem rust. Hier wordt slechts opgemerkt dat de quasi-bestuurder op wie deze verplichting rust, net als een formele bestuurder, (potentiële) aansprakelijkheid en toepassing van het bewijsvermoeden niet kan ontlopen door vlak voor het verstrijken van een relevante termijn zijn werkzaamheden te staken.

3.3 De quasi-bestuurder in de literatuur

Hier wordt volstaan met een weergave van de belangrijkste literatuur van de afgelopen tien jaar. Voor deze terreinverkenning is immers de huidige stand van zaken van belang, terwijl in de besproken literatuur wordt verwezen naar oudere literatuur en rechtspraak, alsmede naar de hiervoor aan de orde gekomen parlementaire geschiedenis. Dat het hier om een (beknopte) weergave gaat houdt tevens in dat

32 In Curaçao bestaat geen algemene deponeringsplicht. Het bewijsvermoeden van art. 2:16 lid 2 BWC speelt in zoverre alleen een rol als de jaarrekening niet tijdig is of wordt opgemaakt.

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

34 Het voorbeeld is ontleend aan HR 23 november 2001, *NJ* 2002/95; *JOR* 2002/4 m.nt. Blanco Fernández (*Mefigro/Wind q.q.*). Zie ook Schutte-Veenstra (2017) en Van Nuland (2021), nr. 4.2.4.2.1.

onderwerpen die zich lenen voor discussie en een andere visie, later in deze studie tegen het licht zullen worden gehouden. Daar komt ook andere dan de hier genoemde literatuur aan de orde.

In de eerste plaats kan worden verwezen naar de uitvoerige analyse van de wetsgeschiedenis, literatuur en rechtspraak van Schutte-Veenstra en naar de dissertatie van Van Nuland.[35] Schutte-Veenstra beperkt zich tot de externe aansprakelijkheid van bestuurders, omdat naar haar mening het begrip feitelijke bestuurder geen rol speelt bij de interne aansprakelijkheid van art. 2:9 BW.[36] Haar onderzoek richt zich (enkel) op degenen die zonder formeel bestuurder te zijn, feitelijk het beleid van de NV/BV mede bepalen of zelfs monopoliseren, waarbij de formele bestuurders dit gedogen. Zij leidt uit de wet en de rechtspraak onder meer af dat in het geval dat een feitelijke bestuurder met een formele bestuurder wordt gelijkgesteld in de zin van art. 2:138/248 lid 7 BW, het oordeel dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur ertoe leidt dat beide soorten bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het gehele boedeltekort. Is niet voldaan aan de administratieplicht en/of de verplichting tot publicatie van de jaarrekening, dan werkt ook het bewijsvermoeden tegen zowel de formele als de feitelijke bestuurders, dit op grond van het feit dat art. 2:138/248 lid 2 BW (ook) van toepassing is. Schutte-Veenstra concludeert dat de term feitelijke bestuurder neutraal is, en geen negatieve noch positieve connotatie heeft. Zij is het graag eens met de in de rechtspraak ex art. 2:138/248 en art. 6:162 BW waar te nemen lijn dat geen onderscheid wordt gemaakt tussen de externe aansprakelijkheidspositie van de formele en die van de feitelijke bestuurder.

Van Nuland bespreekt in zijn dissertatie het civiele recht, inclusief de commanditaire vennootschap, de sociaalrechtelijke en fiscale anti-misbruikwetgeving, het faillissementsrecht en het strafrecht in relatie tot quasi-bestuurders.[37] Zijn proefschrift verscheen toen ik de eerste vier hoofdstukken van deze studie in de steigers had staan. Degene die als (mede)beleidsbepaler wordt aangesproken op grond van art. 2:138/248 lid 7 BW noemt hij de eigenlijke beleidsbepaler, omdat sprake is van een gelijkstelling op wettelijke basis. In mijn benadering zijn de formele bestuurders de eigenlijke (in de zin van daartoe bevoegde) beleidsbepalers in de zin van Boek 2 BW. Van Nuland hanteert het begrip 'eigenlijke beleidsbepaler' juist voor degene die

35 Schutte-Veenstra (2017) en Van Nuland (2021).

36 Van Nuland (2021), nr. 4.2.4.4. stelt dat de beleidsbepaler (niet zijnde een statutaire bestuurder) een onbekende figuur is bij de toepassing van art. 2:9 BW en dat de normen voor interne en externe aansprakelijkheid niet zonder meer samenvallen. Handelen dat ten opzichte van de vennootschap als onbehoorlijk geldt, is volgens hem niet steeds onbehoorlijk ten opzichte van de schuldeisers en vice versa. Onbehoorlijk handelen (door een formele bestuurder of quasi-bestuurder) ten opzichte van schuldeisers lijkt mij in de regel, zo niet per definitie, onbehoorlijk ten opzichte van de rechtspersoon. Zie verder De Groot (2021), nr. I.C.4.c.17.b en Vletter-van Dort (2017), p. 220. Zie ook r.o. 2.10 van Hof Arnhem-Leeuwarden 30 maart 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:3016 (*Schilderen in de Regio Twente*).

37 Zie voor mijn bespreking van zijn proefschrift Frielink (2021b).

formeel geen bestuurder is, maar als (mede)beleidsbepaler op grond van de wet met een formele bestuurder wordt gelijkgesteld.

Ten aanzien van aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad merkt Van Nuland op dat geen sprake is van een wettelijke bepaling die een beleidsbepaler gelijkstelt met een formele bestuurder. Hij noemt deze figuur daarom de 'oneigenlijke' (mede)beleidsbepaler.[38] Volgens Van Nuland[39] is in het kader van art. 6:162 BW de toepassing van de ernstig verwijt-maatstaf ten aanzien van een (mede) beleidsbepaler fundamenteel onjuist. Zijn belangrijkste argument is dat de hogere lat voor aansprakelijkheid ter bescherming van (formele) bestuurders dient, hetgeen blijkt uit de door de Hoge Raad voor deze maatstaf gegeven rechtvaardiging. Mijn benadering is een andere (zie par. 4.14).

Gelet op de ontstaansgeschiedenis van de wettelijke regeling inzake quasi-bestuurders, namelijk in het kader van de anti-misbruikwetgeving,[40] is het niet verwonderlijk dat daarop in de literatuur de nadruk ligt. De Groot[41] bijvoorbeeld, noemt twee soorten quasi-bestuurders, degene die daadwerkelijk een bestuurstaak heeft uitgeoefend en degene die opdrachten aan het bestuur geeft die door de formele bestuurders klakkeloos worden opgevolgd, om daaraan toe te voegen dat de formele bestuurders in dergelijke gevallen slechts marionetten worden, terwijl hij het daarna heeft over formele bestuurders die min of meer als stromannen zijn te beschouwen.

In het Handboek van Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond wordt opgemerkt dat een vennootschap zelden een quasi-bestuurder zal hebben,[42] en dat een nauwkeurige omlijning van de quasi-bestuurder niet is te geven. Het gaat om personen die niet een juridisch omlijnde functie hebben. Beslissend is, aldus het Handboek, of de persoon die rechtens niet bestuurder is, zich in feite als bestuurder gedraagt. De persoon moet handelen 'als ware hij bestuurder' om art. 2:138/248 lid 7 BW van toepassing te laten zijn; het mede bepalen van het beleid is daartoe niet voldoende. De vraag of art. 2:138/248 lid 2 BW van toepassing is op een quasi-bestuurder wordt in het Handboek, anders dan door de Hoge Raad,[43] ontkennend beantwoord. De reden daarvoor is dat art. 2:10 BW de verplichting tot administratie en boekhouding bij het bestuur legt, zoals ook de verplichting tot het opmaken van de jaarrekening (art. 2:101/210 BW) en daarom de verplichting tot het openbaar maken van de jaarrekening (art. 2:394 BW). Volgens het Handboek rusten de administratie- en jaarrekeningverplichting niet op een quasi-bestuurder en kan het bewijsvermoeden dus niet aan een quasi-bestuurder worden tegengeworpen. In par. 4.11 wordt hierop nader ingegaan.

---

38 Van Nuland (2021), nr. 4.3.

39 Van Nuland (2021), nr. 4.3.4.2.

40 Zie daarover De Groot (2021), nr. I.C.4 en Van Nuland, nr. 4.2.1.

41 De Groot (2021), nr. I.C.4.c.8.

42 Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond (2013), nr. 399.2. Reeds uit het rechtspraakoverzicht van Schutte-Veenstra (2017) komt een ander beeld naar voren.

43 HR 23 november 2001, *NJ* 2002/95; *JOR* 2002/4 m.nt. Blanco Fernàndez (*Mefigro/Wind q.q.*).

In Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme[44] wordt opgemerkt dat in de strenge opvatting feitelijke bestuurders alleen aansprakelijk zijn indien zij als het ware op de plaats van de bestuurders zijn gaan zitten, zodat laatstgenoemden fungeren als marionetten. Feitelijk bestuurderschap ontstaat in die opvatting pas wanneer door beleidsbepalende handelingen het formele bestuur feitelijk terzijde wordt gesteld. Zij wijzen ook op de ruimere opvatting, waarin het formele bestuur de feitelijke terzijdestelling door de feitelijke bestuurder gedoogt. Zij spreken zich voor de ruimere opvatting uit. Er kan overigens naar mijn mening van een nog ruimere opvatting worden uitgegaan, namelijk het geval dat niet sprake is van gedogen, maar van het met een derde overeenkomen dat die als quasi-bestuurder zal fungeren. Het gaat hier om de persoon die valt in de categorie formele schaduwbestuurder (zie hierna par. 3.5.5). Verder wordt het geval genoemd waarin een commissaris van een NV of BV (maar het zal ook voor toezichthouders bij andere rechtspersonen gelden) het toezicht intensiveert en dan onder omstandigheden kan worden aangemerkt als feitelijke bestuurder in de zin van art. 2:138/248 lid 7 BW.[45] Hiervan is sprake als hij het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder. Zij verenigen zich met de opvatting van Timmerman dat uit de wetsgeschiedenis niet blijkt dat het daarin genoemde vereiste van feitelijke terzijdestelling letterlijk moet worden genomen. Het gaat er volgens hen om dat de commissaris rechtstreekse bemoeienis heeft met de beleidsbepaling en zodoende bestuursmacht aan zich trekt doordat hij zijn wil oplegt aan het bestuur. Zelf zou ik in dat verband niet spreken over intensivering van het toezicht, aangezien het hier gaat om een geval van taak- en bevoegdheidsoverschrijding: niet intensief of intensiever toezicht is hier het beslissende element, maar het zich aantrekken van bestuursmacht.

De quasi-bestuurder wordt in de hier genoemde literatuur vrij algemeen in verband gebracht met het overschrijden van bevoegdheden. In navolging van de parlementaire geschiedenis wordt aangegeven dat adviseurs en kredietverschaffers e.d. die sterke of beslissende invloed op het beleid van het bestuur kunnen hebben, niet daadwerkelijk de bestuurstaak uitoefenen, en dus geen quasi-bestuurder zijn, zolang zij binnen de grenzen van de met hen gemaakte afspraken blijven. Een vergelijkbaar standpunt wordt ingenomen wat betreft organen van de rechtspersoon als de RvC of de algemene vergadering en wat betreft personen in dienst van de rechtspersoon, namelijk dat die niet als quasi-bestuurder zijn aan te merken zolang wordt gehandeld binnen hun bevoegdheid.[46] Ik hanteer een ruimer begrip (zie par. 3.5.2 en in het bijzonder 4.14).

44 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb (2019), nr. 194.
45 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb (2019), nr. 284(f).
46 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb (2019), nr. 194.

3.4 De quasi-bestuurder in de rechtspraak

Wat betreft het fenomeen quasi-bestuurder laat de rechtspraak een rijke casuïstiek zien. Om een goed beeld daarvan te krijgen is het zinvol een (beperkt) aantal uitspraken de revue te laten passeren, en daarvan de belangrijkste feiten weer te geven. Aan de hand van een selectie uit de rechtspraak zal in deze paragraaf een beeld worden geschetst van de gevallen waarin het fenomeen quasi-bestuurder voorkomt.[47]

3.4.1 Statutaire of feitelijke bestuurder?

Om als statutaire bestuurder te worden aangemerkt moet een persoon in overeenstemming met de wet en de statuten van de betrokken rechtspersoon zijn benoemd. Niet voldoende is dat de betrokken persoon en/of anderen ervan zijn uitgegaan dat hij statutair bestuurder was en feitelijk heeft gefunctioneerd als ware hij statutair bestuurder.[48] In de zaak Forexx Company[49] is de gedaagde partij op basis van een arbeidsovereenkomst per 1 januari 2010 in dienst getreden van de vennootschap in de functie van algemeen directeur, belast met de dagelijkse algemene leiding over de vennootschap. Vanaf 1 januari 2010 tot zijn ontslag per 16 november 2015 heeft hij feitelijk als enig (dagelijks) bestuurder van de vennootschap gefunctioneerd. Forexx heeft gedaagde in rechte betrokken, onder meer op de grond dat hij onrechtmatig geld aan de vennootschap heeft onttrokken, en een verklaring voor recht gevorderd, inhoudende dat gedaagde partij zijn taak als bestuurder van Forexx kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld in de zin van art. 2:9 BW dan wel dat gedaagde onrechtmatig heeft gehandeld in de zin van art. 6:162 BW, en dat hem een ernstig verwijt is te maken en dat hij aansprakelijk is voor de daardoor ontstane schade van Forexx, alsmede hem in de betaling van die schade te veroordelen.

De rechtbank hanteert als uitgangspunt dat een vereiste voor het zijn van statutaire bestuurder is dat de betrokkene als zodanig is benoemd door de algemene

47 Zie voor (deels) andere gevallen Schutte-Veenstra (2017) en Van Nuland (2021), nr. 4.2.3. In Rb Utrecht 12 december 2007, *JOR* 2008/66 (*Ceteco*), een vrijwaringszaak, waarin aansprakelijk gestelde bestuurders en commissarissen van Ceteco, ING Bank en ABN Amro Bank in vrijwaring hadden opgeroepen, werd overwogen dat het dossier geen aanknopingspunten bevat voor het oordeel dat de banken over dezelfde kennis en informatie beschikten dan wel konden beschikken als de bestuurders en commissarissen, en dat de banken nimmer de rol van medebeleidsbepaler binnen Ceteco hebben gehad.

48 Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 30 maart 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:3016 (*Schilderen in de Regio Twente*). Het hof (r.o. 2.11) overweegt dat als feitelijke bestuurder kan worden aangemerkt "*de natuurlijke of rechtspersoon, die mede het beleid binnen een rechtspersoon bepaalt door het bekleden van een positie waarin hij feitelijk beslissingsmacht kan uitoefenen dan wel heeft uitgeoefend die gelijkwaardig is aan de beslissingsmacht van een formele bestuurder. Dat kan vanuit een officiële functie binnen die rechtspersoon zijn maar dat hoeft niet. Het gaat erom dat de feitelijk bestuurder het beleid van de rechtspersoon bepaalt en het statutaire bestuur in feite terzijde stelt dan wel opdrachten geeft die worden opgevolgd, waarbij die feitelijke terzijdestelling door het bestuur wordt gedoogd.*"

49 Rb Limburg 30 mei 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:4923, *JOR* 2018/208 m.nt. Frielink; Rechtspraakbundel (2020), nr. 30 (*Forexx Company*).

vergadering van de vennootschap (art. 2:242 BW) en stelt vast dat er geen concreet benoemingsbesluit is. In het licht van de gemotiveerde betwisting door gedaagde dat hij ooit door de algemene vergadering is benoemd, oordeelt de rechtbank dat de stellingen van de vennootschap op dit punt moeten worden gepasseerd en dat er in rechte van moet worden uitgegaan dat gedaagde partij geen statutaire bestuurder van de vennootschap is geweest. Voor zover de vordering is gebaseerd op art. 2:9 BW stelt de rechtbank vast dat die grondslag ten onrechte is aangevoerd reeds op de grond dat gedaagde niet kwalificeert als een statutaire bestuurder.

Er was bij Forexx sprake van wat de rechtbank aanduidt als een informele bestuursstructuur: een bestuursstructuur die de instemming had van de (overgrote meerderheid van dan wel alle) aandeelhouders, waarbij gedaagde optrad als 'dagelijks bestuur' en de maandelijks gehouden informele aandeelhoudersbijeenkomsten functioneerden als 'algemeen bestuur'. De rechtbank overweegt dat de informele bestuursstructuur in de periode van het feitelijke bestuurderschap van gedaagde weliswaar juridisch niet conform het vennootschapsrecht was (en dat ook anderszins sprake was van schendingen van het recht), maar wel de gewenste bedrijfsresultaten opleverde: de in de vennootschap gedreven onderneming was op 1 januari 2010 niet winstgevend maar is tijdens het bestuurderschap van gedaagde wel weer flink winstgevend geworden.

De rechtbank is van oordeel dat uit de feiten en omstandigheden (en ook overigens uit de stellingen van partijen over het doen en laten van gedaagde partij) kan volgen dat partijen ervan zijn uitgegaan dat gedaagde een statutaire bestuurder was en dat gedaagde feitelijk heeft gefunctioneerd als ware hij een statutaire bestuurder. De elementen die in het vonnis aan de orde komen zijn dat gedaagde de dagelijkse algemene leiding had, hij contracten namens de vennootschap heeft afgesloten, verantwoordelijk was voor het personeelsbeleid, in notariële aktes figureerde als zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegd bestuurder, ten behoeve van gedaagde een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering was afgesloten, gedaagde verantwoording aflegde aan de vertegenwoordigers van de aandeelhouders, gedaagde de contacten met de advocaat van de vennootschap onderhield en dat gedaagde bepaalde welke uitgaven werden gedaan.

Hof Arnhem-Leeuwarden[50] overwoog dat in literatuur en rechtspraak is aangenomen dat ook een feitelijke bestuurder op grond van art. 6:162 BW aansprakelijk kan zijn voor schulden van de vennootschap uit wanprestatie of onrechtmatige daad indien hem ter zake daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt, dat wil zeggen dat dezelfde maatstaf geldt als die voor bestuurders geldt. In deze zaak had de betrokken persoon met terzijdestelling van het formele bestuur de volledige zeggenschap en controle over de vennootschap en bepaalde hij als enige het beleid. Wat door het hof is overwogen in het kader van de externe aansprakelijkheid geldt mutatis mutandis ook voor de interne aansprakelijkheid.

50 Hof Arnhem-Leeuwarden 7 april 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:2812 (*Gebr. De Jonge*), r.o. 4.7.

Degene die aftreedt als statutaire bestuurder maar feitelijk dezelfde taak blijft uitvoeren wordt daarmee een feitelijke bestuurder. In de zaak Harlingen Holding Industries/mr. Poiesz q.q. overwoog het hof[51] dat de betrokkene (die eerst statutair bestuurder was en vervolgens commissaris werd) bij de rechtbank heeft verklaard dat hij en een zekere C de feitelijke bestuurders waren van Welsec (de failliet verklaarde vennootschap). Volgens het hof mag het zo zijn dat hij niet de volle reikwijdte van die opmerking kon overzien, maar ook ter zitting in hoger beroep is hij hiervan niet op overtuigende wijze teruggekomen. Alle beleidsbeslissingen ter zake Welsec werden voor 2001 door hem als formele bestuurder genomen. Daarin is na 2001 geen wijziging gekomen. De opvolgend statutaire bestuurder (zijn zoon) heeft verklaard dat hij na zijn benoeming in 2001 dezelfde taken bleef verrichten als voorheen en dat dat voornamelijk uitvoerend werk betrof. De betrokkene voerde ieder jaar de besprekingen met Deloitte, ook waar het Welsec betrof, waarbij de zoon steeds ontbrak. Na het uitspreken van het faillissement werden de besprekingen met de curator door onder meer de betrokkene gevoerd, waarbij de zoon niet aanwezig was. De bestuursfunctie van de zoon had daarmee volgens het hof weinig of geen inhoud. Feitelijk was de zoon als beleidsbepaler terzijde gesteld. In navolging van de rechtbank merkt het hof de betrokkene daarom aan als mede-beleidsbepaler.

3.4.2 Kantoordirecteur/leidinggevende

De Rechtbank Groningen[52] overweegt met betrekking tot de vraag of een persoon (in dit geval een kantoordirecteur) als (mede)beleidsbepaler van de failliete onderneming kan worden aangemerkt, er enerzijds een directe bemoeienis met het bestuur moet zijn, anderzijds een feitelijke terzijdestelling van het formele bestuur, wil er sprake zijn van een beleidsbepaler als ware hij bestuurder in de zin van art. 2:138/248 BW. De term beleid moet blijkens de uitspraak ruim worden uitgelegd. In het algemeen kan worden gesteld, zo leidt de rechtbank af uit de parlementaire geschiedenis, dat personen die in dienst zijn van de vennootschap en die handelen binnen de grenzen van hun bevoegdheid niet als beleidsbepalers zijn aan te merken en dat hun handelen aan de bestuurders moet worden toegerekend. Hebben dergelijke personen evenwel met actieve of passieve medewerking van het bestuur de feitelijke macht in de onderneming in handen genomen en fungeren zij als de werkelijke bestuurders, terwijl de formele bestuurders min of meer als stromannen zijn te beschouwen, dan ligt de zaak anders. De rechtbank stelt vast dat de gedaagde binnen de onderneming als feitelijk leider werd gezien en zich naar buiten toe heeft gemanifesteerd als feitelijke bestuurder. Dit blijkt onder meer uit een gespreksverslag waarin de structuur van de holding en de werkmaatschappijen is vastgelegd, en uit brieven waarin gedaagde zelf aangaf feitelijke bestuurder van Atlas Nederland B.V. te zijn. Echter, volgens

51 Hof Arnhem-Leeuwarden 24 maart 2020, *JOR* 2020/97 m.nt. Bier (*Harlingen Holding Industries/mr. Poiesz q.q.*), r.o. 4.8. Er is door Harlingen Holding Industries beroep in cassatie ingesteld. Zie de Conclusie van A-G Assink d.d. 6 augustus 2021, ECLI:NL:PHR:2021:739.

52 Rb Groningen, 31 januari 2007, *JOR* 2007/226 (*Atlas Nederland*).

de rechtbank gaat het er niet om hoe gedaagde zich naar buiten toe manifesteerde of op welke wijze hij zijn functie zelf kwalificeerde, maar is daarentegen bepalend of gedaagde, naast de handelingen van een kantoordirecteur, ook handelingen verrichtte die normaliter aan bestuurders worden toegekend en of deze handelingen ook met terzijdestelling van dat bestuur werden verricht. Hoewel gedaagde ook taken heeft verricht die bestuurders normaliter plegen te verrichten, is volgens de rechtbank niet komen vast te staan dat deze bevoegdheden in het onderhavige geval niet binnen de functie van kantoordirecteur vielen. Bovendien is niet gebleken dat gedaagde bij het verrichten van handelingen het laatste woord had en zijn wil aan de formele bestuurder kon opleggen. Dit blijkt volgens de rechtbank onder meer uit het feit dat een zekere NK de bevoegdheden van gedaagde eenzijdig kon inperken door de administratie van gedaagde over te nemen en onder haar hoede te nemen, de salarisbetalingen verrichtte, de omzetdoelstellingen voor de medewerkers bepaalde alsmede uit de verklaring van een werknemer waarin is opgenomen dat het beleid formeel werd bepaald door NK en een zekere MZ.

Een ander geval betreft het faillissement van een vennootschap, waarbij een werknemer (hier Z te noemen) door de curator als feitelijke bestuurder aansprakelijk was gesteld. Z had een leidinggevende functie met een groot aantal taken en bevoegdheden, waardoor hij ook vergaande beslissingen nam. Hij onderhield de contacten met de fiscus, met werknemers, met de afnemers, de schuldeisers, enz. Hij stelde dit uitsluitend te doen in opdracht van de formele bestuurder en dat de uiteindelijke beslissingen door die bestuurder werden genomen. Het hof[53] overwoog dat de bemoeienissen van Z veel verder strekten dan waartoe de werkzaamheden van een werknemer, ook in een leidinggevende functie, behoren. Z en de formele bestuurder hebben blijkens de uitspraak bij de rechter-commissaris verklaard dat het managementteam uit vier personen bestond, die met elkaar de knopen doorhakten.[54] Z behoorde tot deze groep van vier. Ook uit andere omstandigheden is gebleken dat Z zich bezighield met typische bestuursaangelegenheden. De formele bestuurder heeft verklaard dat op voordracht van Z is besloten tot naamswijziging van de vennootschap. Verder heeft Z tijdens zijn verhoor bij de rechter-commissaris verklaard dat hij alle relevante (financiële) stukken in zijn bezit had, terwijl hij ook de bereidheid heeft uitgesproken ontbrekende stukken aan de curator af te geven. Z presenteerde zich ook naar de buitenwereld als beleidsbepaler, vertegenwoordigde de vennootschap bij comparities, sloot contracten af namens de vennootschap, en hield zich bezig met het personeelsbeleid. Op grond van deze en andere omstandigheden oordeelt het hof dat de invloed van Z op het beleid op alle fronten overwegend is geweest, dat hij doorlopend de onderneming vertegenwoordigde, en nagenoeg alle, zo niet alle contacten onderhield met derden, en zijn beslissingen over de gang van zaken op alle terreinen

53 Hof Amsterdam 27 juni 2017, *JOR* 2018/173 m.nt. Van Thiel (*Janssen-Van Kesteren q.q./The 5*).
54 Dit zou een Executive Committee (ExCo) kunnen worden genoemd.

doorvoerde, zulks met terzijdestelling van de formele bestuurder, die dat gedoogde, waardoor hij in feite de bestuurstaak uitoefende.

Wat betreft het feit dat geen jaarrekeningen waren gedeponeerd overwoog het hof dat de stellingen van Z, ter disculpatie, niet opgaan. Z had betoogd dat het deponeren van de jaarstukken niet tot zijn taak behoorde, maar alleen tot die van de formele bestuurder, en dat hij geen toegang had tot de financiële stukken omdat iemand anders de boekhouding deed, zodat het de boekhouder was die zijn taak niet naar behoren heeft vervuld. Uit de feitelijke gang van zaken volgt, aldus het hof, dat Z zich op alle fronten met het beleid bemoeide (in feite bepaalde) en zodoende de bestuursmacht aan zich heeft getrokken, zodat niet zonder meer valt in te zien waarom dan alleen de formele bestuurder, met uitsluiting van Z, verantwoordelijk zou zijn voor het deponeren van de jaarstukken, terwijl Z daarvoor ook geen goede verklaring heeft gegeven. Het gegeven dat iemand anders de boekhouding deed, verklaart volgens het hof evenmin waarom Z geen inzage in de financiën kon krijgen (en niet kon zorgdragen voor het deponeren van de jaarstukken), nu uit niets blijkt dat hem de toegang tot die informatie werd geweigerd.

Ten slotte wordt in deze paragraaf het geval genoemd waarin een persoon (A) was aangesteld als interim-manager, maar niet als statutaire bestuurder.[55] Aan het personeel werd hij als de "nieuwe baas" van Nijbo Stacaravan Industrie B.V. gepresenteerd. A bemoeide zich met alles wat met de dagelijkse gang van zaken in dit bedrijf te maken had. Toen het bedrijf failliet ging hield de curator niet alleen de statutaire bestuurder aansprakelijk, maar ook deze interim-manager. Een van de verwijten was dat de boekhouding niet op orde was, en dat leidt, kort gezegd, tot het vermoeden dat er (ook voor het overige) sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur, en het vermoeden dat het onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De rechtbank had A veroordeeld, maar in hoger beroep werd de vordering van de curator door het hof vernietigd.

Beide partijen hadden allerlei getuigen laten horen. Volgens het hof komt uit deze verklaringen het beeld naar voren dat A tijdelijk, als bedrijfsleider/interim-manager om de statutaire bestuurder "uit de wind te houden", de leiding had over de feitelijke gang van zaken binnen het bedrijf en als "de baas" het aanspreekpunt was voor het personeel, terwijl de statutaire bestuurder zich feitelijk weinig met het bedrijf bemoeide, maar achter de schermen de gang van zaken in de gaten hield, belangrijke beslissingen nam, overleg had met de accountant en de banken en de grote lijnen bepaalde. Hoewel A de titel van algemeen directeur had en zich met van alles en nog wat bemoeide, is volgens het hof niet komen vast te staan dat A het beleid bepaalde ten aanzien van het personeel, de toeleveranciers en de financiële gang van zaken binnen het bedrijf. A was er voor het regelwerk (zoals ook de statutaire bestuurder heeft verklaard), maar het beleid binnen het bedrijf werd uiteindelijk nog altijd bepaald en beslist door de statutaire bestuurder zelf. Er zijn volgens het hof

55 Hof Arnhem-Leeuwarden 17 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1091 (*A/mr. Wiltink q.q.*).

onvoldoende feiten komen vast te staan die de conclusie rechtvaardigen dat A het beleid van het bedrijf heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder. De vordering van de curator werd dan ook afgewezen.

3.4.3 Titulair financieel directeur

In de zaak die heeft geleid tot een vonnis van de Rechtbank Almelo[56] was de gedaagde als financieel (niet-statutair) directeur in loondienst bij de later failliet verklaarde vennootschap Weyl Beef Products. De curator stelde zich op het standpunt dat de werknemer als feitelijke beleidsbepaler zijn taak kennelijk onbehoorlijk, althans onbehoorlijk op grond van de artikelen 2:248 lid 7 juncto leden 1 en 2 juncto 2:10 BW heeft vervuld, en deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De curator voerde aan dat de financieel directeur er voor heeft gezorgd dat de administratie niet werd gevoerd als bedoeld in art. 2:10 BW en dat hij daarvoor aansprakelijk is op grond van art. 2:248 lid 7 BW, inhoudende dat voor de toepassing van dit artikel met een bestuurder wordt gelijkgesteld degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder. De andere gronden die de curator aanvoerde (art. 6:162 BW en het als werknemer tekort geschoten zijn in de uitoefening van zijn taken waarvan hem een ernstig verwijt is te maken in de zin van art. 7:661 BW) blijven hier onbesproken.

De rechtbank onderschrijft de stelling van de curator, dat de financieel directeur in de zin van art. 2:248 lid 7 juncto 2:10 BW het beleid van de vennootschap mede heeft bepaald als ware hij bestuurder. De curator heeft terecht geconstateerd dat de financieel directeur een positie bij de vennootschap had, waarin hij kennelijk samen met de formele bestuurder het beleid van de vennootschap (en de daaraan gelieerde vennootschappen) bepaalde in de zin van art. 2:248 lid 7 BW en dat hij in de loop van 2008 en 2009 meer dan € 280.000,- per jaar verdiende, hetgeen volgens de rechtbank wijst op een niveau van verantwoordelijkheid, dat vergelijkbaar is met dat van een formele bestuurder van een onderneming als de onderhavige. De financieel directeur nam ook deel aan het directieoverleg en zijn verantwoordelijkheid daarin was kennelijk, aldus de rechtbank, veel breder dan slechts de uitvoering (als werknemer) van het door het bestuur vastgestelde beleid. Blijkens aangetroffen documenten (zoals actielijsten, agenda's en verslagen van vergaderingen) hield hij zich niet alleen bezig met de financiële administratie, maar ook met personeelszaken, contacten met de advocaat, de accountant en de FNV, en nam hij in directievergaderingen deel aan overleg over (onder meer) kwaliteit, productie en verkoop, nieuwbouw en investeringen. Uit deze (gedocumenteerde) feiten blijkt volgens de rechtbank duidelijk genoeg, dat de feitelijke betrokkenheid van de financieel directeur bij de gang van zaken in de vennootschap zo intensief was, dat hij feitelijk samen met de formele bestuurder de vennootschap (en daaraan gelieerde vennootschappen) aanstuurde zodat hij, hoewel geen bestuurder in formele zin, optrad als feitelijke beleidsbepaler.

56 Rb Almelo 8 februari 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BV3132 (*Weyl Beef Products*).

De rechtbank overweegt dat, anders dan in het verweer aangevoerd, voor de toepasselijkheid van art. 2:248 lid 7 BW niet is vereist, dat de financieel directeur de formele bestuurder als bestuurder verving of terzijde stelde.

3.4.4 Managementovereenkomst

In de zaak Mefigro[57] ging het om een op 28 september 1994 failliet verklaarde vennootschap die zich bezighield met handel in schroot (Vlimeta B.V.) die met Mefigro (enig aandeelhouder van Vlimeta) een managementovereenkomst had gesloten. In die overeenkomst is vastgelegd dat Mefigro alle administratieve, organisatorische en machineonderhoudswerkzaamheden van Vlimeta op zich nam. Mefigro zou daarvoor een managementvergoeding ontvangen van 25% van de bruto-omzet van Vlimeta per jaar. Mefigro noch de statutaire bestuurder heeft de curator in het bezit gesteld van enige administratie van Vlimeta. De laatst opgemaakte en gepubliceerde jaarrekening van Vlimeta betrof het jaar 1991. De curator heeft de statutaire bestuurder en Mefigro aansprakelijk gesteld voor het tekort in de boedel. Volgens de curator zouden zij niet hebben voldaan aan de verplichtingen voortvloeiende uit art. 2:10 BW (boekhoudverplichting) en art. 2:394 BW (publicatie van de jaarrekening), zodat zij hun taak onbehoorlijk hebben vervuld en vermoed wordt dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

Mefigro heeft betwist beleidsbepaler te zijn (geweest) in de zin van art. 2:248 lid 7 BW. De managementovereenkomst zou volgens Mefigro slechts een fiscale constructie zijn en zou nimmer tot uitvoering zijn gekomen. Het hof was, net als de curator, van oordeel dat gelet op de omvang van de vergoeding die door Mefigro was bedongen in het kader van de managementovereenkomst en gelet op de aard van de aan Mefigro opgedragen werkzaamheden het er in rechte voor moet worden gehouden dat Mefigro moet worden aangemerkt als bestuurder in de zin van art. 2:248 lid 7 BW. De Hoge Raad verwierp het daartegen gerichte cassatiemiddel, er daarbij van uitgaande dat de door het hof bedoelde werkzaamheden alle administratieve, organisatorische en machineonderhoudswerkzaamheden van Vlimeta omvatten en dat, naar het hof in cassatie onbestreden heeft vastgesteld, de managementovereenkomst ook daadwerkelijk is uitgevoerd. De Hoge Raad overwoog verder dat op Mefigro als de feitelijke bestuurder ook de verplichtingen voortvloeiende uit art. 2:10 BW en art. 2:394 BW rusten.

Ingevolge art. 2:248 lid 6 BW kan de vordering tot vergoeding van het "tekort" van art. 2:248 lid 1 BW slechts worden ingesteld op grond van onbehoorlijke taakvervulling in de periode van drie jaren voorafgaand aan het faillissement. Aangezien het hof niet heeft vastgesteld dat Mefigro "*in de periode van drie jaren voorafgaande aan het faillissement van Vlimeta*" op grond van de tussen Mefigro en Vlimeta gesloten managementovereenkomst het beleid van de vennootschap (mede) heeft bepaald,

57 HR 23 november 2001, *JOR* 2002/4 m.nt. Blanco Fernández, *NJ* 2002/95 m.nt. Maeijer (*Mefigro/Wind q.q.*).

heeft het zijn oordeel volgens de Hoge Raad niet voldoende gemotiveerd. Op deze (en een hier niet relevante) grond vernietigt de Hoge Raad het arrest van het hof.

3.4.5 Algemeen directeur

In de vrijwaringszaak Mervyn[58] – aangespannen door de statutaire bestuurder van OrgaInfo B.V. – ging het om de vraag of een zekere De Wijer als medebeleidsbepaler in de zin van art. 36 lid 5 sub b Invorderingswet 1990 kon worden aangemerkt.[59] Als medebeleidsbepaler in de zin van die bepaling kan een persoon worden aangemerkt die (bijvoorbeeld) een machtspositie binnen de vennootschap heeft bekleed. Van een dergelijke machtspositie was volgens de rechtbank sprake: zo hij het beleid al niet zelfstandig bepaalde zonder daarover verantwoording af te leggen, kan uit de feiten in elk geval de conclusie worden getrokken dat hij het beleid mede heeft bepaald. Overwogen wordt dat De Wijer – als algemeen directeur – bestuurswerkzaamheden heeft verricht, hetgeen zowel naar de medewerkers als naar de aandeelhouders zichtbaar was. Hij trad op als voorzitter van het managementteam, stuurde de financiele afdeling aan, nam eindbeslissingen bij alle strategische en operationele issues, bemoeide zich met het personeelsbeleid, heeft de betalingsonmacht aan de Ontvanger gemeld en daarover de verdere correspondentie gevoerd. De rechtbank heeft verder overwogen dat ook het *mede* bepalen van het beleid aansprakelijkheid op grond van genoemd artikel meebrengt, en dat dit er op duidt dat het beleid ook naast – en dus niet noodzakelijkerwijs met terzijdeschuiving van – de formele bestuurders kan worden gevoerd.

3.4.6 Algemene volmacht

Het uitoefenen van de bestuurstaak is een persoonlijke aangelegenheid. Een bestuurder kan wel een medebestuurder volmacht geven om binnen het bestuur stem uit

58 Rb Den Haag 21 januari 2004, *JOR* 2004/71 m.nt. Borrius (*Mervyn Consultants/De Wijer*), bevestigd in Hof Den Haag 22 september 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BJ8234.

59 Op grond van art. 36 Invorderingswet 1990 is ieder van de bestuurders van een rechtspersoonlijkheid bezittend lichaam in de zin van de Algemene wet inzake rijksbelastingen dat volledig rechtsbevoegd is, voor zover het aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen, hoofdelijk aansprakelijk voor hetgeen dat lichaam is verschuldigd inzake de loonbelasting, de omzetbelasting, de accijns, de verbruiksbelastingen van alcoholvrije dranken en van pruimtabak en snuiftabak, de in art. 1 van de Wet belastingen op milieugrondslag genoemde belastingen en de kansspelbelasting. In lid 5 van genoemd artikel is bepaald dat onder een bestuurder mede wordt verstaan degene ten aanzien van wie aannemelijk is dat hij het beleid van het lichaam heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder, met uitzondering van de door de rechter benoemde bewindvoerder. De quasi-bestuurder van een rechtspersoon die is onderworpen aan de vennootschapsbelasting is derhalve hoofdelijk aansprakelijk voor de belastingschulden van die rechtspersoon. Zie ook Van Nuland (2021), nr. 4.2.4.1. Terzijde wordt er op gewezen dat in het geval het gaat om een lichaam zonder rechtspersoonlijkheid of een rechtspersoonlijkheid bezittend lichaam dat niet volledig rechtsbevoegd is (zie art. 33 lid 1 onder a Invorderingswet), de feitelijke bestuurder niet als bestuurder in de zin van deze bepaling wordt aangemerkt. Zie r.o. 2.3 van HR 6 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1112 (*Schoen- en computerhandel*).

te brengen, maar niet aan een derde.[60] Het bestuur kan wel door middel van een beperkte of algehele volmacht[61] een derde de bevoegdheid verlenen om bestuurstaken uit te oefenen, en die derde aldus (nagenoeg) geheel of gedeeltelijk (feitelijk) met het bestuur van de rechtspersoon belasten. De derde kan echter geen bestuursbesluiten nemen.

In art. 2:130/240 lid 4 BW is bepaald dat de statuten ook aan andere personen dan bestuurders bevoegdheid tot vertegenwoordiging kunnen toekennen. Hierbij kan worden gedacht aan procuratiehouders (niet-bestuurders) met een (min of meer) algemene (doorgaans geclausuleerde) bevoegdheid tot vertegenwoordiging. In dit verband wordt wel over een statutaire volmacht gesproken. In de praktijk vindt de nadere bepaling van de vertegenwoordigingsbevoegdheid veelal plaats in het bestuursbesluit inzake de benoeming van een procuratiehouder. Algemene regelingen – met categorieën procuratiehouders (A en B) – komen ook voor. Voor het verlenen van een volmacht aan niet-bestuurders is overigens geen statutaire grondslag vereist. Hoewel daarover anders wordt gedacht,[62] dient de bevoegdheid op grond waarvan een procuratiehouder handelt als een volmacht te worden aangemerkt en niet als een zelfstandige op de statuten gebaseerde vertegenwoordigingsbevoegdheid. Dit betekent dat de regeling van de volmacht in Boek 3 BW van (overeenkomstige) toepassing is.[63] Hoe dit ook zij, voor de vraag of een procuratiehouder onder omstandigheden als een quasi-bestuurder dient te worden aangemerkt maakt dit niet uit.

De formele bestuurder van Bonbosch B.V. heeft op 13 mei 1991 een algehele volmacht verstrekt aan een zekere Lebon om al die handelingen ten behoeve van de bedrijfsvoering van Bonbosch te verrichten die Lebon noodzakelijk acht.[64] Lebon

60 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II (2009), nr. 423 en Assink/Slagter 2013, nr. 51.4 (p. 926-927).

61 Volmachten hebben betrekking op het verrichten van rechtshandelingen. In de praktijk wordt het begrip soms ook gehanteerd als wordt bedoeld dat bijvoorbeeld de bedrijfsvoering aan een persoon is opgedragen. Van Nuland, nr. 4.2.1.5, acht het niet mogelijk dat een algemene volmacht kan worden verleend, waarbij feitelijk dezelfde bevoegdheden worden verkregen als statutaire bestuurders en noemt deze 'praktijk' rechtens onjuist. Daarin heeft hij gelijk, maar mij gaat het om een fenomeen 'volmacht' zoals in de praktijk geregeld gehanteerd en in het kader van dit onderzoek relevant is, en die niet specifiek tot rechtshandelingen is beperkt. Zie De Roo (2009) over de mogelijkheid van delegatie van bestuurstaken aan een ander orgaan.

62 Zie over de twee stromingen Van Eck (2009). Naar de heersende leer is sprake van een zelfstandige op de statuten gebaseerde vertegenwoordigingsbevoegdheid van de procuratiehouder. Zie Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II (2009), nr. 397; Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond (2013), nr. 236; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa (2013), nr. 161; en Asser/Kroeze 2-I (2021), nr. 332.

63 In art. 3:62 BW worden voorwaarden gesteld aan algemene en aan bijzondere volmachten die de gevolmachtigde ook bevoegd beogen te maken als het gaat om daden van beschikking. In art. 3:260 lid 3 BW is bepaald dat degene die voor een hypotheekgever wil optreden bij de notariële hypotheekakte, dient te beschikken over een bij authentieke (lees: notariële) akte verleende volmacht. Zie over dit laatste Kelterman (2010).

64 Zie over vertegenwoordiging krachtens volmacht Van Nuland (2021), nr. 3.5.2.

heeft als "freelance" werkzame consultant ter uitvoering van door derden aan Bonbosch verstrekte opdrachten werkzaamheden verricht tot de volmacht op 25 april 1995 werd ingetrokken. Bonbosch is op 3 april 1996 in staat van faillissement verklaard en de curator heeft vervolgens Lebon als feitelijke bestuurder aansprakelijk gesteld. In hoger beroep oordeelt het hof[65] dat Lebon in de periode van drie jaar voorafgaand aan het faillissement over een zodanige machtspositie binnen Bonbosch beschikte, dat hij het beleid kon bepalen en dat zijn werkzaamheden – Lebon tekende de gedeponeerde jaarstukken, ging namens Bonbosch leningen aan, is namens Bonbosch een leaseovereenkomst aangegaan en nam namens Bonbosch het besluit om in weerwil van een duidelijk juridisch advies een bepaalde betaling niet te verrichten – niet anders kunnen worden geduid dan als te zijn gedaan in het kader van het door hem bepaalde beleid. Lebon dient volgens het hof te worden aangemerkt als feitelijke bestuurder als bedoeld in art. 2:248 lid 7 BW. Dit wordt niet anders, aldus het hof, doordat Lebon niet de enige (feitelijke) bestuurder is geweest, noch doordat aan de formele bestuurder geen decharge is verleend, terwijl evenmin relevant is of Lebon voordeel uit zijn handelen heeft genoten. Dit alles zou anders kunnen zijn indien Lebon uitsluitend op instructie van de formele bestuurder zou hebben gehandeld, ter zake waarvan hij tot bewijs wordt toegelaten. Het hof overwoog verder dat het (mede)bepalen van het beleid "als ware hij bestuurder" onder meer kan geschieden doordat het formele bestuur dit gedoogt, door het geven van opdrachten aan de formele bestuurders die de opdrachten opvolgen en in de meer vergaande vorm dat de feitelijke bestuurder op zodanige wijze het beleid bepaalt dat de formele bestuurders feitelijk terzijde worden gesteld. In cassatie zijn de tegen de uitspraak van het hof aangevoerde middelen verworpen, waarbij de Hoge Raad overwoog dat de door het hof genoemde feiten geen ander oordeel toelaten.[66]

3.4.7 Accountant

In de zaak DHH kwam de vraag aan de orde of de (externe) accountant als (mede) beleidsbepaler van een gefailleerde vennootschap kon worden aangemerkt. Rechtbank Breda[67] overwoog ten aanzien van de positie van de accountant binnen de vennootschap dat vaststaat dat hij als accountant van de vennootschap accountantswerkzaamheden heeft verricht, en dat hij tevens als vraagbaak heeft gediend voor de (onervaren) administratieve medewerkers van de vennootschap, en de formele bestuurder heeft geadviseerd. De rechtbank is van oordeel dat voor zover al zou komen vast te staan dat de accountant werkzaamheden heeft verricht die buiten de werkzaamheden vallen die een accountant gebruikelijk dient te verrichten, daarmee nog niet vaststaat dat hij als medebeleidsbepaler kan worden aangemerkt. Daarvoor is volgens de rechtbank vereist dat hij het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder. Niet is gebleken dat de accountant het

65 Hof Den Bosch 23 september 2003, *JOR* 2003/5 (*Lebon/Hellendoorn q.q.*).
66 HR 17 november 2006, *JOR* 2007/7 (*Lebon/Hellendoorn q.q.*).
67 Rb Breda 23 februari 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BP6000 (*DHH*).

beleid binnen de vennootschap met terzijdestelling van de formele bestuurder heeft bepaald. De accountant heeft, gesteund door de formele bestuurder, uitdrukkelijk betwist dat hij zelfstandig namens de vennootschap heeft gehandeld en namens de vennootschap verplichtingen is aangegaan. Hij heeft weliswaar erkend in het bezit te zijn geweest van een bankpas met pincode en daarmee een aantal betalingen te hebben verricht toen de formele bestuurder wegens ziekte of verblijf in het ziekenhuis niet in staat was om betalingen te verrichten, maar dit is volgens hem hooguit 6 à 7 keer voorgekomen en altijd op verzoek van de formele bestuurder. De rechtbank merkt de accountant dan ook niet aan als (mede)beleidsbepaler.[68]

3.4.8 Grootaandeelhouder

Atlanco Rimec Group gevestigd te Dublin, enig aandeelhouder van de in Nederland gevestigde en failliet verklaarde vennootschap Rimec Uitzendbureau BV, werd door Hof Arnhem[69] als feitelijke bestuurder aangemerkt. Als relevante omstandigheden voor dit oordeel werden genoemd dat op verzoek van Atlanco alleen diens vertegenwoordigers geautoriseerd waren met betrekking tot de bankrekeningen van Rimec, dat daarvóór al alle betalingen door Atlanco moesten worden goedgekeurd, dat het Atlanco (en niet de formele bestuurder) was die bepaalde met welke klanten Rimec in zee mocht gaan, en ten aanzien van de beëindiging van de activiteiten van Rimec in 2005 en de daartoe te verrichten handelingen geldt dat de formele bestuurder werd geacht slechts de door Atlanco opgestelde instructies uit te voeren. Dat de bestuursfunctie van de formele bestuurder, naast het primaat van Atlanco weinig of geen inhoud had, werd bovendien bevestigd door de accountant van Rimec, die geen persoonlijk contact met de formele bestuurder had. Het hof overweegt verder dat Atlanco in het bijzonder heeft nagelaten om concreet aan te geven op welke wijze de formele bestuurder het beleid van Rimec heeft vormgegeven en welke beslissingen hij in dat verband heeft genomen en/of welke ruimte hij had om zelfstandig beslissingen te kunnen nemen. Bij deze stand van zaken is het hof van oordeel dat Atlanco als feitelijke beleidsbepaler op de in art. 2:248 leden 1 en 2 BW geregelde

68 Zie HR 2 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1044 (*Belastingadviseur*) voor een geval waarin in het kader van het fiscale recht werd aangenomen dat een statutair in Nederland maar feitelijk in Singapore gevestigde vennootschap, met een trustbestuurder in Singapore, feitelijk door een of meer belastingadviseurs in Nederland werd geleid en bestuurd. Het Nederlandse kantoor van de belastingadviseurs heeft initiërend en coördinerend opgetreden met betrekking tot de kernactiviteiten van de vennootschap, en de bestuurder in Singapore belangrijke aanwijzingen en instructies gegeven. Dat dit al dan niet in samenspraak met de aandeelhouder gebeurde is niet relevant, daargelaten dat niet is komen vast te staan dat die aandeelhouder op de relevante momenten buiten Nederland verbleef. Een dergelijke samenspraak dwingt echter niet tot de conclusie, aldus de Hoge Raad, dat (ook) de aandeelhouder bestuurder is. De Hoge Raad (r.o. 4.1) overweegt verder dat, anders dan in cassatie werd betoogd, niet ervan kan worden uitgegaan dat een belastingadviseur nimmer ondernemingsbeslissingen neemt ten aanzien van een tot zijn klantenkring behorende vennootschap.

69 Hof Arnhem 10 november 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BL8324 (*Atlanco Rimec/ Honoré van Schuppen q.q.*).

wijze verantwoordelijk is voor het niet naleven van de publicatieplicht van art. 2:394 BW en dat zij zich in dat verband niet kan verschuilen achter de formele status van de statutaire bestuurder noch achter diens mogelijke nalatigheid om de reeds goedgekeurde stukken te publiceren.

Hof Amsterdam[70] overwoog in een zaak waarin een grootaandeelhouder door de rechtbank was aangemerkt als medebeleidsbepaler en aldus als feitelijke bestuurder in de zin van art. 2:248 lid 7 BW, dat de enkele omstandigheid dat een persoon het beleid van een onderneming mede heeft bepaald nog niet meebrengt dat diegene aansprakelijk is als bestuurder.[71] De betrokkene moet zich, zoals blijkt uit de parlementaire geschiedenis,[72] daadwerkelijk als bestuurder hebben gedragen: er moet enerzijds directe bemoeienis met het bestuur zijn, anderzijds een feitelijke terzijdestelling van het formele bestuur, wil er sprake zijn van 'beleidsbepaler als ware hij bestuurder'. Het hof overweegt dat met feitelijke terzijdestelling gelijk kan worden gesteld de situatie waarin de medebeleidsbepaler zijn wil aan het bestuur oplegt en het formele bestuur dat gedoogt. De curator had onder meer aangevoerd dat de aandeelhouder doorslaggevend handelde in een geschil met een bestuurder en dat hij het aanspreekpunt was voor belangrijke zakenrelaties van de vennootschap. De curator heeft naar diverse stukken verwezen waaruit volgens hem volgt dat de aandeelhouder zichzelf ook zag als (mede)beleidsbepaler en zich als zodanig heeft gedragen, en zich ook bezighield met typische aangelegenheden van een bestuurder, zoals het maken van betalingsafspraken met toeleveranciers en het overnemen van een dealerschap. Het hof overweegt dat uit hetgeen door de curator is gesteld weliswaar kan worden afgeleid dat de aandeelhouder als aandeelhouder en grote geldschieter een belangrijke en misschien wel doorslaggevende rol heeft gehad en als zodanig het beleid binnen de vennootschap mede heeft bepaald, maar dat daaruit nog niet zonder meer volgt dat er ook vanuit gegaan kan worden dat de aandeelhouder die machtspositie heeft gebruikt om bestuursmacht aan zich te trekken dan wel de formele bestuurders, voor zover die er waren, zijn wil op te leggen. Daarvoor is meer nodig. Het hof overweegt verder dat gesteld noch gebleken is dat de aandeelhouder de vennootschap met een zekere continuïteit in en buiten rechte vertegenwoordigde, de gebruikelijke contacten onderhield met de bank en zich bezighield met het personeel dan wel dat hij zich anderszins actief bemoeide met de dagelijkse gang van zaken binnen de vennootschap. Het hof vervolgt met de overweging dat het "om de tafel gaan zitten" om in goede harmonie een geschil te voorkomen of op te lossen

70 Hof Amsterdam 27 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2015 (*Jan van Gent Motorsloepen*).

71 Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 7 april 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:2861, *JOR* 2020/140 m.nt. Josephus Jitta (*OK functionaris*). Het hof overwoog dat het feit dat een door de OK benoemde aandelenbeheerder in nauw contact stond met de door de OK benoemde tijdelijke bestuurder, onvoldoende is om hem als feitelijke bestuurder aan te merken. Als beheerder van aandelen is hij alleen aansprakelijk voor geleden schade als hij niet heeft gedaan wat van een redelijk handelend en redelijk bekwame aandelenbeheerder mocht worden verwacht.

72 Het hof verwijst naar de parlementaire geschiedenis van art. 2:248 lid 7 BW (*Kamerstukken II*, 1980-1981, 16 350, nrs. 3-4, p. 18).

niet als een typische bestuurdersaangelegenheid dient te worden beschouwd. Deze vorm van betrokkenheid wijst nog niet op feitelijk bestuurderschap, aldus het hof. Het hof oordeelt ten slotte dat de stellingen van de curator te algemeen zijn gebleven en onvoldoende specifiek toegelicht om de curator te kunnen volgen in zijn stelling dat de aandeelhouder zich niet alleen als medebeleidsbepaler heeft gedragen, maar ook als feitelijke bestuurder.

Hier noem ik nog kort een uitspraak inzake een commissaris, tevens bestuurder van een wederpartij. In de tweede fase van de enquêteprocedure inzake Xeikon heeft de OK wanbeleid vastgesteld.[73] De zaak is feitelijk gecompliceerd, en die laat ik dan ook voor wat die is. In de uitspraak zijn belangrijke delen uit het onderzoeksverslag opgenomen. Daaruit blijkt, kort gezegd, dat een commissaris van Xeikon, tevens bestuurder van Punch International, deelnam aan beraadslagingen en besluitvorming bij Xeikon inzake grote transacties, en dat hij zijn wil met betrekking tot bepaalde transacties – waarbij hij ook (indirect) eigen belangen had – bij het bestuur van Xeikon heeft doorgedrukt, en dat de bestuurders van Xeikon volgens de onderzoeker meer weerstand tegen diens bemoeiingen hadden moeten bieden, welk oordeel door de OK wordt overgenomen. De betrokken commissaris wordt (naast enkele anderen) verantwoordelijk gehouden voor het geconstateerde wanbeleid. Hoewel die vraag niet aan de orde was, althans dat blijkt niet uit de beschikking, ligt het op grond van de feiten voor de hand aan te nemen dat deze commissaris als quasi-bestuurder zou zijn aangemerkt. Dezelfde conclusie ligt voor de hand als de betrokken persoon geen commissaris, maar (groot)aandeelhouder van Xeikon zou zijn geweest, of zelfs geen enkele functie bij Xeikon zou hebben gehad, maar desondanks wel zijn wil aan het bestuur had weten op te leggen.

3.4.9 Adviseur

In de eerder geciteerde MvT wordt opgemerkt dat beleidsbepalers alleen aansprakelijk kunnen worden gesteld indien zij de bestuurstaak daadwerkelijk uitoefenen. Daarbij is opgemerkt dat adviseurs geen beleidsbepaler zijn, ook niet wanneer zij op het beleid van het bestuur een sterke of zelfs beslissende invloed kunnen hebben, maar niet daadwerkelijk de bestuurstaak uitoefenen.[74]

In een aansprakelijkheidsprocedure heeft de curator van P&P Partners BV aangevoerd dat een zekere Van Roij zich in feite als bestuurder heeft gedragen, dat dit gedrag onbehoorlijk is geweest en tot schulden heeft geleid. Hij zou als adviseur zijn

---

73 Hof Amsterdam 6 februari 2018, *JOR* 2018/94 m.nt. Josephus Jitta (*Xeikon*). Perquin-Deelen (2020), nr. 2.5.2 merkt naar aanleiding van deze zaak op: "*Merkt een bestuurder of een commissaris dat hij onder druk gezet wordt of beïnvloed wordt door externen en/of internen, dan is het naar mijn mening de eigen verantwoordelijkheid van deze bestuurder of commissaris hier actie op te ondernemen. Verschuilen achter de voorzitter biedt juridisch geen bescherming. Wel realiseer ik mij dat de voorzitter door zijn functieomschrijving en status juist de mogelijkheid heeft concrete aanpassingen door te voeren in de dynamiek. Hij heeft de sleutelfunctie tot een goed functionerende dynamiek in de board.*"

74 *Kamerstukken II*, 1980-1981, 16 631, nr. 3, p. 6.

opgetreden en in die hoedanigheid (mede) het beleid van de vennootschap hebben bepaald, een activa-transactie hebben geïnitieerd met een vennootschap waarvan hij tevens adviseur en later gevolmachtigde van het bestuur is geweest waarbij P&P een aantal verplichtingen werd opgedragen, alsmede dat hij zich heeft gedragen als ware hij bestuurder van P&P. Hof Den Haag[75] overwoog dat onder feitelijke bestuurders worden begrepen de personen die, als waren zij bestuurders, aan de statutaire bestuurders opdrachten geven, die door de bestuurders worden opgevolgd, en verder personen, al dan niet met een officiële functie in de vennootschap, die haar beleid bepalen met terzijdestelling van het formele bestuur. Wil er sprake zijn van een feitelijke bestuurder, dan moet in rechte dus komen vast te staan dat de formele bestuurders feitelijk terzijde zijn gesteld. Volgens het hof is in deze zaak nog niet vast komen te staan dat Van Roij zich het bestuur had aangetrokken. De mogelijkheid is niet uitgesloten dat het litigieuze gedrag het gevolg kan zijn van het als adviseur in overleg met het bestuur door Van Roij op zich nemen van een bepaalde taak. Het hof bekrachtigt dan ook het vonnis van de rechtbank, waarin is geoordeeld dat het aan de curator is om te bewijzen dat Van Roij zich heeft gedragen als ware hij bestuurder.

Een zekere A werkte op basis van een opdracht voor Vernes Veluwe B.V. om te adviseren en voor het begeleiden bij de herfinanciering en schuldsanering van de vennootschap. Daarnaast was hij potentieel kapitaalverschaffer voor Vernes. A bemoeide zich onder meer met de strategische bedrijfsvoering, voerde gesprekken en onderhandelingen met de bank en had, zonder dat hij in dienst was, een algemene volmacht tot vertegenwoordiging van de vennootschap. Nadat de vennootschap failliet was verklaard, werd A door de curator aansprakelijk gesteld. De rechtbank[76] overweegt wat het toetsingskader betreft dat feitelijk bestuurderschap (als bedoeld in art. 2:248 lid 7 BW) "*wordt aangenomen indien de feiten en omstandigheden in onderlinge samenhang beschouwd blijk geven van een zodanige machtspositie van de feitelijke bestuurder dat deze het beleid kon bepalen en dat zijn handelingen moeten worden geacht te zijn gedaan in het kader van het door hem zelf bepaalde beleid in plaats van conform instructies van het formele bestuur. Voor het (mede) bepalen van beleid "als ware hij bestuurder" moet enerzijds sprake zijn van een directe bemoeienis met het bestuur en anderzijds van een terzijdestelling van het formele bestuur, hetgeen ook kan doordat de formele bestuurders dit gedogen of opdrachten van de beleidsbepalers opvolgen.*" De rechtbank overweegt verder dat het feit dat A een sterke en soms zelfs beslissende invloed had op het beleid van het formele bestuur, met name op het gebied van financieringen en betalingen, nog niet betekent dat hij de bestuurstaak ook daadwerkelijk uitoefende. De bewijslast dat A het beleid heeft bepaald als ware hij bestuurder rust op de curator, aldus de rechtbank.

In de tweede fase van een enquêteprocedure inzake (de failliet verklaarde) Van der Moolen Holding N.V.[77] heeft de OK zich gebogen over de vraag of een zekere K,

75 Hof Den Haag 26 september 2000, *JOR* 2001/24 (*Mr. Libosan q.q./Van Roij*).

76 Rb Amsterdam 9 november 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BV2830 (*Mr. Coumou q.q./Seagull*).

77 Hof Amsterdam 15 februari 2013, *JOR* 2013/102 m.nt. Strik (*Van der Moolen*).

die als adviseur van de vennootschap was aangesteld, als feitelijke bestuurder diende te worden aangemerkt en medeverantwoordelijk was voor geconstateerd wanbeleid. Op grond van de volgende, kort samengevatte (en deels op verklaringen gebaseerde) feiten overwoog de OK dat K als feitelijke medebestuurder is aan te merken:

(i) K heeft deelgenomen aan de besluitvorming van de vennootschap over het aangaan van een samenwerking met en het verstrekken van leningen aan een derde;
(ii) in een verslag aan de CFO heeft K meegedeeld (a) dat een zekere Van der L zal worden ingeschakeld om bepaalde werkzaamheden te verrichten die vallen onder de verantwoordelijkheid van de CFO, (b) dat hij van de CEO (lid van het formele bestuur) het mandaat heeft gekregen om "mensen aan te spreken" en (c) dat hij niet meer geconfronteerd wenst te worden met ad hoc beslissingen;
(iii) K zet de toon binnen de vennootschap, hij acteert als voorzitter van de directie en hij zit ook steeds bij het directie-overleg en het European Management Committee, zonder dat dat vooraf in directie-overleg is afgesproken, en niet alleen als toehoorder, maar als deelnemer aan de besprekingen;
(iv) K had het aannemen en ontslaan van mensen als taak naar zich toegetrokken;
(v) K heeft adviseurs aangetrokken en hun taken en beloning vastgesteld;
(vi) K leidde vergaderingen van het management rond strategische onderwerpen; en
(vii) bij derden bestond de indruk dat K en de CEO samen de dienst uitmaakten.

K heeft zich volgens de OK, kennelijk met goedvinden van de CEO, jegens de CFO een positie aangematigd die onverenigbaar is met die van adviseur van de raad van bestuur (die op dat moment uit de CEO en CFO bestond). De stelling van de CEO dat de raad van bestuur (formeel) besliste over benoemingen en beloningen treft volgens de OK geen doel, omdat die stelling niet raakt aan de essentie van de verklaring van de CFO, namelijk dat K daarover feitelijk besliste en dat de CFO als lid van de raad van bestuur daarin niet gekend werd. Volgens de OK tonen alle in de uitspraak genoemde omstandigheden tezamen en in hun onderlinge samenhang aan, dat K een zodanige invloed had op het beleid en de gang van zaken van de vennootschap, dat zijn positie gelijk te stellen is met die van een (formele) bestuurder. Daarvoor is, aldus de OK, niet vereist dat aannemelijk is dat K betrokken was bij ieder bestuursbesluit.

3.4.10 Managementteam

In de zaak KPNQwest[78] hebben Cargill en Citibank vorderingen ingesteld tegen Koninklijke KPN, KPN Telecom, Qwest Communications, Qwest, bestuurders, het managementteam en de commissarissen van KPNQwest, nadat zij hen aansprakelijk hadden gesteld op grond van kenbare financiële gevaarzetting. De joint venture KPNQwest is failliet gegaan en dit zou volgens de eisende partijen het gevolg zijn

78 Rb Amsterdam 25 april 2012, *JOR* 2012/177 m.nt. Olden (*Cargill c.s./KPNQwest c.s.*). Zie over deze uitspraak ook Knigge en Van der Veen (2013), p. 45-46.

van onrechtmatig handelen door gedaagden bij het aangaan van een lening en het aanspreken van een verkregen kredietfaciliteit.

Door de eisende partijen is gesteld dat ieder van de gedaagden vanuit zijn onderscheiden rol een onrechtmatige daad heeft gepleegd die hem kan worden toegerekend, een en ander in de zin van art. 6:162 BW. Verder hebben zij gesteld dat gedaagden tot een groep behoren. Omdat in elk geval één van gedaagden onrechtmatig schade heeft toegebracht, had de kans op het toebrengen van schade gedaagden behoren te weerhouden van hun gedragingen in groepsverband. Deze gedragingen kunnen aan hen worden toegerekend in de zin van art. 6:166 lid 1 BW, aldus de eisende partijen.

De rechtbank overweegt dat slechts onder (zeer) bijzondere omstandigheden kan worden aangenomen dat een functionaris van een vennootschap (bestuurder, feitelijk leidinggevende of commissaris), of een anderszins bij de vennootschap en de door haar gedreven onderneming betrokkene (aandeelhouder, werknemer), persoonlijk jegens derden aansprakelijk is voor de schulden van de vennootschap: "*Bij de in dat kader in aanmerking te nemen omstandigheden horen steeds ook de aard en omvang van de aan elk van de genoemde functionarissen toevertrouwde taken en werkzaamheden, de informatie waarover zij in dat kader konden of hadden moeten kunnen beschikken, alsmede de mate waarin zij zowel formeel als feitelijk betrokken zijn geweest bij en invloed hebben kunnen uitoefenen op de besluitvorming en de beleidsbepaling binnen de vennootschap en de door haar gedreven onderneming*".

De rechtbank overweegt vervolgens dat voor de beoordeling van de vraag of de bestuurder, het managementteam, de commissarissen, de aandeelhouders, dan wel de werknemers van KPNQwest persoonlijk aansprakelijk zijn voor de schulden van KPNQwest, telkens een andere maatstaf geldt.

De zwaarste plicht in dat verband rust volgens de rechtbank op de bestuurder en het managementteam, als feitelijk leidinggevenden, omdat zij primair belast zijn met het besturen van de vennootschap en de door haar gedreven onderneming. Uitgangspunt is dan dat in beginsel eerst de aansprakelijkheid van bestuurder(s) en feitelijk leidinggevenden zal moeten vaststaan, alvorens kan worden toegekomen aan de vraag naar de aansprakelijkheid van anderen, zoals commissarissen.

Nadat de rechtbank de kern van het arrest Ontvanger/Roelofsen[79] uiteen heeft gezet, wordt overwogen dat tegen die achtergrond de door Cargill en Citibank gemaakte verwijten aan de bestuurder (tevens lid van het managementteam) en de (andere) drie leden van het managementteam, als feitelijk leidinggevenden, moeten worden beoordeeld. Om aansprakelijkheid aan te kunnen nemen "*voor de schulden van KPNQwest uit hoofde van de Facilities Agreement moet komen vast te staan dat hen ter zake hun handelen een ernstig persoonlijk verwijt gemaakt kan worden, omdat zij wisten of behoorden te weten dat de financiële situatie van KPNQwest bij het aangaan van de Facilities Agreement en/of het doen van de Trekkingen daaronder dermate slecht was dat er geen reële overlevingskans meer voor KPNQwest*

79 HR 8 december 2006, *NJ* 2006/659 en *JOR* 2007/38 (*Ontvanger/Roelofsen*).

bestond en dat dus redelijkerwijs voorzienbaar was dat zij niet aan haar verplichtingen uit de Facilities Agreement zou kunnen voldoen en daarvoor ook geen verhaal zou bieden". Na een aantal uitvoerige overwegingen concludeert de rechtbank dat de bestuurder en de feitelijk leidinggevenden niet aansprakelijk zijn.

Over de vraag op grond waarvan de leden van het managementteam die geen deel uitmaakten van het formele bestuur, als feitelijk leidinggevenden (quasi-bestuurders) worden aangemerkt, en in termen van aansprakelijkheid gelijkgesteld worden met de formele bestuurder (toepassing van de ernstig verwijt-maatstaf), bevat het vonnis geen overwegingen. Wel wordt vermeld dat in de statuten van KPNQwest is bepaald dat de raad van bestuur (in casu één formele bestuurder) een managementteam kan vormen, en functionarissen, onder wie een CEO, kan benoemen aan wie bepaalde taken van het formele bestuur worden opgedragen.

3.5 Categorieën quasi-bestuurders

3.5.1 Inleiding

In hoofdstuk 2 is ingegaan op de begrippen bestuurder en besturen, alsmede op de normering van het bestuurlijk doen en laten, in het bijzonder ook op de verplichtingen die op bestuurders rusten en het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid. Daarmee is een kader geschetst dat nodig is om het fenomeen quasi-bestuurder te analyseren.

Uit hetgeen eerder in dit hoofdstuk is behandeld blijkt dat er diverse soorten quasi-bestuurders zijn. Het is zinvol daarin een zekere structuur aan te brengen. Ik doe dat door de quasi-bestuurders in categorieën in te delen. Het is niet meer dan een hulpmiddel. Zoals later in deze studie nog aan de orde komt maakt het voor de juridische beoordeling van het doen en laten van een quasi-bestuurder, waar het betreft persoonlijke aansprakelijkheid en de vraag of op hem verplichtingen rusten die op grond van de wet op formele bestuurders rusten, verschil tot welke categorie de betrokken persoon behoort. Maar ook binnen de ontworpen categorieën zijn er verschillen tussen de quasi-bestuurders. Wat de betekenis van die verschillen precies is maakt onderdeel uit van het onderzoek waarvan in de volgende hoofdstukken verslag wordt gedaan.

In deze studie maak ik een (grofmazig) onderscheid tussen vier categorieën quasi-bestuurders: de feitelijke bestuurder (par. 3.5.3), de feitelijke schaduwbestuurder (par. 3.5.4), de formele schaduwbestuurder (par. 3.5.5) en de titulaire quasi-bestuurder (par. 3.5.6). Deze indeling is door mij eerder gebruikt,[80] maar is op grond van nadere overdenking enigszins aangepast. De indeling is ook niet in beton gegoten, maar een (als gezegd grofmazig) hulpmiddel bij het analyseren van het fenomeen quasi-bestuurder. Hierna besteed ik eerst aandacht aan enige begripsbepaling.

80 Frielink (2018).

3.5.2 Begripsbepaling

Zoals uit de in de volgende paragrafen te geven voorbeelden zal blijken ga ik uit van een ruime omschrijving van het begrip quasi-bestuurder: in mijn benadering van het fenomeen quasi-bestuurder vallen in die categorie ook personen waarvan in de parlementaire geschiedenis en in de regel in de literatuur wordt aangenomen dat die niet als zodanig zijn te kwalificeren. Denk aan de bedrijfsleider die met (nagenoeg) de gehele leiding van de onderneming is belast en blijft binnen de grenzen van zijn bevoegdheden.[81] Uitgangspunt is voor mij het gelijkheidsbeginsel, in die zin, dat (in het recht) gelijke gevallen (zoveel mogelijk) gelijk moeten worden behandeld.[82] Het is een norm die zich richt tot de overheid (ook als wetgever), maar (daarom) ook tot de rechterlijke macht die wetgeving moet interpreteren en toepassen. Dat geen twee gevallen gelijk zijn, hetgeen men mij zou kunnen tegenwerpen, overtuigt mij niet. Waar het om gaat is om te beoordelen of twee gevallen zodanig op elkaar lijken dat er in juridische zin geen (objectieve) rechtvaardiging is om die verschillend te behandelen. Dat is, andere rechtsgebieden daargelaten, ook een fundamenteel uitgangspunt in het algemene aansprakelijkheidsrecht.[83] Degene die zich gedraagt als ware hij de formele bestuurder en die – direct of indirect – (een deel van) de bestuurstaak aan zich heeft getrokken, dient vanuit een oogpunt van aansprakelijkheid als een (formele) bestuurder te worden behandeld. Die persoon kan in beginsel aanspraak maken op de hoge drempel voor aansprakelijkheid (de ernstig verwijt-maatstaf). In beginsel, omdat, zoals nader aan de orde zal komen, sprake zou kunnen zijn van zodanig misbruik of (wan)gedrag dat aan de betrokken persoon deze aanspraak niet zou behoren toe te komen.[84] Ik kan dat niet hard maken, maar ik heb de overtuiging dat de specifieke inhoud die ik aan het begrip quasi-bestuurder geef, goed aansluit op wat in het maatschappelijke domein onder dit begrip wordt verstaan, of wellicht moet ik zeggen: zou worden verstaan als dit fenomeen in de praktijk zou worden beoordeeld.

---

81 In par 4.10 zal in dat verband aandacht worden besteed aan het leerstuk toerekening, zowel van handelingen van de bedrijfsleider aan de rechtspersoon, als omgekeerd.

82 De 'billijkheid' (uit het begrippenpaar redelijkheid en billijkheid) vat ik zodanig op, dat naast een rechtvaardige beoordeling van een voorliggende casus (alle relevante feiten en omstandigheden moeten in ogenschouw worden genomen), gelijkheid in behandeling van gelijke of vergelijkbare gevallen is vereist.

83 Emaus (2013), p. 46 stelt dat het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht principieel gericht is op het herstel van onevenwichtigheid en dat dit rechtsgebied, volgens Ofer Grosskopf, als geheel een uiting is van het (fundamentele) gelijkheidsbeginsel. Emaus refereert aan dit artikel: O. Grosskopf, 'Horizontal Equality and the Law of Torts', in: D. Friedmann & D. Barak-Erez (eds.), *Human Rights in Private Law*, Oxford: Hart Publishing 2003, p. 357-372. Zie ook Florijn (1991).

84 In hoofdstuk 2 heb ik aangegeven de dogmatische discussie over het ernstig verwijt-criterium hier te laten voor wat die is. De tegenstanders van dit criterium zouden tegen mijn benadering kunnen inbrengen dat de drempel overbodig is, en in het geval dat sprake is van misbruik of wangedrag, de rechter sowieso geen reden voor een terughoudende benadering zal zien. Vanuit die visie lijkt mij dat een juist standpunt.

Uitgangspunt voor mij is dan ook of de betrokken persoon – al dan niet met instemming van het formele bestuur – (in overwegende mate) (mede) bepalend is voor beleidskeuzes en bestuurshandelingen, en zodanig functioneert dat hij materieel met een formele bestuurder behoort te worden gelijkgesteld. Zo kan, om een voorbeeld te noemen, een bedrijfsleider, werkzaam op basis van een overeenkomst van opdracht, zoveel vrijheid worden gelaten – contractueel vastgelegd en dus met instemming van het bestuur –, dat hij feitelijk de leiding over de onderneming uitoefent als ware hij de formele bestuurder. Dat hij handelt binnen de (ruime) grenzen van zijn bevoegdheden is op zichzelf geen reden om hem niet als quasi-bestuurder aan te merken. Ik zie ook geen goede reden om hem de hoge drempel voor aansprakelijkheid te ontzeggen. In mijn benadering maakt het voor het element "als ware hij bestuurder" niet uit of daarvoor een contractuele grondslag bestaat of niet. Het komt aan op de feitelijke gedragingen of de feitelijke invloed die de betrokken persoon uitoefent. De bedrijfsleider die de genoemde vrijheid contractueel niet heeft en zich die ook niet eigenmachtig toeëigent, maar onder verantwoordelijkheid van het bestuur uitsluitend uitvoerend is en handelt binnen de kaders van de van het bestuur ontvangen instructies, kwalificeert in mijn benadering niet als quasi-bestuurder. Hij gedraagt zich immers niet als ware hij een formele bestuurder.

Bij het voorgaande moet worden bedacht dat op grond van de uitspraak van de Hoge Raad[85] een beperkt bestuurdersbegrip wordt gehanteerd: alleen degene die in overeenstemming met Boek 2 BW en de statuten als zodanig rechtsgeldig is benoemd, kwalificeert als bestuurder. Dit betreft dan de statutaire of formele bestuurder. Dit kan als een negatieve afbakening worden aangemerkt. Met het oog op de rechtszekerheid is op zich begrijpelijk dat hiervoor is gekozen.[86] In de praktijk is er behoefte aan duidelijkheid, onder meer wat betreft de vraag wie een rechtspersoon op grond van de wet en de statuten rechtsgeldig mag vertegenwoordigen. Je kunt echter ook uitgaan van een overkoepelend begrip 'bestuurder', dat kan worden onderverdeeld in formele bestuurders (benoemd overeenkomstig dan wel anderszins bevoegd tot bestuursdaden op grond van Boek 2 BW en de statuten) en quasi-bestuurders. De laatstgenoemden lijken veel of wellicht in zo'n beetje alles op de spreekwoordelijke eend, maar blijken bij nadere beschouwing een waterhoentje te zijn dat zich als een eend gedraagt. Die quasi-bestuurders kunnen een wettelijke of contractuele basis hebben voor hun handelen (denk aan de zaakwaarnemer of aan de principaal die afspraken heeft gemaakt met een trustbestuurder), of geheel eigenmachtig optreden. Die categorieën zullen in de volgende paragrafen worden besproken.

85 HR 15 december 2000, *JOR* 2001/1 m.nt. Van den Ingh (*Squamish*).

86 De Boode (1997), p. 384-349 merkt onder verwijzing naar diverse (oudere) rechterlijke uitspraken op dat het lijkt alsof de rechters het in die uitspraken niet van belang vonden of de betrokken persoon al dan niet door het bevoegde orgaan en op de voorgeschreven wijze tot statutaire bestuurder was benoemd.

3.5.3 De feitelijke bestuurder

De *eerste 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 een statutaire 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 ontlenen (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) ontneemt, bijvoorbeeld door het besluit te nemen dat (nagenoeg) alle bestuursbesluiten aan voorafgaande goedkeuring van de RvC zijn onderworpen, om aldus gedurende zekere tijd (feitelijk) zelf het bestuur over de rechtspersoon te voeren.[87] De betrokken commissarissen zijn dan ieder als quasi-bestuurder aan te merken. Dat hiermee ook de governance-structuur wordt verbroken, doordat het toezichthoudende orgaan nu feitelijk

87 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*). Zie ook r.o. 4.6 van Rb Limburg 28 april 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:3797, *JOR* 2021/207 m.nt. Bartman (*Maastrichtse Autobus Combinatie*). Omdat de aandeelhouder de bevoegdheid had om transacties boven de € 15.000,- al dan niet goed te keuren en van die bevoegdheid daadwerkelijk gebruik heeft gemaakt, is hij naar het oordeel van de rechtbank aan te merken als medebeleidsbepaler als bedoeld in art. 2:248 lid 7 BW. En aangezien op de medebeleidsbepaler op grond van lid 2 ook de verplichtingen uit art. 2:10 BW en art. 2:394 BW rusten, overweegt de rechtbank dat de aandeelhouder naast de formele bestuurder hoofdelijk aansprakelijk is voor het tekort in het faillissement.

bestuursorgaan is geworden, en dat een dergelijk door de RvC genomen besluit nietig is wegens strijd met de wet (een schending van de bestuursautonomie), laat ik hier verder onbesproken.

3.5.4 De feitelijke schaduwbestuurder

Bij de feitelijke schaduwbestuurder[88] 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 zou ook kunnen gaan om een financier of andere belangrijke contractuele wederpartij van de rechtspersoon, die vanwege zijn sterke positie in staat is om (op bepaalde terreinen) zijn wil aan het bestuur op te leggen. Het enkel stellen van voorwaarden of eisen maakt de betrokkene nog niet tot schaduwbestuurder. Het bestuur zal moeten beoordelen of het de voorwaarden of eisen in het belang van de rechtspersoon acht, en deze aanvaarden dan wel verwerpen. Als in laatstgenoemd geval zodanige druk wordt uitgeoefend dat het bestuur alsnog overstag gaat dan kan de betrokkene als schaduwbestuurder worden aangemerkt. Er is dan immers sprake van door hem afgedwongen beleid en in die zin heeft hij het bestuur in zijn macht.

Het uitoefenen van invloed door een niet-statutaire bestuurder kan overigens positief uitpakken voor de betrokken rechtspersoon. Denk in dit verband aan de Forexx-zaak (besproken in par. 3.4.1 en 5.3).[89] 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 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.

---

88 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.

89 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.

3.5.5 De formele schaduwbestuurder

De *derde 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).[90] Deze quasi-bestuurder handelt op basis van een gemaakte afspraak,[91] 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.[92] 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.[93] Het Gerecht te Curaçao overweegt 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 BWC. 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 overweegt 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 dienstver-

90 Het 'afspreken' kan uitdrukkelijk of stilzwijgend, maar kan ook blijken uit bijvoorbeeld een reglement. Waar het om gaat is dat het formele bestuur instemt met (mede)beleidsbepaling door personen die geen statutaire bestuurder zijn.

91 Er wordt over een *formele* schaduwbestuurder gesproken omdat de onderlinge relatie tussen de betrokken (rechts)personen is geformaliseerd. De afspraak die wordt gemaakt zou (bijvoorbeeld ten aanzien van bepaalde onderwerpen) (ook) een instructiebevoegdheid kunnen inhouden. In de kern gaat het erom dat het formele bestuur door middel van afspraken (een overeenkomst) (tot op zekere hoogte) instemt met een beperking van de bestuursautonomie. Daarin verschilt deze figuur van degene die bijvoorbeeld op grond van de statuten een instructiebevoegdheid heeft (zie daarover nader par. 4.12).

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

93 Zie over (het karakter van) oprichtersrechten en de 'letter of wishes' Frielink (2017b), nr. 7.3.

lening van een trustkantoor,[94] 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 overweegt het Gemeenschappelijk Hof dat de curatoren met betrekking tot dat vermogen beheers- en beschikkingshandelingen mogen verrichten, waaronder het verkrijgen van inzage 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 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 ik tot deze categorie reken is het Executive Committee (ExCo), waarbij bepaalde bestuurstaken in een op de statuten gebaseerd reglement zijn opgedragen aan de leden daarvan die niet allemaal (of in meerderheid geen) statutaire bestuurder zijn.[95] 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)[96] 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. Een ExCo hoeft geen expliciete basis in een reglement te hebben, maar kan ook feitelijk zijn ontstaan.

De precieze status van het ExCo is onduidelijk, al wordt aangenomen dat het geen orgaan van de rechtspersoon is.[97] Personen die geen statutaire bestuurder zijn, maar wel 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) (met anderen een) beslissende invloed op de formele bestuurders kunnen uitoefenen (en de bestuursautonomie dus vrijwillig is ingeperkt) dan wel 'slechts' een adviserende stem hebben.[98] Wordt het beleid van de rechtspersoon in de regel bepaald door

94 De aard van de dienstverlening van een trustkantoor brengt volgens het hof mee, dat aan de positie van het trustkantoor als formele bestuurder geen of geringe betekenis toekomt. Met andere woorden: het beleid van de rechtspersoon wordt (in hoofdzaak) niet door de trustdirecteur bepaald, maar door de principaal. Dat maakt de principaal in mijn visie tot quasi-bestuurder.

95 Vgl. Honée 2018, p. 133-134, en G.J.C. Rensen en R.A. Hagens, *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, 2015, art. 2:151 BW.

96 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.

97 Bulten (2014), p. 20-22; Brandjes (2014); Honée (2017); Dumoulin (2017); Honée (2018), en Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb (2019), nr. 190.

98 Vgl. r.o. 4.72 van Rb Utrecht 15 februari 2012, *JOR* 2012/243 m.nt. Willems (*Kortekaas e.a./Fortis c.s.*). Bulten (2014), p. 22 merkt op dat het ExCo een geheel los van de wet ontwikkeld bestuursmodel is, waarbij in meer of mindere mate anderen de bestuurstaak uitvoeren.

(de meerderheid van) het ExCo, dan hebben alle leden daarvan als quasi-bestuurder te gelden. Worden zij als quasi-bestuurder aangemerkt dan lopen zij vervolgens een risico op bestuurdersaansprakelijkheid. 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. Zie verder par. 5.2.

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,[99] al ligt dat in de regel minder voor de hand.

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 dan wel het gremium waarvan ook niet tot formele bestuurder benoemde personen deel uitmaken, en het bestuur dus vrijwillig zijn eigen bestuursautonomie heeft ingeperkt. Onder omstandigheden zou het daarbij ook kunnen gaan om een financier die in de financieringsovereenkomst bepalingen heeft opgenomen op grond waarvan hij (bijvoorbeeld wanneer de rechtspersoon in financieel zwaar weer terechtkomt) vergaande invloed op het beleid kan uitoefenen. Het zal dan mede van de aard van die invloed en de wijze waarop die wordt uitgeoefend afhangen of de financier als formele schaduwbestuurder dient te worden aangemerkt.

---

99 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 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 en/of art. 3:15i BW 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 treft, 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).

3.5.6 De titulaire quasi-bestuurder

De *vierde 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).[100] Deze quasi-bestuurder handelt op basis van afspraken die hij met het bestuur heeft gemaakt (en is in dit opzicht als te goeder trouw aan te merken),[101] en zijn positie heeft een structureel karakter. Tot deze categorie behoren in beginsel alle personen die feitelijk tot de leiding van de rechtspersoon (en de daarmee verbonden onderneming of organisatie) behoren.[102] 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.

3.6 Het recht van Curaçao

3.6.1 Inleiding

In deze paragraaf zal kort het recht van Curaçao worden besproken. 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 failleert (art. 2:16 BWC); en

---

100 De titulaire quasi-bestuurder is een variant van de feitelijke bestuurder te goeder trouw. Omdat personen in deze categorie (bedrijfsleiders, filiaalhouders) (nagenoeg) altijd zichtbaar zullen zijn, in en buiten de rechtspersoon en een veel voorkomend verschijnsel zijn, is ervoor gekozen deze groep als een aparte categorie te behandelen.

101 Deze quasi-bestuurder handelt op basis van een overeenkomst of (wat genoemd kan worden) een 'ruime volmacht', waarbij het gaat om meer dan het kunnen verrichten van enkel rechtshandelingen (een soort vertegenwoordiging in ruime zin). Zie voor delegatie in het rechtspersonenrecht (als een soort machtiging aangeduid) De Roo (2019). Van delegatie is in het geval van een titulaire quasi-bestuurder geen sprake, omdat degene aan wie een bevoegdheid wordt gedelegeerd een orgaan van de rechtspersoon moet zijn.

102 Vgl. Verbunt & Van den Heuvel (2007).

(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 BWC).

Deze twee gevallen zullen hierna worden besproken, terwijl ook zal worden ingegaan op de aansprakelijkheid buiten faillissement. Voor de volledigheid wijs ik er op dat de wet wat betreft de grote NV nog een specifieke regeling kent voor degene die de inhoud van de jaarrekening geheel of gedeeltelijk heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder: die persoon wordt met een bestuurder gelijkgesteld voor wat betreft de aansprakelijkheid voor schade die is voortgevloeid uit een misleidende jaarrekening (art. 2:125 lid 3 BWC). Deze aansprakelijkheid geldt bij de grote NV en tevens in geval van vrijwillige toepassing van dit regime. Dit geval zal hier verder niet worden besproken.

3.6.2 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 periode van drie jaren voorafgaande aan het faillissement dan wel de surseance 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 BWC). 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 BWC betreft de bestuurdersaansprakelijkheid in het geval dat 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 BWC is bepaald dat in dit verband met een bestuurder wordt gelijkgesteld degene die – gedurende het tijdvak bedoeld in art. 2:16 lid 3 BWC – 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 BWC).

In de MvT[103] 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 BWC 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 (zie nader par. 4.12). 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 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, bijvoorbeeld of het uitoefenen van een instructiebevoegdheid de betrokkene 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. Art. 2:16 lid 9 BWC 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.[104] 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.[105]

---

103 Murray (2016), p. 429.

104 GHvJ (Sint 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, *Cjb* 2020/2, p. 178-201 m.nt. Frielink en Snel (*Carmanco/De Winter q.q.*).

105 Frielink (2017b), nr. 4.4.3.

3.6.3 Specifieke regelingen bij de 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) en (ii) het geval van (dividend)uitkeringen waardoor een BV niet langer aan haar opeisbare verplichtingen kan voldoen (art. 2:216 lid 4 BW). Voor de Curaçaose NV en BV gelden wel bijzondere bepalingen, die hierna in par. 3.6.5 aan de orde komen.

3.6.4 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 een derde aangaat die de 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. In deze gevallen is de maatstaf van ernstig verwijt van toepassing.

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. Karapetian[106] 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 ook in relatie tot quasi-bestuurders van belang in verband met het al dan niet van toepassing zijn van de maatstaf van ernstig verwijt.

3.6.5 Verplichtingen van quasi-bestuurders

Voor de NV in art. 2:138 BWC en voor de BV in art. 2:238 BWC 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,[107] het beleid van de vennootschap bepaalt of mede bepaalt als ware hij bestuurder, ter zake van dat optreden, voor wat zijn verplichtingen ten opzichte

106 Karapetian (2019), nr. 2.4. Zie ook Westenbroek (2017).

107 Bij een voor de NV of BV geldende regeling kan het gaan om een reglement, een aandeelhoudersovereenkomst of een vennootschappelijke overeenkomst. Wordt de bestuurstaak uitgeoefend op basis van één van de genoemde regelingen, dan is de betrokken persoon in mijn terminologie geen quasi-bestuurder.

van de vennootschap en van derden betreft, alsmede voor de toepassing van art. 2:9 BWC, als bestuurder wordt aangemerkt.

Blijkens de MvT[108] 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 BWC. Degene die aan het criterium van art. 2:138/238 BWC voldoet, valt volgens de MvT a fortiori onder art. 2:16 lid 9 BWC en daarmee volledig onder laatstgenoemd artikel. Maar ook buiten faillissement kan iemand als 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.[109] 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.[110]

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.

---

108 Murray (2016), p. 525.

109 HR 23 november 2001, *JOR* 2002/4 m.nt. Blanco Fernández (*Mefigro/Wind q.q.*). Zie ook Schutte-Veenstra (2017).

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

In art. 2:138/238 BWC 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 regeling tot de NV en de BV beperkt is. Op deze vragen, die ook naar Nederlands recht spelen, wordt in de hoofdstukken 4 en 6 teruggekomen. Daar komt ook de vraag aan de orde of wat betreft de op quasi-bestuurders rustende verplichtingen, een onderscheid moet worden gemaakt tussen feitelijke bestuurders en schaduwbestuurders. Een te beantwoorden vraag in dat verband is de volgende. Als een schaduwbestuurder gebruik maakt van een formeel bestuur, waarom zou dan de administratie- en jaarrekeningplicht op hem rusten?

4 DE QUASI-BESTUURDER ONDERZOCHT VANUIT (DE BEGINSELEN VAN) HET RECHTSSYSTEEM

4.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk, waarin een eerste terreinverkenning plaatsvond, is in de eerste plaats gekeken naar wat in Boek 2 BW over de quasi-bestuurder is te vinden, en in de parlementaire geschiedenis hoe die bepalingen volgens de wetgever moeten worden begrepen. Vervolgens is aan de hand van de literatuur en rechtspraak onderzocht hoe vanuit de rechtswetenschap en de rechtspraktijk naar de quasi-bestuurder wordt gekeken en daarmee wordt omgegaan. Dat hoofdstuk is voornamelijk beschrijvend van karakter. In dit hoofdstuk wordt het fenomeen quasi-bestuurder geanalyseerd aan de hand van het rechtssysteem en daaraan ten grondslag liggende beginselen. De hoofdvraag in dat verband luidt: nemen de statutaire bestuurder en de quasi-bestuurder wat betreft hun aansprakelijkheid materieel een volledig gelijke positie in?

De onderwerpen die in dit hoofdstuk aan de orde komen zijn voor dit onderzoek centrale thema's die betrekking hebben op de grondslagen en leerstukken van het (rechtspersonen)recht.[1] De in hoofdstuk 5 te bespreken onderwerpen kunnen (deels) worden gezien als een uitwerking en toepassing van de analyses en stellingname in dit hoofdstuk. De in dit hoofdstuk aan de orde komende vragen zijn nodig om beter inzicht in het rechtssysteem te verwerven. Of een bepaalde regeling of interpretatie wel of niet past binnen een systeem veronderstelt dat inzicht. Dat wil niet zeggen dat daaruit ook in alle gevallen dwingende conclusies kunnen worden getrokken. Het inzicht kan bij verschillende beoefenaren van de rechtswetenschap nu eenmaal verschillen, en soms moeten simpelweg keuzes worden gemaakt, bijvoorbeeld op grond van wat door de betrokkene als de meest

1 Zie Asser/Vranken Algemeen deel **** (2014), nr. 1.2 voor een discussie over juridisch-dogmatisch onderzoek.

billijke uitkomst wordt gezien.[2] Dat is niet noodzakelijk onwetenschappelijk, op voorwaarde dat die keuze duidelijk wordt uitgelegd en daardoor toetsbaar wordt gemaakt.

Voor zover wetten en daarop gebaseerde regelgeving betrekking hebben op gedragsnormen, en bij vragen rond aansprakelijkheid van quasi-bestuurders en eventueel op hen rustende verplichtingen gaat het om gedragsnormen, beschouw ik die als een stolling van waarden en normen die op dit moment op een breed draagvlak in de betrokken samenleving kunnen rekenen. In een juridische context wordt dan over rechtsbeginselen gesproken. Welke beginselen zijn in het kader van dit onderzoek relevant? En wat kunnen we over de fundering of de geldigheid daarvan zeggen? En hoe verhouden gedragsnormen die zijn geschreven voor formele bestuurders zich tot quasi-bestuurders? En welke rol speelt de zorgplicht in dit verband?

Dit hoofdstuk is als volgt opgebouwd. Eerst wordt ingegaan op beginselen of uitgangspunten en zullen er drie worden geïdentificeerd die in relatie tot het fenomeen quasi-bestuurder van belang zijn (par. 4.2). Daarna komt de vraag naar de gelijkstelling van quasi-bestuurders met formele bestuurders aan de orde (par. 4.3). Vervolgens wordt de interne gedragsnorm voor bestuurders besproken (par. 4.4). De kernvraag in dat verband is of die norm ook voor (alle) quasi-bestuurders geldt. In de daarop volgende paragraaf wordt de vraag beantwoord of de gedragsnorm voor bestuurders niet ruimer geformuleerd zou moeten worden (par. 4.5). Daarna wordt ingegaan op de zorgplicht, waarmee het gehele burgerlijk recht is doordrenkt, eerst in algemene zin (par. 4.6), en daarna in het bijzonder in relatie tot quasi-bestuurders (par. 4.7). De vraag wat de voor de formele bestuurders geldende collegiale verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid voor quasi-bestuurders betekenen wordt in de paragraaf daarna beantwoord (par. 4.8), gevolgd door een antwoord op de vraag of de hoge drempel voor aansprakelijkheid voor alle quasi-bestuurders zou moeten gelden (par. 4.9). Daarna wordt ingegaan op het onderwerp toerekening van kennis en handelingen van quasi-bestuurders aan de rechtspersoon (par. 4.10). Vervolgens komt de vraag aan de orde naar op quasi-bestuurders rustende verplichtingen (par. 4.11), gevolgd door een analyse van de begrippen instructiebevoegdheid en instructiemacht (par. 4.12). Zaakwaarneming is een wettelijke grondslag op basis waarvan belangen van een ander kunnen worden waargenomen zonder dat daarvoor een andere juridische grondslag bestaat, en wordt derhalve besproken als mogelijke grondslag voor het handelen van quasi-bestuurders (par. 4.13). Ten slotte volgt een korte samenvattende analyse en zet ik mijn benadering uiteen (par. 4.14).

2 Vgl. Mousourakis (2016), hfdst. 8 over de juristen in de klassieke periode van het Romeinse recht: "Depending on whether a legal rule had been expressed in broad or narrow terms, they sought to make more concrete through a restrictive construction or expand through an extensive construction the scope of the relevant provision. In dealing with problems relating to silence of or ambiguity in the law they often relied upon the methods of comparing and analogy and utilized such general concepts as *aequitas*, *utilitas* and *humanitas*. Of particular importance in the work of interpretation was the concept of *aequitas*, which was often relied upon to correct or expand existing rules of law so that they could better meet the needs of social and commercial life".

4.2 Beginselen of uitgangspunten

4.2.1 Inleiding

Laat ik vooropstellen dat al het recht, zoals hier aan de orde, van menselijke makelij is, in de zin van het resultaat van hetgeen mensen (primair binnen institutionele kaders) hebben voortgebracht. In mijn opvatting geldt dat voor rechtsbeginselen net zoals dat geldt voor wet- en regelgeving, zij het dat rechtsbeginselen deel uitmaken van zoiets vaags als een algemeen rechtsbewustzijn. Dat roept de vraag op hoe die beginselen dan kenbaar zijn. Hoe zijn de beginselen van bijvoorbeeld het privaatrecht, zoals contractsvrijheid, partijautonomie, eigendom als – in beginsel – onbeperkt absoluut recht en het beginsel dat aansprakelijkheid in principe op schuld is gebaseerd, 'kenbaar'? In een ideaalmodel zouden beginselen geïdentificeerd kunnen worden door middel van een open discussie tussen alle betrokkenen (bijvoorbeeld alle inwoners van een land), die idealiter een aantal basiswaarden gemeen hebben,[3] over de kandidaten voor het predicaat rechtsbeginsel, die uitmondt in een unanieme omarming van die beginselen die in het vervolg als rechtsbeginsel door het leven gaan.[4] Een dergelijk ideaalmodel is uiteraard een utopie.[5] Maar de gedachte achter deze benadering, dat waarden (en daarop gebaseerde rechtsbeginselen) breed gedragen en als 'geldig' moeten worden erkend, is voor het (goed) kunnen functioneren van een rechtssysteem van groot belang. Ik noemde basiswaarden, omdat het moet

3 Tussen waarden en normen staan beginselen, las ik eens. Daarmee wordt mijns inziens aangeduid dat het vertrekpunt fundamenteel en abstract is (waarden), daarop reflecterend een semi-concrete of semi-abstracte laag wordt geconstrueerd (die van de – te formuleren – beginselen), uitmondend in concrete gedragsnormen. Voor alle drie geldt overigens dat die tijd, plaats en cultuurgebonden zijn. Ik noem hier slechts dat mensenrechten als *universele* waarden 100 jaar geleden niet 'bestonden', en op tal van plaatsen nog immer niet worden erkend (noch nageleefd). Zie over de oorsprong van (de notie van) mensenrechten Brouwer (2011). We kunnen ook niet uitsluiten dat het hele leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid over zo'n 50 jaar (nagenoeg geheel) obsoleet zal zijn als gevolg van de wijze waarop organisaties tegen die tijd functioneren op basis van Artificial Intelligence.

4 In het kader van de bespreking van het onderzoek verricht door Thomas Kuhn naar paradigma-veranderingen in de geschiedenis en het feit dat de aanhangers van het oude paradigma en van het nieuwe, argumenteren vanuit hun eigen paradigma, merken Boumans & Davis (2016) p. 113 op: "*there is no standard higher than the assent of the relevant community*". Timmerman (2017), p. 27 merkt op dat recht dat is wat we met zijn allen willen dat recht is.

5 Letwin (2007), p. 315-316 bespreekt de opvattingen van de Britse filosoof Michael Oakeshott en verwijst naar zijn stelling "*that there is no indisputable way of identifying legislators who might be depended on to produce just law*". Omdat volgens Oakeshott "*the conscience of each individual is separate and independent from that of every other individual, there may be as many versions of justice as people*". Het is overigens niet onmogelijk om (een deel van) de basiswaarden op te sporen, bijvoorbeeld aan de hand van vragen waarop makkelijk een negatief antwoord wordt gegeven. Mensen kunnen doorgaans heel precies aangeven wat ze niet willen. Ik noem slechts enkele willekeurige vragen. Moet het zijn toegestaan dat iemand willekeurig wordt gedood? Moet het zijn toegestaan dat iemand van zijn eigendommen wordt beroofd? Moet het zijn toegestaan dat anderen hun afspraken niet nakomen? Mogen anderen bepalen wat u wel en niet mag denken/geloven? Mag men u laten verhongeren als u geen middelen hebt om aan eten te komen?

gaan om waarden van een meer algemeen karakter – die wat mij betreft liggen op het vlak van menselijke waardigheid (mensen zijn intrinsiek gelijkwaardig), solidariteit, gelijkheid voor de wet, mensenrechten, een Staat die aan zijn eigen wetten is gebonden e.d.[6] Dat meer algemene karakter is van belang omdat daarmee wordt bereikt dat zoveel mogelijk mensen zich daarin kunnen vinden (herkennen), en de kans zo klein mogelijk wordt gehouden dat zij zich door specifieke, particuliere belangen laten leiden. Een breed gedragen basis biedt ook het beste fundament voor toetsing, bijvoorbeeld om beslissingen van de meerderheid aan te toetsen, aangezien meerderheden in concrete situaties makkelijk inbreuk kunnen maken op rechten van minderheden.[7]

Wet- en regelgeving ontlenen hun formele legitimatie als het goed is aan het zuiver functioneren van democratische instituties waarvan de legitimiteit zelf (op dat moment) niet ter discussie staat.[8] Bij rechtsbeginselen ligt de legitimatie gecompliceerder.[9] De gedachte echter, dat er in de mens (of voortvloeiend uit een veronderstelde wezensaard van de mens) of buiten de mens 'iets' normatiefs met een (zekere) eeuwigheidswaarde is waarop het positieve recht zou (behoren te) rusten

6 De gedachte op dit punt kwam op bij het kennisnemen van de 'algemene samenlevingsbeginselen' die Dworkin (1986), p. 199-201 noemt bij het beschrijven van de "*"true" community*".

7 Vgl. Dworkin (1986), p. 177: "*We might think that majority rule is the fairest workable decision procedure in politics, but we know that the majority will sometimes, perhaps often, make unjust decisions about the rights of individuals.*"

8 In dit verband heeft Hart (1961) p. 92 e.v. het over de fundering van het rechtssysteem zelf, in het bijzonder de vraag waarop de legitimiteit van de ultieme 'regelmaker' (een koning, of de basis waarop het hoogste wetgevende lichaam wetten maakt) is gebaseerd. Hart formuleert een ultieme erkenningsregel ('*Ultimate Rule of Recognition*'). Het is een sociale regel. "*Its existence is a matter of fact*", aldus Hart (p. 107), "(…) *the rule of recognition exists only as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria*". In het rechtssysteem bestaan verder op diverse niveaus erkenningsregels: regels die bepalen aan wie regelgevende bevoegdheid toekomt en aan welke criteria moet zijn voldaan om een regel als rechtsregel aan te kunnen merken. Al die erkenningsregels zijn uiteindelijk terug te voeren op de ultieme erkenningsregel.

9 Hart (1961), p. 79 e.v. maakt een onderscheid tussen 'primary rules' en 'secondary rules'. De primaire regels zijn, kort gezegd, de tot de justitiabelen gerichte (gedrags)regels. Er is echter een tweede set regels nodig (regels die over de primaire regels gaan) die de bevoegdheid verlenen de primaire regels vast te stellen, uit te leggen, aan te passen, of af te schaffen, en de naleving daarvan af te kunnen dwingen. De 'rules of recognition' behoren tot de secundaire regels. Een rechtssysteem bestaat dus uit primaire en secundaire regels. Dit moet worden onderscheiden van de twee voorwaarden die volgens Hart (p. 113) noodzakelijk én voldoende zijn om van een rechtssysteem te kunnen spreken: "*On the one hand those rules of behaviour which are valid according to the system's ultimate criteria of validity must be generally obeyed, and, on the other hand, its rules of recognition specifying the criteria of legal validity and its rules of change and adjudication must be effectively accepted as common public standards of official behaviour by its officials.*" Hart maakt, anders dan Dworkin (zie Dworkin (1978), p. 22), geen onderscheid tussen regels en (rechts)beginselen. Uit de hoofdtekst blijkt dat ik het onderscheid wel maak, en zelfs als zeer wezenlijk zie. Rechtsbeginselen maken een wezenlijk onderdeel van het rechtssysteem uit.

of waaraan het getoetst zou (moeten) kunnen worden, spreekt mij niet aan.[10] Was er maar zo'n bron waaruit wij een dergelijk moreel fundament van het recht – onbetwistbaar – zouden kunnen destilleren!

Een rechtssysteem[11] wordt in stand gehouden door de in een land heersende macht of klasse totdat zich een kritische massa aandient die de heersende macht of klasse van de figuurlijke troon stoot.[12] Naast een formele legitimatie (het juist zijn doorlopen van het geldende wetgevingsproces) speelt in dit verband de normatieve legitimatie een rol. Het gaat daarbij om de acceptatie van (de meeste regels van) het rechtssysteem en de wijze waarop de toepassing daarvan voor de justitiabelen

10 Vgl. Mousourakis (2016), hfdst. 4 over de archaïse periode van het Romeinse recht en de Wet van de Twaalf Tafelen (ongeveer 451 BC): "The impact of the Twelve Tables was that the law came to be seen as being derived, in principle, from the will of the people and as being shaped by social forces. In other words, as the law was now made public, it became less of a religious mystery and was set on a secular basis". In hoofdstuk 6 schrijft hij over de jaren vanaf de Twaalf Tafelen en geeft aan dat gewoonte (*custom*; *consuetudo*) als autonome bron van het recht steeds minder belangrijk werd: "However, it continued to play a part in the formulation of the norms of positive law as found in the *leges*, the *edicta* of the magistrates and the interpretation of the jurists. Thus, a great deal of the forms of action devised by the praetors in order to deal with situations not covered by the existing *ius civile* reflected customary norms approved and observed by the people for a long time (*opinio necessitatis*). The primary duty of the praetor in a legal dispute was to determine whether the title upon which a party based his claim was valid and, in doing so, the praetor was guided by current public opinion and the general sentiment as to what was right and proper in the circumstances."

11 Hier wordt in algemene zin over 'het' rechtssysteem gesproken. Ik laat een discussie over dit begrip achterwege. Voor deze studie is enkel het privaatrecht van belang; daarin is systematiek te onderkennen. Die staat hier niet ter discussie, maar is het 'gegeven' waartegen bijvoorbeeld gedachten of stellingen kunnen worden afgezet die dan als 'waar' (passend in het systeem) of 'niet waar' (niet passend in het systeem) kunnen worden aangemerkt. Vgl. Wittgenstein (1977), nr. 94, die aangeeft dat hij zijn wereldbeeld er niet op nahoudt, omdat hij zich van de juistheid hiervan heeft overtuigd, ook niet omdat hij van de juistheid overtuigd zou zijn, maar als de overgeleverde achtergrond, waartegen hij tussen waar en onwaar onderscheidt.

12 Voor de legitimiteit van een rechtssysteem zijn de verwachtingen van de Staat (als ultieme wetgever) jegens de burgers en van de burgers jegens de Staat van wezenlijk belang. De Staat verwacht dat de burgers de wet naleven, maar de burgers verwachten dat ook van de Staat (en al haar organen en vertegenwoordigers). Die wederkerigheid (de verwachtingen over en weer) liggen noodzakelijk in het rechtssysteem besloten. Wat de Staat betreft betekent dit bijvoorbeeld de plicht om de naleving van wet- en regelgeving af te dwingen, hetgeen bij bijvoorbeeld het strafrecht en milieuregelgeving evident is, en dat te doen met inachtneming van de regels (grenzen) die daarvoor in de wet- en regelgeving zijn vastgelegd, omdat die (mede) beogen burgers te beschermen. Wat het civiele recht betreft verwachten burgers dat als zij de wettelijke voorschriften volgen, bijvoorbeeld als het gaat om de criteria voor het rechtsgeldig sluiten van een overeenkomst, zij door de wet zullen worden beschermd als zich een geschil voordoet (in het genoemde voorbeeld: naleving van die overeenkomst in rechte kunnen afdwingen).

uitwerkt.[13] Het zal niet zoveel uitmaken of in een land links of rechts moet worden gereden, maar wel welke feiten strafbaar zijn en welke straf daarop staat, welke huwelijken wel en niet zijn toegestaan, of mensenrechten zijn gewaarborgd, of er adequate rechtsbescherming is en noem maar op. Bij de morele legitimatie gaat het om het lastige vraagstuk naar de grondslagen en de rechtvaardiging van rechtsregels, in het bijzonder natuurlijk gedragsregels, en kort gezegd om de vraag waarom we de regels van het recht (zouden) behoren te respecteren en na te leven. Over dit thema breken juristen en filosofen zich al eeuwen het hoofd.[14]

Wat deze studie betreft wordt aangenomen dat de rechtsstelsels binnen het Koninkrijk der Nederlanden algemeen worden geaccepteerd, los van kritiek die individuen of groepen (op onderdelen daarvan) kunnen hebben. Dat laat onverlet de vraag op grond waarvan een bepaalde regel als 'juist' of 'rechtvaardig' kan worden aangemerkt.

In hoofdstuk 3 is vermeld dat in lid 7 van art. 2:138/2:248 BW is bepaald dat met een bestuurder voor de toepassing van dit artikel wordt gelijkgesteld degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder. Dat misbruik voorkomen en bestreden moet kunnen worden is de politiek-maatschappelijke reden en rechtvaardiging voor het invoeren van onder meer deze anti-misbruikbepaling. De vraag is echter op grond waarvan (en in hoeverre) een quasi-bestuurder wat betreft aansprakelijkheid met een formele bestuurder gelijkgesteld dient te worden. En of de quasi-bestuurder dan ook in alle gevallen een beroep op de hoge drempel voor aansprakelijkheid toekomt. En wat betreft verplichtingen kan ook de vraag worden gesteld op grond waarvan (en in hoeverre) een quasi-bestuurder met een formele bestuurder gelijkgesteld dient te worden. Voor het antwoord op dat soort vragen moeten we iets dieper kijken dan naar alleen de wetsbepalingen zelf, al was het maar omdat die uitgelegd moeten worden. En dieper kijken betekent onderzoek naar (enkele) grondslagen van het rechtssysteem.

In aanloop naar de beantwoording van deze (deel)vragen heb ik gekeken welke, voor mijn onderzoek mogelijk relevante, beginselen (uitgangspunten) in de tijd van het Romeinse recht (753 BC – AD 565)[15] werden gehanteerd. In dat verband heb ik het boek van Spruit als basis genomen en aan de hand van andere literatuur[16]

13 Volgens Dworkin (1986), p. 94-96 is wat hij noemt 'integrity of law' de beste interpretatie van wat advocaten, docenten in het recht en rechters daadwerkelijk doen en zeggen: "*It supposes that law's constraints benefit society not just by providing predictability or procedural fairness, or in some other instrumental way, but by securing a kind of equality among citizens that makes their community more genuine and improves its moral justification for exercising the political power it does*". Verderop (p. 225) schrijft hij: "*According to law as integrity, propositions of law are true if they figure in or follow from the principles of justice, fairness, and procedural due process that provide the best constructive interpretation of the community's legal practice*". Dat betekent onder meer dat als rechterlijke uitspraken overeenkomstig deze 'interpretatiemethode' worden gewezen, de burgers in die samenleving zich in die uitspraken zullen herkennen.

14 Zie Letwin (2007) voor diverse opvattingen van Plato tot Michael Oakeshott.

15 Feenstra (1994), nr. 1.

16 O.a. Feenstra (1994); Mousourakis (2016); Lee (1915); en Stein (1999).

enkel onderzocht of hetgeen hij in zijn boek constateert door anderen wordt gedeeld, althans niet wordt tegengesproken. Op basis daarvan kom ik tot de conclusie dat het boek van Spruit voor mijn doel als gezaghebbend kan worden aangemerkt. Mijn zoektocht begint bij het Romeinse recht, omdat het algemeen wordt gezien als "*one of the strongest formative forces in the development of what we now think of as the Western legal tradition*".[17] Vervolgens heb ik onderzocht of deze beginselen de tand des tijds hebben doorstaan (historische test) en aan het burgerlijk recht van Nederland ten grondslag liggen.[18] Deze aanpak oogt wellicht enigszins omslachtig, maar is nuttig gebleken bij het verkrijgen van een beter inzicht in deze beginselen.

4.2.2 Het Romeinse recht als vertrekpunt

De Romeinse juristen hadden voor het formuleren van theoretisch-dogmatische grondprincipes achter het positieve recht weinig belangstelling; pas na de middeleeuwen (dus na het jaar 1500) kwam dit onderwerp volop in de belangstelling.[19] Timmerman[20] heeft een poging gedaan om te komen tot een catalogus van beginselen van het Nederlandse ondernemingsrecht. Die zullen hier niet worden besproken, maar zijn benadering dient wel ter inspiratie. Het is gebruikelijk een onderscheid te maken tussen een (wettelijke) regel enerzijds en de principes, beginselen en gedachten die daaraan ten grondslag liggen anderzijds, die (onder meer) kunnen helpen bij het interpreteren en toepassen van een regel. Hier zal over beginselen worden gesproken, waarmee algemene noties of uitgangspunten worden bedoeld, waarvan – gelet op de historie en de systematiek van het rechtssysteem alsmede de parlementaire geschiedenis – wordt aangenomen dat die op een breed draagvlak kunnen rekenen. Deze beginselen zijn de verklaring of rechtvaardiging van de (concrete) regel, ofwel

---

17 Mousourakis (2016), Preface. Hoofdstuk III van Asser/Scholten Algemeen deel (1974) is gewijd aan de geschiedenis van het Burgerlijk Wetboek van 1838 en ontwikkelingen nadien tot 1931 (met een door de bewerker van dat boek toegevoegd kort aanvullend overzicht van de ontwikkelingen nadien tot 1972).

18 Het gaat bij de historische test dus om een bevestiging van het thans geldende recht. Vgl. Bezemer (2013), p. 6-7.

19 Spruit (2003), nr. 52; Mousourakis (2016), hfdst. 1. Zie ook Van den Bergh en Jansen (2011), nr. 2.2. Zie over de geschiedenis en het ontstaan van het Romeinse recht Wolff (1951). Op pagina 62 schrijft hij: "*In other words, ius civile was that set of rights of the individual citizen which the community was prepared to protect through its constitutionally established organs, because they resulted from legal institutions and principles rooted in the collective conscience of the Roman people and sanctioned by ancestral usage, common recognition, or legislative fiat of the political community.*" Op de volgende bladzijde voegt hij daaraan toe: "*The Romans, like the English, retained a remarkable spirit of traditionalism; the authority of their laws was rooted in the mores maiorum, the laws of the forebears. Their legal rules and institutions were part of the very life of the nation.*" In de Romeinse tijd was de status van een persoon (vrij of slaaf, Romeins burger of niet e.d.) van belang voor de vraag welke rechten en verplichtingen een persoon had. Zie daarover Crook (1967), Chapter II. Zie Hart (1961), p. 158 over het thans gangbare uitgangspunt dat mensen *prima facie* gelijk dienen te worden behandeld.

20 Timmerman (2009). In het kader van het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid heeft hij ook een aantal beginselen geformuleerd: zie Timmerman (2017).

van zijn innerlijke of intrinsieke waarde. Dat afspraken (in beginsel) moeten worden nagekomen, en dat personen (in beginsel) verantwoordelijk en aansprakelijk zijn voor hun eigen doen en laten, zijn twee voor de hand liggende voorbeelden. Dit zijn twee voorbeelden van algemene beginselen die (om ons daartoe te beperken) aan het burgerlijk recht ten grondslag liggen, en die eeuwen voor aanvang van onze jaartelling al vanzelfsprekend waren.[21] Van beginselen die de historische test doorstaan neem ik aan dat die als breed geaccepteerd rechtsbeginsel kunnen worden aangemerkt. Dit laatste sluit uiteraard het bestaan van in de tijd veel jongere beginselen niet uit; het recht was, is en blijft in beweging.

Ik heb mij afgevraagd of het wellicht zinvol zou zijn de beginselen die ik als basis of vertrekpunt ga gebruiken, en die hierna nog aan de orde komen, aan één of meer andere tests te onderwerpen. Daarbij dacht ik aan twee manieren om deze beginselen tegen het licht te houden. Of sprake zou kunnen zijn van een beginsel, en derhalve aanspraak op een meer algemene gelding daarvan kan worden gemaakt, zou *mede* kunnen worden vastgesteld aan de hand van een absurditeitstest[22] en een test waarbij het perspectief wordt veranderd. De absurditeitstest ziet op de gevolgen van een beginsel, met name voor het rechtssysteem. Stel dat een beginsel zou inhouden dat deelnemers aan het rechtsverkeer (in beginsel) *niet* zijn gebonden aan afspraken die zij maken (*pacta non sunt servanda*).[23] Een dergelijk beginsel zou, zo mag worden aangenomen, tot grote onzekerheid leiden en een ordentelijk rechtsverkeer in de

21 De beperking tot het burgerlijk recht zoals wij dat kennen voorkomt dat situaties moeten worden besproken als door Hart (1961), p. 161 gesignaleerd: "*The moral code might forbid Barbarians to assault Greeks but allow Greeks to assault Barbarians. In such cases a Barbarian may be thought morally bound to compensate a Greek for injuries done though entitled to no such compensation himself. The moral order here would be one of inequality in which victim and wrongdoer were treated differently. For such an outlook, repellent though it may be to us, the law would be just only if it reflected this difference and treated different cases differently.*"

22 Ik vond deze term in Fr. S. Rombouts, *Katholieke Pedagogiek (Tweede Deeltje). Het Kind* (derde herziene druk), Tilburg: Drukkerij van het R.K. Jongensweeshuis 1938, p. 117. Hij gebruikt de term in het kader van een intelligentie-testschaal, in dit geval om te kijken hoe kinderen van 11 jaar en ouder kritiek uitoefenen op onmogelijke zinnen. Als voorbeeldzinnen voor de "absurditeitstest" worden genoemd: "*Ik heb drie broers: Piet Kees en ik. Het spoorwegongeluk was niet ernstig: er waren maar 48 doden. Het is nu al zo dikwijls gebleken, dat bij zo'n ongeluk de laatste wagen steeds het ergst beschadigd wordt: waarom laat men de laatste wagen toch niet weg? Iemand schreef: als je deze brief morgen niet ontvangt laat het me dan weten, dan schrijf ik je terstond een andere.*" Bij de hier genoemde voorbeelden gaat het enkel om absurditeit in logische zin (innerlijk tegenstrijdige zinnen). Asser/Scholten Algemeen deel (1974), nr. 10 (p. 39) maakt melding van het feit dat de Hoge Raad in het tijdvak 1893-1903, ondanks zijn eerbied voor een beroep op de ondubbelzinnige woorden van de wet, absurde resultaten reeds toen niet aanvaardde.

23 Spruit (2003), nr. 30 merkt bij de bespreking van het recht in de voorklassieke periode (ca. 250 v.C. – 0) op, dat de belangrijkste contracten, met name de consensuele overeenkomsten (koop, huur, arbeidsovereenkomst etc.), wortelen in de in alle mensen – ongeacht tot welk volk of tot welke staat zij behoorden – gelijkelijk verbindende *fides*, de verplichting om het eens gegeven woord gestand te doen.

weg staan. Ervan uitgaande dat (een behoorlijke mate van) rechtszekerheid[24] en een ordentelijk rechtsverkeer waarden zijn die niet ter discussie staan, en dat mag worden aangenomen aangezien anders bezwaarlijk over een rechts*systeem* kan worden gesproken, zou het genoemde beginsel tot absurde gevolgen leiden en – als logisch gevolg daarvan – dus niet de kwalificatie rechtsbeginsel verdienen.[25] Omdat tijdens mijn onderzoek al snel bleek dat de resultaten niet tot absurde gevolgen in de hier bedoelde zin leiden, heb ik deze test verder niet expliciet toegepast.

De test waarbij het perspectief wordt veranderd lijkt op de absurditeitstest, maar verschilt daarvan in zoverre dat de gevolgen van een ander perspectief niet noodzakelijk absurd hoeven te zijn, maar wel in hoge mate onwenselijk. Ter illustratie van deze test het volgende in simpele vorm toegepaste voorbeeld. Wordt een beginsel enkel vanuit het eigen perspectief (lees: het eigen private belang) bekeken dan kan een persoonlijk belang meebrengen dat voor een bepaald beginsel wordt gekozen (bijvoorbeeld dat belangen van kopers in alle gevallen prevaleren, en een koper daarom in alle gevallen een overeenkomst binnen 100 dagen eenzijdig en zonder opgaaf van reden mag ontbinden). Wordt het perspectief omgedraaid (in ons voorbeeld wordt nu niet vanuit het kopersperspectief maar vanuit het verkopersperspectief naar het beginsel gekeken) dan zal tot een ander oordeel worden gekomen wat de betreft de aanvaardbaarheid van een beginsel zoals in het voorbeeld genoemd. Het beoordelen van een (kandidaat)beginsel vindt uiteraard niet geïsoleerd plaats, maar tegen de achtergrond van onder meer reeds geaccepteerde rechtsbeginselen. Er moet immers een logisch en coherent systeem zijn. De perspectieftest heeft ook een praktische kant. Zo zal bijvoorbeeld een wetgever met verschillende perspectieven rekening moeten houden. Een wetgever die ervoor kiest om in een wet vergaande bevoegdheden aan een minister toe te kennen, mede omdat veel vertrouwen in de (op dat moment zittende) minister bestaat, zal ook de vraag onder ogen moeten zien hoe dat uitpakt als deze minister wordt opgevolgd door een persoon waarin dat vertrouwen volledig ontbreekt. Bij een perspectief-test wordt expliciet gekeken naar de betrokken belangen en naar de gevolgen van een (voorgestelde) regeling of theorie.

---

24 Hol en Gribnau (1999), p. 176 noemen als elementen van rechtszekerheid (i) dat het recht in zekere mate stabiel dient te zijn en niet teveel veranderingen dient te kennen; (ii) dat rechtsregels worden toegepast; (iii) dat het recht zo dient te zijn ingericht dat voor een ieder duidelijkheid bestaat over zijn of haar rechtspositie; (iv) dat beslissingen inzake geschillen snel worden genomen en men daarop niet te lang hoeft te wachten; (v) dat het recht kenbaar is; (vi) dat het recht aan de burgers voldoende bescherming biedt tegen de overheid; (viii) dat gewekt vertrouwen wordt gehonoreerd; en (ix) dat terugwerkende kracht uit den boze is. In deze en andere bijdragen in genoemde publicatie wordt vanuit diverse invalshoeken kritisch en relativerend naar het begrip 'rechtszekerheid' gekeken. Overigens worden als (fundamentele) waardenoriëntaties naast rechtszekerheid, doorgaans ook gerechtigheid en doelmatigheid genoemd. Zie Foqué (2009), p. 15-16.

25 Terzijde merk ik op dat beginselen ook met elkaar 'in strijd' kunnen zijn. Scholten (1983), p. 8 merkt op: "*Ik wijs er in dit verband op dat werkelijke rechtsvragen meestal door meerdere rechtsbeginselen beïnvloed worden, die vaak tegen elkaar in werken. Daarom zeggen wij juristen zo vaak ja, maar … en redeneren wij dialectisch. De vraag is altijd wat het zwaarst weegt, alles bij elkaar genomen. Dat afwegen is afwegen van onmeetbare grootheden. Dat vereist intuïtie en scholing.*"

In par. 4.14 sta ik stil bij de gevolgen van mijn benadering van het fenomeen quasi-bestuurder.

Voor de vraag of een 'norm' als een rechtsbeginsel dient te worden aangemerkt is van belang of deze behoort tot wat we het (wat diepere) hedendaagse rechtsbewustzijn van de betreffende rechtsorde noemen: welke norm wordt zo fundamenteel geacht dat afwijking daarvan (in beginsel) niet acceptabel is? Daarbij gaat het er om of daarvan op dit moment sprake is. Ik heb mij beperkt tot het Nederlandse recht. Toegespitst op rechtsbeginselen kan bijvoorbeeld de vraag worden gesteld of de objectieve goede trouw (hier te verstaan als de gedragsregel dat een persoon – bijvoorbeeld als contractspartij – geacht wordt te handelen in overeenstemming met de eisen van redelijkheid en billijkheid)[26] wel of niet voor de kwalificatie rechtsbeginsel in aanmerking komt, hoe open die norm op zichzelf ook is en los van de gevallen waarin de norm reeds wettelijk is vastgelegd.[27] De objectieve goede trouw kan de test mijns inziens met vlag en wimpel doorstaan. Daargelaten dat over aard en reikwijdte gediscussieerd zou kunnen worden, gaat het hier om een algemene rechtsplicht die zich richt tot de rechtssubjecten, en die door een tot oordelen geroepen rechter als toetssteen kan worden gebruikt bij het beoordelen van het doen en laten van partijen, en als hulpmiddel bij vraagstukken van interpretatie. De goede trouw (*bona fides*) gaat (als begrip) ver terug in de geschiedenis[28] en wordt (ook) heden ten dage algemeen beschouwd als een fundamenteel rechtsbeginsel.[29]

Voor dit onderzoek heb ik enkele andere rechtsbeginselen geïdentificeerd die mijns inziens voor mijn onderzoek relevant zijn:

(i) personen zijn (in beginsel) aansprakelijk voor hun eigen doen en laten;

---

26 De verplichting van procespartijen om de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren (art. 21 Rv) bijvoorbeeld, zie ik ook als een verschijningsvorm van de objectieve goede trouw.

27 In dit verband kan ook worden gewezen op het voorschrift van art. 2:8 lid 1 BW (art. 2:7 lid 1 BWC): 'Een rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken, moeten zich als zodanig jegens elkander gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.'

28 Spruit (2003), nr. 37 stelt dat het aan de Republikeinse juristen in de voorklassieke periode te danken is dat de goede trouw als gemeenschappelijke verbindende grondslag en beoordelingsmaatstaf van rechtsverhoudingen werd erkend, en dat de goede trouw heden ten dage overal ter wereld nog steeds een fundamentele rol in het rechtsverkeer speelt. Heden ten dage is de goede trouw een hulpmiddel bij het interpreteren van bijvoorbeeld overeenkomsten, en kan het door de rechter worden gebruikt als grondslag voor een aanvulling of beperking van een (contractuele) rechtsverhouding dan wel de gevolgen van een overeenkomst wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk ontbinden (vgl. art. 6:2 BW, art. 6:248 BW en art. 6:258 BW). Mousourakis (2016), hfdst. 1 merkt op: "From an objective point of view, *bona fides* was associated with the general expectation that persons should behave honestly and fairly in legal transactions. Acting dishonestly was considered to be *contra bonam fidem*". Op dit uitgangspunt is volgens hem bijvoorbeeld de regel gebaseerd dat "what has been agreed upon must be done". Zie ook Langemeijer/Schrage (1994), p. 118.

29 Wie op rechtspraak.nl zoekt op 'goede trouw' en 'te goeder trouw' vindt vele duizenden rechterlijke uitspraken waarin deze begrippen aan de orde komen. Zie over de oorsprong van de goede trouw Cornelis (1990).

(ii) wat betreft goederen die aan een ander toebehoren moet dezelfde zorgvuldigheid in acht worden genomen die men ten aanzien van eigen goederen in acht pleegt te nemen (bijvoorbeeld bij de *societas* of bij bewind). Het gaat hier niet om een subjectief, maar om een geobjectiveerd beginsel. In dit verband wordt over een zorgplicht gesproken;
(iii) een persoon behoort niet te profiteren van zijn eigen onrechtmatige handelen.

Ik zal deze beginselen vanuit hun Romeinsrechtelijke oorsprong kort bespreken.

Ad (i) Een persoon is in beginsel aansprakelijk voor zijn eigen doen en laten
De kern van het huidige verbintenissenrecht is naar geest en uitwerking van Romeinse oorsprong. Dat geldt niet voor de systematiek van ons Burgerlijk Wetboek, aangezien de Romeinse juristen een dergelijke systematiek niet kenden, en zich weinig hebben verdiept in de beginselen en grondregels die voor alle verbintenissen zouden moeten gelden. Elke verbintenis werd afzonderlijk beschouwd, in het licht van de actie (rechtsvordering) waarmee zij werd beschermd.[30]

In het Romeinse recht was degene die een onrechtmatige daad (delict) had gepleegd aansprakelijk. Er bestond geen algemene regeling van de rechtsgevolgen die voortvloeien uit onrechtmatig handelen; men kon aansprakelijk zijn voor specifiek omschreven delicten. De daaraan verbonden sancties kenden naast een vergoedingselement, ook een (niet nader te bespreken) strafrechtelijk element. Belangrijke begrippen in dit verband zijn opzet (*dolus*) en schuld (*culpa*).[31] Daarnaast kon een persoon, los van de schuldvraag, uit hoofde van zijn hoedanigheid aansprakelijk zijn (quasi-delict), hetgeen tegenwoordig in de categorie risicoaansprakelijkheid valt.[32] Bij delicten gaat het om gedragingen, voornamelijk van vermogensrechtelijke aard, gericht tegen een persoon of diens vermogen (*delicta privata*). Gedacht kan worden aan diefstal,[33] verduistering en zaaksbeschadiging, en in de persoonlijke sfeer aan belediging, smaad en mishandeling.[34] Opzet (*dolus*) is een belangrijk element voor aansprakelijkheid: het gaat dan om de bedoeling (de wil) of een welbewust

30 Spruit (2013), nr. 375. Zie verder Maes (2020), hoofdstuk 2, nr. 2.3 over het beginsel 'berokken een ander geen schade', dat de Romeinen als grondbeginsel voor hun aansprakelijkheidsrecht hanteerden.
31 Langemeijer/Schrage (1994), p. 37 merkt op: "*Men neemt dan ook reeds sedert de Romeinse tijd aan dat voor vergoedingsplicht op grond van onrechtmatige daad de geringste mate van schuld voldoende is, terwijl men voor strafbaarheid thans algemeen een aanmerkelijke mate van schuld eist.*"
32 Denk aan de aansprakelijkheid van de *pater familias* voor de onrechtmatige daden van allen die in zijn huishouding opgenomen waren. Vgl. Spruit (2013), nr. 400 en Langemeijer/Schrage (1994), p. 40.
33 Het gaat hier om een heel ruim begrip diefstal. Hieronder valt bijvoorbeeld ook het geval dat aan iemand een zaak in bewaring is gegeven, en de bewaarnemer de zaak eigenmachtig gaat gebruiken, ofwel het wederrechtelijk gebruiken van een zaak anders dan waarvoor men deze ter beschikking heeft gekregen. Denk verder aan het bewust aannemen van een onverschuldigde betaling. Zie Spruit (2013), nr. 595.
34 Spruit (2013), nr. 549. In nr. 551 wordt het private karakter van wat wij tegenwoordig het strafrecht noemen besproken.

handelen van de aansprakelijk gestelde persoon.[35] In veel gevallen was het echter al voldoende dat het feit zelf was gepleegd en werd *culpa* aangenomen zonder dat naar de subjectieve gezindheid van de dader werd gekeken. In het huidige recht wordt uitgegaan van een subjectief schuldbegrip: de onrechtmatige daad moet aan de pleger verwijtbaar zijn (art. 6:162 BW). Onder omstandigheden kon (en kan) sprake zijn van een rechtvaardigingsgrond, zodat een op zichzelf onrechtmatige handeling zijn onrechtmatige karakter verliest.[36]

Het was overigens onder het Romeinse recht niet altijd mogelijk om schade te verhalen op degene die, wat wij zouden noemen, een onrechtmatige daad had gepleegd. Voor aansprakelijkheid was vereist dat er een specifieke actie (rechtsvordering) voorhanden was.[37] Dit processuele aspect staat aan het feit dat sprake is van een rechtsbeginsel niet in de weg.

Het rechtsbeginsel is op diverse plaatsen in het Burgerlijk Wetboek uitgewerkt. Genoemd wordt hier het leerstuk van de onrechtmatige daad zoals vastgelegd in art. 6:162 BW. Een uitzondering bestaat voor minderjarigen die jonger zijn dan 14 jaar (art. 6:164 BW), voor wie de ouders of de voogd aansprakelijk zijn als sprake is van een gedraging (een doen) die als onrechtmatige daad kwalificeert (art. 6:169 BW). De regeling inzake schuldeisersverzuim (art. 6:58 BW) en wanprestatie (art. 6:74 BW) kunnen evenzeer als uitwerkingen van dit rechtsbeginsel worden gezien. Bij de onrechtmatige daad, schuldeisersverzuim en wanprestatie speelt het begrip 'toerekening' een centrale rol. Die toerekening kan betrekking hebben op de betrokken persoon (en zijn gezindheid, geestestoestand e.d.), maar ook op een risicoverdeling. Dit behoeft op deze plaats geen nadere bespreking.

Het beginsel dat personen (in beginsel) verantwoordelijk en aansprakelijk zijn voor hun eigen doen en laten kan niet verder worden gefundeerd dan met de vaststelling dat het de tand des tijds vele eeuwen heeft doorstaan, en nog immer aan, onder meer, de burgerlijke wetboeken binnen het Koninkrijk ten grondslag ligt.[38] Dat laatste is relevant voor deze studie, omdat het een verklaring en rechtvaardiging vormt voor de stelling dat quasi-bestuurders in beginsel verantwoordelijk en aansprakelijk zijn voor hun eigen doen en laten. Het levert echter geen antwoord op de vraag of voor hen ook de ernstig verwijt-maatstaf zou behoren te gelden, laat staan op de vraag of er quasi-bestuurders zijn die wel en die geen aanspraak op deze maatstaf zouden mogen maken.

35 Spruit (2013), nr. 566 (bij smaad e.d.) en nr. 583 (bij zaaksbeschadiging). In laatstgenoemde paragraaf wordt opgemerkt dat *culpa*, als zware graad van aansprakelijkheid, de lichtere aansprakelijkheid voor *dolus* omvat.

36 Spruit (2013), nr. 585.

37 Spruit (2013), nr. 548. In nr. 602 wordt melding gemaakt van de *actio de dolo*, waarmee de praetor hulp bood tegen zwendelaars en bedriegers voor de gevallen waarin geen andere actie voorhanden was.

38 Vgl. De Valk (2009), nr. 3.2.3.2.

Ad (ii) De zorgplicht

In literatuur over de zorgplicht is het vertrekpunt geregeld het Romeinse recht.[39] De zorgplicht zoals die hier aan de orde is ziet op het beheer over (al dan niet toekomstige) goederen van een ander.[40] Zo was in het Romeinse recht de verkoper, na het sluiten van de koopovereenkomst en vóór de levering, verantwoordelijk voor een goed beheer van de verkochte zaken (*custodia*). De verkoper kon aansprakelijk zijn, bijvoorbeeld wanneer de zaak beschadigd was geraakt, zelfs als hij daar geen schuld (*culpa*) aan had. Deze vorm van aansprakelijkheid, dus zonder subjectieve schuld, was geen onbekend verschijnsel: deze kwam men onder meer tegen bij de bruiklener, de aannemer, de schipper, de stalhouder en (mogelijk ook) de pandhouder.[41] Onder het Justiniaanse recht was de aansprakelijkheid van de verkoper beperkt tot gevallen van eigen onbehoorlijk gedrag (*dolus*) en eigen schuld of nalatigheid (*culpa*). Bij de huurovereenkomst kan ook van een zorgplicht worden gesproken: de huurder was verplicht het gehuurde na afloop van de overeenkomst in goede staat aan de verhuurder te restitueren. Bij beschadiging of tenietgaan van de gehuurde zaak was de huurder aansprakelijk voor *culpa*, en bij roerende zaken vermoedelijk ook voor *custodia*. Dit laatste werd later vervangen door een zware schuldaansprakelijkheid, waarbij van de huurder het betrachten van zorgvuldigheid (*diligentia*) werd geëist. Of de huurder gehouden was ontstane schade te vergoeden werd getoetst aan het ideaal van de uiterst zorgvuldige huisvader (*diligentissimus pater familias*).[42] In moderne termen zou dat als de (uiterste) zorgvuldigheid van een maatman-huurder kunnen worden omschreven. Een vergelijkbare aansprakelijkheid gold voor de zaakwaarnemer.[43]

In het kader van het rechtspersonenrecht ziet de zorgplicht van het bestuur op een zorgvuldig beheer van de rechtspersoon in zijn totaliteit, en niet bijvoorbeeld op enkel het beheer van zaken die moeten worden onderhouden en verzekerd. Het gaat om een zorgvuldig 'beheer' van de rechtspersoon wat betreft zijn rechten, verplichtingen, schulden en bezittingen. De rechtspersoon is de spil waaromheen dit alles draait,[44] en daar komen de verschillende belangen samen om te worden

39 Vgl. Tjong Tjin Tai (2007), p. 77 e.v.

40 Zie voor de (secundaire) zorgplicht van scholen, sportverenigingen, opvang- en zorginstellingen en van overige private ruimten Maes (2020).

41 Spruit (2013), nr. 450 (met verdere verwijzingen). In nr. 598 wordt opgemerkt dat niet alleen aan de eigenaar, maar ook aan hen als niet-eigenaren de diefstalactie (*actio furti*) toekwam. Zie nr. 367 over de vraag of de pandhouder custodia-plichtig was.

42 Spruit (2013), nr. 466.

43 Spruit (2013), nr. 532.

44 Door Armour (2017), p. 5-6, wordt opgemerkt dat een kapitaalvennootschap niet alleen moet worden gezien als een bundeling van 'contracten' ('nexus of contracts'): "*It is perhaps more accurate to describe a firm as a 'nexus for contracts' in the sense that a firm serves, fundamentally, as the common counterparty in numerous contracts with suppliers, employees, and customers, coordinating the actions of these multiple persons through exercise of its contractual rights. The first and most important contribution of corporate law, as of other forms of organizational law, is to permit a firm to serve this coordinating role by operating as a single contracting party that is distinct from the various individuals who own or manage the firm*."

gewogen. Het belangenpluralisme brengt mee dat het bestuur de belangen van de rechtspersoon en van daarbij betrokken derden, moet behartigen als ware het eigen belangen. De maatstaf van de maatman-bestuurder geldt daarbij als minimum.

Ad (iii) Een persoon behoort niet te profiteren van zijn eigen onrechtmatige handelen
Dit beginsel kan onder meer worden afgeleid uit de mogelijkheid om rechtshandelingen die het gevolg zijn van bedreiging aan te kunnen tasten. Ik kies dit voorbeeld omdat het relevant kan zijn in relatie tot feitelijke schaduwbestuurders. Rechtshandelingen kunnen vrijwillig, maar ook onder dwang worden verricht. Dat was reeds zo in de Romeinse tijd, en daarvoor waren diverse acties voorhanden. De grens tussen enerzijds het uitoefenen van druk of het tonen van assertiviteit en anderzijds bedreiging of ontoelaatbare intimidatie was reeds toen niet scherp te trekken. Hetgeen een angsthaas vreest, hoeft geen vrees op te leveren bij een uiterst onverstoorbaar mens.[45] De precieze uitwerking daarlatende, waar het in de kern op neerkomt is dat de rechtsgeldigheid van rechtshandelingen verricht onder dreiging ter discussie kan worden gesteld. Zoals Lee het uitdrukt: "*The agreement must not have been procured by Fraud or Fear*." En met betrekking tot een actie op grond van 'fear' merkt hij op dat die niet alleen kan worden ingesteld tegen de persoon die hiervoor verantwoordelijk is, maar ook "*against any other person into whose hands the proceeds of the intimidation have come, or who has otherwise benefited by it, at the expense of the plaintiff*."[46] Dit biedt de mogelijkheid te voorkomen dat de pleger profiteert van een onder (door hem uitgeoefende) onaanvaardbare druk tot stand gekomen rechtshandeling.[47]

45 Spruit (2013), nr. 606. Zie ook Langemeijer/Schrage (1994), p. 96-97, alwaar over de Romeinsrechtelijke regels inzake bedreiging en bedrog wordt opgemerkt, dat die zakelijk in het oude zowel als het nieuwe Burgerlijk Wetboek hebben voortgeleefd.

46 Lee (1915), p. 200-204.

47 Verwezen kan ook worden naar de door Dworkin (1986), p. 20 besproken rechtszaak van de kleinzoon die in 1882 in New York zijn grootvader had vermoord voor diens erfenis. Het (toenmalige) erfrecht kende geen bepaling inzake de onwaardigheid om te erven. In die uitspraak overweegt de rechter (die namens de meerderheid de 'opinion' heeft geschreven) dat "*the law elsewhere respects the principle that no one should profit from his own wrong*". Zie voor een vergelijkbare zaak naar Nederlands recht Hof Amsterdam 8 augustus 2002, *NJ* 2003/59 (*Kleinzoon*). De zaak betrof een kleinzoon die zijn ouders had vermoord, terwijl enige tijd daarna zijn grootmoeder overleed. De kleinzoon, bij testament onterfd door zijn grootmoeder, deed een beroep op het wettelijk erfdeel van zijn vermoorde vader in de nalatenschap van zijn grootmoeder (plaatsvervulling), maar dit beroep werd hem ontzegd. Dit gebeurde, nu de wet hierin niet voorzag, met toepassing van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Overwogen werd dat iemand geen voordeel mag hebben van de opzettelijk door hem veroorzaakte dood van een ander. Vgl. Hugo de Groot (1965), p. 120 (II.24.24) over de 'Roomsche rechten'. Op p. 144 (II.28.42) schrijft hij kort en bondig: "*Wie misdadelick oorsaeck heeft gegeven tot des overledens dood, al is hy de naeste van bloede, mag niet erven*".

Het beginsel dat een persoon niet behoort te profiteren van zijn onrechtmatige handelen, betekent niet dat er geen gevallen zijn waarin een dergelijke persoon daarvan wél profiteert en het verworven 'voordeel' ook door de wet wordt erkend.[48]

Naar huidig recht is een regeling inzake bedreiging te vinden in art. 3:44 lid 2 BW. Daarin is bepaald dat sprake is van bedreiging wanneer iemand een ander tot het verrichten van een bepaalde rechtshandeling beweegt door hem of een derde met enig nadeel in persoon of goed te bedreigen. De bedreiging moet zodanig zijn dat een redelijk oordelend mens daardoor kan worden beïnvloed. Zo zou de formele bestuurder van een vennootschap onder bedreiging door de aandeelhouder (als feitelijke schaduwbestuurder) kunnen worden gedwongen namens de vennootschap een voor de vennootschap ongunstige rechtshandeling met de aandeelhouder aan te gaan.

De (maatschappelijke) opvatting over de rol en positie van de aandeelhouder in genoemd voorbeeld kan uiteraard een rol spelen bij de vraag of en in hoeverre druk aanvaardbaar wordt geacht en wanneer een juridische acceptatiegrens wordt overschreden. Een aandeelhouder kan de overtuiging hebben dat het uitoefenen van druk geoorloofd is en dat het bestuur nu eenmaal zijn wensen moet uitvoeren. Denk bijvoorbeeld aan de aandeelhouder die de vennootschap als zijn verlengstuk ziet, en als belangrijkste doel daarvan ziet het maken van winst, en de vergadering van aandeelhouders beschouwt als het hoogste, allesbepalende orgaan ('*The King and his kingdom*': de aandeelhouder ziet zichzelf als de 'King' en zijn 'company' is zijn koninkrijk).[49] Een wetgever zal daarmee in zoverre rekening houden dat het één van de perspectieven is die in het kader van het maken van een afweging wordt meegewogen. Vanuit een publiek of maatschappelijk belang worden dan grenzen gesteld aan de aard en intensiteit van de uit te oefenen druk, en aan de mate waarin een persoon zijn eigen belangen mag nastreven in relatie tot de belangen van anderen.

4.2.3 De beginselen in relatie tot formele bestuurders

In deze paragraaf wordt kort stilgestaan bij de vraag wat de drie beginselen voor formele bestuurders betekenen. In paragraaf 4.3 komt de vraag aan de orde naar de (gronden voor de) gelijkstelling van quasi-bestuurders met formele bestuurders.

---

48 Dworkin (1978), p. 25-26 noemt het verwerven van een recht van overpad door degene die zich, onbevoegd maar overeenkomstig de wettelijke termijn (voor verkrijgende verjaring), begeeft over een pad op het land van een ander. Hij noemt ook de werknemer die contractbreuk pleegt voor een andere baan met een hoger salaris, en er, ondanks een aan zijn oude werkgever te betalen schadevergoeding, nog steeds op vooruit gaat. Hij vervolgt: "*A principle like 'No man may profit from his own wrong' does not even purport to set out conditions that make its application necessary. Rather, it states a reason that argues in one direction, but does not necessitate a particular decision*". Hij wijst op het alles-of-niets karakter van regels, en het relatieve karakter van beginselen. Beginselen hebben een "*dimension of weight*" die regels niet hebben, en beginselen moeten soms voor elkaar wijken. Zie ook Scholten (1983), p. 8 en Soeteman (2009).

49 Vgl. Frielink (2011), p. 41. De opvatting van de in het voorbeeld genoemde aandeelhouder zal binnen het Koninkrijk maar weinig steun ondervinden, maar is op zichzelf legitiem.

Hoewel het vermogen van een rechtspersoon volledig door de (quasi-)bestuurder kan zijn ingebracht (denk aan de enig aandeelhouder van een vennootschap), heeft te gelden dat een rechtspersoon over een eigen vermogen beschikt. De aandeelhouder die ter gelegenheid van de uitgifte van aandelen aan hem aan zijn stortingsplicht voldoet, verschaft de rechtspersoon eigen vermogen. Het bestuur van de rechtspersoon is het orgaan dat verantwoordelijk is voor het beheer (in ruime zin) van dat vermogen. In die zin is het besturen van een rechtspersoon aan te merken als het beheer van het vermogen van een ander. Dat geldt juridisch gezien ook wanneer de enig aandeelhouder de enige bestuurder van de rechtspersoon is. Dat hij indirect volledig tot het eigen vermogen van de rechtspersoon is gerechtigd, maakt dat niet anders.

Dat bestuurders verantwoordelijk en aansprakelijk zijn voor hun eigen doen en laten volgt uit de wet. Jegens de rechtspersoon zijn zij immers gehouden tot een behoorlijke taakvervulling. In het geval dat zij daarin tekortschieten kan aansprakelijkheid daarvan het gevolg zijn. Dat in dat verband een hoge drempel voor aansprakelijkheid geldt maakt dat niet anders. Daarbij gaat het immers om de inkleuring en toepassing van het beginsel in een concreet geval.

In zijn algemeenheid geldt een zorgplicht bij het beheer van het vermogen dat aan een ander toebehoort. Een dergelijke zorgplicht geldt ook voor bestuurders van een rechtspersoon. Hier volsta ik met te verwijzen naar de Cancun-beschikking.[50]

Dat bestuurders niet behoren te profiteren van hun onrechtmatige daden (of van hun wanprestatie) jegens de rechtspersoon blijkt onder meer uit de rechtspraak. De bestuurder die aan de rechtspersoon waarvan hij bestuurder is een "corporate opportunity" voorbij laat gaan en die (vanwege het lucratieve karakter) overhevelt naar zijn privéonderneming, handelt (in beginsel) onrechtmatig en is gehouden de daardoor voor de rechtspersoon ontstane schade te vergoeden.[51] De regeling inzake tegenstrijdig belang stoelt op de gedachte dat de bestuurder van de rechtspersoon het belang van de rechtspersoon moet dienen, en niet ten koste van de rechtspersoon zijn privébelang. Voor een geval waarin de belangen van de rechtspersoon door de (quasi-)bestuurder bepaald niet altijd werden gediend wordt verwezen naar de Forexx-zaak (besproken in par. 3.4.1).[52]

50 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 voor diverse visies op deze uitspraak Verdam e.a. (2015); Van Schilfgaarde (2016), nr. 69 e.v.; en Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb (2019), nr. 108, 111 en 122 e.v.

51 Vgl. Rb Leeuwarden 16 juni 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BY1308 (*X/Meren Vastgoed*). Een "corporate opportunity" wordt in de uitspraak omschreven als een mogelijkheid die zich voor de vennootschap voordoet om een transactie aan te gaan of zakelijke activiteiten te ontplooien die passen binnen het kader van haar bedrijfsvoering, en waarvan kenbaar is dat de vennootschap daar een redelijk belang bij heeft of zou kunnen hebben. Een bestuurder mag zijn eigen zakelijke belangen niet laten prevaleren boven die van de vennootschap.

52 Rb Limburg (zp Roermond) 30 mei 2018, *JOR* 2018/208 m.nt. Frielink en Rechtspraakbundel (2020), nr. 30 (*Forexx Company/Y*).

4.3 Gronden voor gelijkstelling

Met een bestuurder wordt in het kader van het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid gelijkgesteld degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder (art. 2:138/248 lid 7 BW en art. 2:16 lid 9 BWC): de quasi-bestuurder. De vraag is op welke grondslag(en) die gelijkstelling is gebaseerd. Immers, dat een quasi-bestuurder in beginsel verantwoordelijk en aansprakelijk is voor zijn eigen doen en laten, brengt niet noodzakelijk mee dat op hem het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid van toepassing is, op grond waarvan de hoge drempel geldt en hem (wellicht meer dan anders) disculpatiemogelijkheden ter beschikking staan.

Een belangrijke reden om gebruik te maken van een rechtspersoon is gelegen in de beperkte aansprakelijkheid. Op deze wijze kan bijvoorbeeld (een belangrijk deel van) het ondernemersrisico van de natuurlijke persoon naar de rechtspersoon worden verplaatst: gaat de rechtspersoon failliet dan verliest de natuurlijke persoon (in beginsel) niet meer dan hij aan financiële middelen (denk aan aandelenkapitaal) in de rechtspersoon heeft gestopt. Rechtspersonen kunnen echter worden misbruikt en derden (waaronder contractspartijen, financiers, werknemers) kunnen daarvan de dupe worden. Het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid (en commissarissenaansprakelijkheid) heeft (naast de bescherming van de rechtspersoon zelf) de bescherming van die derden als doel. De bestuurder die bepaalde grenzen overschrijdt is persoonlijk aansprakelijk jegens de rechtspersoon en/of die derden dan wel jegens de boedel indien de rechtspersoon failliet is verklaard. Die bescherming zou weinig voorstellen als de mogelijkheid zou bestaan om ervoor te kiezen quasi-bestuurder in plaats van formele bestuurder te zijn, en gebruik te maken van stromannen als formele bestuurders, om daarmee zelf aansprakelijkheid te ontlopen. In dat verband speelt de figuur van de quasi-bestuurder dan ook een centrale rol in de antimisbruikwetgeving.

Wie zich gedraagt als bestuurder of anderszins (intensief) het beleid (mede) bepaalt, wordt om die reden met een formele bestuurder gelijkgesteld. Het gaat hier om een materiële toets: de feitelijke invloed die een persoon – al dan niet via een rechtspersoon – op de rechtspersoon heeft. De achterliggende gedachte is mijns inziens, en die gaat terug tot het Romeinse recht, dat personen die een gelijke status of positie bezitten, in beginsel gelijk moeten worden behandeld. Het enige verschil is immers, op grond van een uitspraak van de Hoge Raad, dat de ene bestuurder (met een statutaire status) wel en de andere bestuurder (de quasi-bestuurder) niet in overeenstemming met Boek 2 BW en de statuten als zodanig is benoemd. De wetgever had ook voor een ruimer begrip bestuurder kunnen kiezen, waarbij een formele benoeming niet het doorslaggevende criterium is.

Lid 7 van art. 2:138/248 BW is (primair) in de wet opgenomen om diegenen aansprakelijk te kunnen stellen die zich bedienen van stromannen,[53] in welk verband ook wel wordt gesproken over marionetten, zetbazen, katvangers en ledenpoppen. De regeling in Curaçao (art. 2:16 lid 9 BWC) komt materieel met de Nederlandse regeling overeen.[54]

De feitelijke bestuurder handelt als ware hij bestuurder en het ligt dan voor de hand hem wat betreft aansprakelijkheid (en onder omstandigheden verplichtingen) van bestuurders met een formele bestuurder gelijk te stellen. De schaduwbestuurder presenteert zich niet als bestuurder, maar oefent zodanige invloed op de formele bestuurders uit dat die (gedwongen) zijn wensen en instructies opvolgen dan wel afspraken met hem hebben gemaakt over de uitoefening van de bestuurstaak. Hoewel hij dus meer op afstand van het daadwerkelijk uitoefenen van bestuurstaken staat en die niet zelf uitoefent, wordt hij wel schaduw*bestuurder* genoemd. Dit past in de systematiek van de wet: het gaat er immers om of een persoon het beleid van de rechtspersoon heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder. Het gaat hier om de mate van invloed op de beleidsbepaling. Het begrip beleid wordt in dat verband ruim uitgelegd en kan ook betrekking hebben op een specifieke bestuursdaad.

Tot de categorie quasi-bestuurders behoren ook degenen die er (op goede gronden) van uitgaan dat zij rechtsgeldig zijn benoemd, maar achteraf blijkt dat er een wezenlijk gebrek kleeft aan hun benoemingsbesluit. Zij gedragen zich als bestuurder omdat zij menen bestuurder te zijn. Hoewel hier niet sprake is van misbruik van rechtspersonen, is er geen reden hen niet met formele bestuurders gelijk te stellen.

De gelijkstelling die in de wet is opgenomen berust uiteraard op een rechtspolitieke keuze. Bij die keuze staat het willen voorkomen van misbruik (van rechtspersonen) centraal.[55] In logische zin zou het ongerijmd zijn als misbruik van het recht op grond van het recht geoorloofd zou zijn. In die zin behoeft wet- en regelgeving ter bestrijding van rechtsmisbruik op zichzelf dan ook geen aparte rechtvaardiging. Misbruik van privaatrechtelijke rechtspersonen is een kwestie van openbare orde. Dat laatste neemt uiteraard niet weg dat het wenselijk is geoordeeld om de gevolgen daarvan specifiek te regelen, waaronder de aansprakelijkheid voor een boedeltekort of voor niet afgedragen premies en belastingen.

53 *Kamerstukken II*, 1983-1984, 16 631, nr. 6, p. 19; en *Kamerstukken I*, 1985-1986, 16 631, nr. 27b, p. 19-21. De stromannen en hun opdrachtgevers hebben nog steeds de aandacht van de Nederlandse wetgever. Zie bijvoorbeeld de MvT bij het voorstel tot Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid van een civielrechtelijk bestuursverbod: *Kamerstukken II*, 2013-2014, 34 011, nr. 3, p. 5, 21 en 29. De wet is op 1 juli 2016 in werking getreden.

54 Murray (2016), p. 429.

55 Spruit (2003), nr. 259 merkt op dat het leerstuk van rechtsmisbruik in de 19e en 20e eeuw tot ontwikkeling kwam, maar dat het gerechtvaardigd is te veronderstellen dat de Romeinse juristen daar de grondslag voor hebben gelegd.

4.4 De interne gedragsnorm

Er is een algemene toetsingsnorm voor bestuurlijk gedrag in de wet opgenomen. In art. 2:9 lid 1 BW is de norm als volgt geformuleerd: "*Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak.*" In art. 2:14 lid 1 BWC staat hetzelfde.[56]

In zowel Nederland als Curaçao kan schending van deze norm leiden tot hoofdelijke (persoonlijke) aansprakelijkheid van de bestuurders. Het beginsel van collegiaal bestuur leidt tot het uitgangspunt van hoofdelijke aansprakelijkheid, ofwel elke bestuurder is in beginsel aansprakelijk voor de volledige schade. Er zijn disculpatiemogelijkheden. In paragraaf 2.6 is deze regeling nader uiteengezet.

Wat betreft de interne aansprakelijkheid geldt al sinds jaar en dag[57] dat een bestuurder een ernstig verwijt gemaakt moet kunnen worden alvorens hij op grond van de genoemde regeling persoonlijk aansprakelijk kan worden gehouden. Algemeen wordt aangenomen dat een (mede)beleidsbepaler (quasi-bestuurder) niet valt onder het bereik van art. 2:9 BW. Het argument daarvoor is dat genoemd artikel niet voorziet in een bepaling op grond waarvan de quasi-bestuurder met een formele bestuurder wordt gelijkgesteld.[58] Wat hier inzake art. 2:9 BW wordt opgemerkt, geldt evenzeer voor art. 2:14 BWC. Ik deel die opvatting niet. De (gedrags)norm luidt: bestuurder u moet behoorlijk besturen. Uit de aard van de norm volgt dat die niet tot de formele bestuurders beperkt kan zijn. De norm moet geacht worden zich te richten tot eenieder die de rechtspersoon direct of indirect bestuurt. In de schending van die norm ligt de onrechtmatigheid van het doen en laten van de bestuurder en de quasi-bestuurder besloten.[59]

In par. 3.4.1 kwam de Forexx-zaak aan de orde. Daarin gaat het kort gezegd om een informele bestuursstructuur, in die zin, dat gedurende jaren achtereen geen formele bestuursvergaderingen en geen formele algemene vergaderingen werden gehouden. Alle besluitvorming vond in een 'informele sfeer' plaats. De rechtbank concludeerde dat sprake was van een soort feitelijk algemeen bestuur (zijnde de aandeelhouders) en een feitelijk dagelijks bestuur (bestaande uit een feitelijke bestuurder). De kwestie die

56 Deze wettelijke bepalingen zijn te beschouwen als een moderne verwoording van rechtsnormen die al in de Romeinse tijd golden. Zo maakt Spruit (2003), nr. 489 melding van de opvatting van Gaius met betrekking tot de (contractuele) vennootschap (*societas*), dat een vennoot voor de gemeenschappelijke goederen dezelfde zorgvuldigheid in acht moet nemen die men ten aanzien van eigen goederen in acht pleegt te nemen.

57 Zie HR 10 januari 1997, *NJ* 1997/360 m.nt. Maeijer; *JOR* 1997/29, en Rechtspraakbundel (2020), nr. 2 (*Staleman/Van de Ven*), waarin dit begrip in dit verband door de Hoge Raad werd geïntroduceerd. Zie voor kritiek op die maatstaf onder meer Westenbroek (2017) en Karapetian (2019), nr. 2.7.

58 Rb Arnhem 21 mei 2008, *JOR* 2008/222 (*Stichting Stoas/Reitsema*); Assink/Slagter (2013), nr. 13, p. 208; Schutte-Veenstra (2017), p. 129; en Van Nuland (2021), nr. 4.2.4.2.

59 Dat neemt niet weg dat ook op andere gronden sprake kan zijn van onrechtmatigheid. De commissaris die zich eigenmachtig als feitelijke bestuurder gaat gedragen overschrijdt zijn bevoegdheden en schendt de op hem rustende verplichting tot het uitoefenen van onafhankelijk toezicht. In mijn onderzoek staat echter het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid centraal en daarom ligt het accent op de schending van voor het bestuur geldende wettelijke verplichtingen en gedragsnormen.

mij naar aanleiding van de Forexx-zaak bezig heeft gehouden is de volgende. Indien een formele bestuurder jegens de rechtspersoon tekortschiet, wordt zijn doen en laten (primair) getoetst aan de gedragsnorm neergelegd in art. 2:9 lid 1 BW (art. 2:14 lid 1 BWC). Voor hem geldt dan de hoge drempel voor aansprakelijkheid; die drempel geldt overigens ook als zijn gedrag wordt getoetst aan art. 6:162 BW. Wat heeft nu te gelden indien de rechtspersoon gedurende enige tijd wordt bestuurd door (enkel) een quasi-bestuurder? Speelt die interne gedragsnorm dan wel of geen rol?

We nemen eerst de schaduwbestuurder onder de loep. Er zijn in par. 3.5.4 en 3.5.5 twee categorieën schaduwbestuurders genoemd: (i) degene die – niet zijnde lid van het formele bestuurder – zodanige invloed op het formele bestuur (of één of meer formele bestuurders) uitoefent dat (de meerderheid in) het formele bestuur zich gedwongen voelt te handelen overeenkomstig diens wensen of instructies (de feitelijke schaduwbestuurder) en (ii) degene die – niet zijnde lid van het formele bestuur – met het formele bestuur (of een meerderheid van de formele bestuurders) heeft afgesproken dat zijn wensen (in beginsel) zullen worden uitgevoerd (de formele schaduwbestuurder).

Voor de formele bestuurders geldt de geciteerde norm voor bestuurlijk gedrag. De gedragsnorm ziet op een behoorlijke vervulling van de bestuurstaak. Een schaduwbestuurder zit per definitie niet op de stoel van het formele bestuur, in die zin dat hij de bestuursdaden niet zelf verricht, zodat de algemene gedragsnorm die is gericht tot het formele bestuur, niet op hem van toepassing lijkt te zijn, zoals ook algemeen wordt aangenomen. De schaduwbestuurder niet te goeder trouw, bijvoorbeeld, kan zijn wil immers enkel doen gelden en doordrukken als er een of meer formele bestuurders zijn, waarbij het overigens ook om het doordrukken van zijn wil bij feitelijke bestuurders zou kunnen gaan. Deze bestuurders kunnen, maar hoeven bepaald geen stroman te zijn. Een schaduwbestuurder kan ook volledig buiten de organisatie van de rechtspersoon staan. In dat geval zou kunnen worden verdedigd dat het nog minder voor de hand ligt aan te nemen dat op hem een interne (een binnen de rechtspersoon geldende) gedragsnorm van toepassing is. Ik kom daarop later in deze paragraaf terug met een eigen opvatting.

Hoe zit het dan met de feitelijke bestuurders? Bij feitelijke bestuurders kan het gaan om bijvoorbeeld (i) degene die te goeder trouw meent een formele bestuurder te zijn, (ii) een ExCo waarin het beleid wordt vastgesteld, (iii) een zaakwaarnemer die het bestuur van een stuurloze rechtspersoon op zich neemt; (iv) degene die als manager of filiaalchef met (een deel van) het bestuur is belast (de titulaire quasi-bestuurder); en (v) degene die eigenmachtig op de stoel van het formele bestuur gaat zitten (dus de bestuursautonomie negeert).

Waar het betreft de persoonlijke aansprakelijkheid in relatie tot de rechtspersoon en derden dient het doen en laten van de feitelijke bestuurder, die te goeder trouw meent bestuurder te zijn, mijns inziens op dezelfde wijze te worden beoordeeld als het doen en laten van een formele bestuurder. Iemand kan immers alleen te goeder trouw menen een formele bestuurder te zijn zolang in geen van de andere organen van de rechtspersoon kenbaar twijfel is geuit over de geldigheid van het benoemings-

besluit dan wel die geldigheid (eventueel door derden) kenbaar wordt betwist.[60] Voor derden is in de regel niet na te gaan of een benoeming rechtsgeldig heeft plaatsgevonden, en zij zullen de betrokken persoon doorgaans dan ook beschouwen als een formele bestuurder. Los van de hierna te bespreken gelijkstelling in het geval van een faillissement van de rechtspersoon, is er sowieso geen goede reden te bedenken om deze quasi-bestuurder, waar het de gedragsnorm en zijn persoonlijke aansprakelijkheid betreft, anders te behandelen dan een formele bestuurder.

Wat betreft het ExCo, de zaakwaarnemer en de filiaalchef kom ik tot een vergelijkbare benadering. Degenen die actief bij het bestuur zijn betrokken dienen hun taak behoorlijk uit te oefenen. Degene die zonder rechtsgeldig tot bestuurder te zijn benoemd, en dus eigenmachtig op de stoel van het bestuur gaat zitten, kan een feitelijke bestuurder te goeder trouw zijn (denk aan zaakwaarneming), maar ook een feitelijke bestuurder niet te goeder trouw. De zaakwaarneming komt in par. 4.13 nader aan de orde. In par. 4.9 stel ik de vraag aan de orde of het onderscheid tussen te goeder trouw en niet te goeder trouw (dat ziet op de vraag of de bestuursautonomie wordt geschonden) tot een zekere differentiatie in de toetsing van het doen en laten van quasi-bestuurders zou moeten leiden.

Indien een rechtspersoon failliet wordt verklaard, worden quasi-bestuurders met formele bestuurders gelijkgesteld als het gaat om hun persoonlijke aansprakelijkheid (art. 2:138/248 lid 7 BW en art. 2:16 lid 9 BWC). Er wordt hier geen onderscheid gemaakt tussen feitelijke bestuurders en schaduwbestuurders. De gedragsnorm waaraan wordt getoetst is de (interne) gedragsnorm die bestuurders jegens de rechtspersoon in acht moeten nemen (art. 2:9 lid 1 BW en art. 2:14 lid 1 BWC). Of bestuurdersaansprakelijkheid in het geval van faillissement als interne of externe aansprakelijkheid moet worden gekwalificeerd kan wat mij betreft in het midden worden gelaten. Het gaat weliswaar om aansprakelijkheid jegens de boedel en niet jegens de rechtspersoon, derhalve een aansprakelijkheid in het belang van de schuldeisers van de rechtspersoon, maar de gedragsnorm waaraan het doen en laten van bestuurders wordt getoetst is de interne gedragsnorm.

Uit het voorgaande leid ik dan ook af dat de interne gedragsnorm toch van belang is voor het doen en laten van schaduwbestuurders. En als die norm expliciet door middel van een wettelijke gelijkstelling van schaduwbestuurders met formele bestuurders van toepassing is indien sprake is van een faillissement, waarom zou die norm dan niet gelden in het geval dat de rechtspersoon niet failliet is verklaard, maar de rechtspersoon de schaduwbestuurder zelf (uit zijn aard: persoonlijk) aansprakelijk stelt? Ik verdedig daarom het standpunt dat de schaduwbestuurder wel valt onder het bereik van art. 2:9 lid 1 BW en art. 2:14 lid 1 BWC. Hij oefent immers beslissende invloed uit op bestuursdaden, in de zin van het in zijn macht hebben om die bestuursdaden

60 In het geval dat de betrokken persoon in rechte vastgesteld wil zien of hij rechtsgeldig is benoemd, dient hij de rechtspersoon zelf in rechte te betrekken, en niet bijvoorbeeld de Kamer van Koophandel. Vgl. Rb Midden-Nederland 26 augustus 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3026 (*Eisers/KvK*).

te laten verrichten, ook al verricht hij deze niet zelf.[61] Die bestuursdaden moeten aan de norm van behoorlijke taakvervulling voldoen, waarbij het er in de kern om gaat wie bepaalt welke bestuursdaden worden verricht. Dat kan overigens ook iemand zijn die volledig buiten de organisatie van de rechtspersoon staat. De norm dient in mijn opvatting ook de schaduwbestuurder tot richtsnoer bij zijn doen en laten in relatie tot de rechtspersoon. In mijn opvatting dient de schaduwbestuurder dan ook het belang van de rechtspersoon te dienen en niet (primair) zijn eigen belang: in dit opzicht geldt voor hem dezelfde gedragsnorm als voor de formele bestuurder.

Hoewel in het kader van deze studie maar zeer beperkt aan rechtsvergelijking wordt gedaan en dan nog alleen interregionaal, merk ik op dat de benadering die ik voorsta niet uniek is en bijvoorbeeld (zij het maar zeer gedeeltelijk) vergelijkbaar is met die in het Verenigd Koninkrijk. In Section 250 van de Companies Act 2006 is bepaald dat onder bestuurder ('director') mede wordt verstaan "*any person occupying the position of director, by whatever name called.*" Onder schaduwbestuurder ('shadow director') wordt in Section 251 in relatie tot een vennootschap ('company') verstaan "*a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act.*" Echter, een persoon wordt (onder meer) niet geacht een schaduwbestuurder te zijn "*by reason only that the directors act on advice given by that person in a professional capacity*". Er wordt uitgegaan van een breed begrip 'bestuurder': daaronder valt iedereen met "real decision-making power" in een vennootschap.[62] Los van de vraag hoe "accustomed to act" naar Engels recht wordt uitgelegd, wordt die eis naar Nederlands en Curaçaos recht niet gesteld. Een belangrijk verschil tussen beide soorten bestuurders is, dat op *de facto* bestuurders dezelfde fiduciaire verplichtingen rusten als op *de iure* bestuurders, maar dat dit niet het geval is wat betreft schaduwbestuurders.[63] Los van wat naar Engels recht allemaal onder fiduciaire verplichtingen moet worden begrepen, sta ik wat betreft het recht van Nederland en Curaçao een andere benadering voor (par. 4.11).

Een vraag (wellicht van rechtspolitieke aard) is nog of het niet voor de hand zou liggen om een zekere differentiatie aan te brengen tussen enerzijds quasi-bestuurders die dat te goeder trouw zijn geworden en quasi-bestuurders voor wie dat niet (zonder meer) geldt. Tot de groep quasi-bestuurders te goeder trouw behoren de personen die zich onbewust (omdat hun benoemingsbesluit achteraf niet rechtsgeldig blijkt te zijn) of door omstandigheden (denk aan zaakwaarneming) als bestuurder zijn gaan gedragen. Daartegenover staan degenen die willens en wetens — met goede dan wel kwade bedoelingen —

61 De schaduwbestuurder heeft het in zijn macht om bepaalde bestuursdaden te laten verrichten en zijn wil is ook daarop gericht. Daarin verschilt hij van de koffiejuffrouw (m/v) die een in wanhoop verkerende bestuurder, die maar niet tot een besluit kan komen, troostend maar tamelijk dwingend adviseert, welk besluit de (daardoor opgeluchte) bestuurder opvolgt. Die beslissende invloed is van andere aard.

62 Vgl. Gerner-Beuerle, Paech and Schuster (2013), p. 869-891, Idensohn (2010), nr. 2, en Hannigan (2018). Hanegraaf (2017), nr. 4.5.4, maakt melding van de mogelijkheid die aandeelhouders in het Verenigd Koninkrijk hebben om bij besluit aan bestuurders voor te schrijven wat zij moeten doen en wat zij niet mogen doen. Vereist is dan wel dat de aandeelhouders (of de klasse die het betreft) dat besluit nemen met een meerderheid van minimaal 75%.

63 Idensohn (2010), nr. 3.2.

hun feitelijke macht aanwenden om het formele bestuur als het ware (feitelijk) terzijde te schuiven, en daarbij de bestuursautonomie (bewust) negeren. Overigens, zoals uit de Forexx-zaak blijkt (par. 3.4.1), kan het een rechtspersoon die geen formeel bestuur heeft, maar enkel quasi-bestuurders, zakelijk zeer goed voor de wind gaan.

Het lijkt mij verdedigbaar dat voor degenen die bewust en niet te goeder trouw de rechtspersonenrechtelijk vastgelegde bevoegdheden negeren, de 'gewone' norm van art. 6:162 BW zou dienen te gelden. Een bewuste schending van het rechtspersonenrecht en/of een binnen de rechtspersoon geldende zorgvuldigheidsnorm, behoort mijns inziens niet met een 'hoge drempel' voor aansprakelijkheid te worden beloond. Ik gaf hiervoor aan dat de gestelde vraag wellicht van rechtspolitieke aard is. De aarzeling zit hierin, dat mij uit de rechtspraak geen gevallen bekend zijn waarin een quasi-bestuurder niet te goeder trouw, heeft geprofiteerd van die hoge drempel van ernstige verwijtbaarheid, en daardoor niet persoonlijk aansprakelijk is gesteld. Mogelijk dat bij de beoordeling van het doen en laten van deze quasi-bestuurders de ernst van de feiten zodanig was, dat aansprakelijkheid sowieso aan de orde was. Westenbroek[64] merkt op dat de maatstaf van ernstig verwijt en de daaraan gerelateerde 'hoge drempel voor aansprakelijkheid', in de rechtspraak niet steeds (maar soms wel) wordt toegepast als het gaat om aansprakelijkheid van een feitelijke bestuurder jegens derden. Hij wijst er op dat in die gevallen de aansprakelijkheid veelal ook is gebaseerd op normen die gelijk zijn aan, of vergelijkbaar met, de norm inzake nakomingsfrustratie[65] en de Beklamel-norm. Dit zou mogelijk kunnen betekenen dat het wettelijke instrumentarium de rechter reeds voldoende mogelijkheden bood om overeenkomstig de ernst van de feiten en omstandigheden tot een (in mijn beleving) juiste beslissing te komen, en dat daarvoor geen ernstig verwijt-maatstaf in de wet had hoeven te worden opgenomen. Met het feit dat die maatstaf wel is opgenomen heb ik overigens geen probleem: de tot oordelen geroepen rechter moet deze maatstaf specifiek meewegen in zijn oordeelsvorming, en partijen zullen er in de regel ook de nodige aandacht aan schenken. De maatstaf spoort daarmee aan tot een scherper processueel debat.

De mate waarin degene die als bestuurder of quasi-bestuurder onzorgvuldig handelt bepaalt of hij kan profiteren van de hoge drempel. Leidt toepassing van de hoge drempel ertoe dat hij niet aansprakelijk is, dan betekent dit dat alleen de rechtspersoon aansprakelijk is. Is de mate van onzorgvuldigheid naar het oordeel van de tot oordelen geroepen rechter echter zo ernstig dat ook de betrokken (quasi-)bestuurder daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt, dan is die persoonlijke aansprakelijkheid zijn lot, onverminderd het feit dat de rechtspersoon (in beginsel) ook aansprakelijk zal zijn.

4.5 De interne norm ook extern maken?

De vraag die mijns inziens ook beantwoording behoeft is of de interne gedragsnorm wellicht (expliciet) zou moeten worden vervangen door een algemene (ook jegens

64 Westenbroek (2017), nr. 103 (met voorbeelden uit de rechtspraak).

65 HR 31 januari 1958, *NJ* 1958/251 (*Van Dullemen/Sala*). Zie daarover Westenbroek (2017), nr. 9.2.2.

derden te hanteren) gedragsnorm voor bestuurders van rechtspersonen. Die norm zou in Nederland en Curaçao bijvoorbeeld als volgt kunnen luiden:

> "*Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon en anderen gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak.*"

Het gaat bij deze norm om een behoorlijke taakvervulling.[66] Ten opzichte van de bestaande tekst is daaraan 'en anderen' toegevoegd. Die term is ruim en op zichzelf vaag, en roept de vraag op wie daarmee worden bedoeld. Van belang is dat het hier gaat om de vervulling van de bestuurstaak. Bestuurders kunnen (en zullen veelal) bij de uitoefening van die taak te maken krijgen met derden, in het bijzonder (potentiele) contractuele wederpartijen of zelfs willekeurige derden indien sprake is van een onrechtmatige daad. Rechtspersonen plegen immers deel te nemen aan het maatschappelijk verkeer en het ligt voor de hand aan te nemen dat derden erop mogen vertrouwen dat bestuurders hun bestuurstaak behoorlijk zullen vervullen.[67] Met de

66 Tot een behoorlijke taakvervulling behoort (onder meer) een zorgvuldige afweging van bij een (voorgenomen) besluit betrokken belangen. Uit de in dat verband doorgaans gegeven opsomming – waarbij werknemers, financiers, aandeelhouders en contractuele wederpartijen worden genoemd (zie Frielink (2017b), nr. 3.2.2) – blijkt reeds dat (ook) jegens derden de nodige zorgvuldigheid moet worden betracht. Van Dam (2021). p. 211 merkt in het kader van de zorgplicht van moedervennootschappen jegens derden op, dat de aansprakelijkheidsvraag daarmee nog niet is beantwoord, omdat hiervoor vereist is dat de moeder deze plicht ook heeft geschonden. De test hiervoor is die van de redelijk handelende moedervennootschap. Onder verwijzing naar de zaak van Milieudefensie tegen Shell (Rb Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, *JOR* 2021/208 m.nt. Biesmans) stelt hij vast dat in richtlijnen vastgelegde, breed geaccepteerde internationale normen op het gebied van mensenrechten ('soft law'), een belangrijke bron zijn voor het invullen van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. Zie over deze zaak nader par. 4.7.7.

67 Volgens Westenbroek (2017), nr. 10.8, bevat art. 2:9 BW bij uitstek een gedrags- en taaknormerend voorschrift waar derden op varen, en heeft een bestuurder (in die hoedanigheid) dus ook jegens deze derden een centrale 'bewakers- of bewaarnemersrol' ten aanzien van de hem toevertrouwde, bij de rechtspersoon betrokken belangen. De gedachte dat een bestuurder een waarborgfunctie heeft jegens de schuldeisers van de vennootschap wordt afgewezen door Karapetian (2019), nr. 2.7.3. en 5.3.2. Volgens haar heeft een bestuurder geen maatschappelijke positie waaraan derden in abstracto het vertrouwen mogen ontlenen dat hij voor hun belangen zal waken. Karapetian betoogt dat het de rechtspersoon is die deelneemt aan het economisch (en rechts)verkeer, en dat derden die met de rechtspersoon handelen dat gegeven als uitgangspunt dienen te hanteren bij het afwegen van hun (contractuele) kansen en risico's. Karapetian brengt hier mijns inziens een te grote scheiding aan tussen de rechtspersoon en de bestuurder. Vgl. in dat verband r.o. 3.6 van HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6018, *JOR* 2006/90 (*Ontvanger/Voorsluijs*). In dat arrest heeft de Hoge Raad overwogen dat toerekening van onrechtmatige gedragingen aan de rechtspersoon mede wordt gerechtvaardigd doordat de in feite handelende persoon en de rechtspersoon aan wie dat handelen wordt toegerekend, vanuit het perspectief van de benadeelde tot op zekere hoogte met elkaar zijn te vereenzelvigen. In het kader van toerekening van kennis wijst Katan (2017), nr. 97, er op dat een wederpartij de organisatie (rechtspersoon) die zij tegenover zich treft, vaak als eenheid zal beschouwen en mogen beschouwen. Zie ook De Valk (2009), nr. 2.3.2., die opmerkt dat uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat een ruime toepassing van het maatschappelijk verkeerscriterium in ieder geval haar rechtvaardiging vindt in het argument dat de organisatie zich naar buiten toe als eenheid presenteert.

aanvulling wordt duidelijk gemaakt dat de verplichting tot een behoorlijke uitoefening van de bestuurstaak zowel intern als extern geldt.[68]

De aldus geformuleerde norm sluit aan op de wijze waarop aansprakelijkheid blijkens de rechtspraak wordt getoetst. De 'kennelijk onbehoorlijke taakvervulling' (art. 2:138/248 lid 1 BW) of het 'kennelijk onbehoorlijk bestuur' (art. 2:16 lid 1 BWC) is (per definitie) een schending van de gedragsnorm die op dit moment in de wet als interne norm is geformuleerd.[69] Gezien de wettelijke bewijsvermoedens is het overigens voor bestuurders in het geval van faillissement bepaald niet altijd eenvoudig om aansprakelijkheid te vermijden: toetsing aan de gedragsnorm is pas aan de orde als de bewijsvermoedens (niet aan de orde zijn dan wel) zijn weerlegd.

Het formuleren van een algemene (basis)norm als hiervoor genoemd doet mijns inziens ook recht aan de rechtspraak in het kader van bestuurdersaansprakelijkheid. Het draait in de zaken rondom externe aansprakelijkheid immers steeds om de vraag naar de mate van (on)behoorlijkheid van het bestuurlijk handelen en/of nalaten. Dat komt neer op een toetsing aan de basisnorm.

Dan blijft over de vraag hoe hiermee moet worden omgegaan indien sprake is van een onrechtmatige daad jegens een derde. Indien de bestuurder heeft gehandeld (of iets heeft nagelaten) in de hoedanigheid van bestuurder dan geldt de hoge drempel

68 Zo kunnen gedragingen van een bestuurder een onrechtmatige daad van de rechtspersoon opleveren, wanneer zij op grond van hetgeen in het maatschappelijk verkeer heeft te gelden (en dat is een zorgvuldigheidsnorm), als gedraging van de rechtspersoon hebben te gelden. Vgl. HR 6 april 1979, *NJ* 1980/34 m.nt. Brunner (*Kleuterschool Babbel*). In dit verband kan verder worden gewezen op de zorgvuldigheid die een bestuurder, maar dat geldt dan uit de aard der zaak ook voor de rechtspersoon zelf, naar verkeersnormen jegens de wederpartij van de rechtspersoon in acht dient te nemen. Zie HR 6 oktober 1989, *NJ* 1989/286 m.nt. Maeijer; Rechtspraakbundel (2020), nr. 1 (*Beklamel*). In Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb (2019), nr. 111, wordt er op gewezen dat een bestuurder zorgvuldig moet zijn in zijn handelen ten opzichte van degenen die direct en indirect bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken. Een zorgvuldigheidsverplichting die volgens hen niet alleen voor bestuurders geldt. Zij wijzen er in dat verband op dat de normen voortvloeien uit de strekking van diverse bepalingen uit Boek 2 BW en andere wetten, maar wijzen ook op het belang van geschreven en ongeschreven maatschappelijke normen.

69 In hun noot bij HR 18 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI5912, *JOR* 2010/29 (*Simoca*) merken Kortmann en Faber op dat art. 2:9 BW en art. 2:248 BW beide betrekking hebben op de hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur, en dat in het geval van art. 2:248 BW dat kennelijk behoorlijk bestuur tevens een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement van de vennootschap die onbehoorlijk werd bestuurd. Vroom en Dunki Jacobs (2020), p. 161-162 merken op dat zowel in het geval van interne aansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW als externe aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW, sprake dient te zijn van een ernstig verwijt aan de bestuurders voordat aan persoonlijke aansprakelijkheid kan worden toegekomen. Zij voegen daaraan toe dat dit criterium, in uitwerking althans, niet materieel verschilt van het criterium dat op grond van art. 2:138/248 BW geldt voor bestuurdersaansprakelijkheid.

voor aansprakelijkheid. In de overige gevallen, dus waarin niet in de hoedanigheid van bestuurder wordt gehandeld, kan daarop geen aanspraak worden gemaakt.[70]

Een feitelijke bestuurder kan, als hij meer structureel als zodanig functioneert en op hem derhalve bestuursverplichtingen rusten, naast de formele bestuurders aansprakelijk zijn als hem een ernstig verwijt treft, bijvoorbeeld op grond van het feit dat geen deugdelijke boekhouding is gevoerd, niet aan de jaarrekeningplicht is voldaan en geen belastingaangiften zijn gedaan. Het feit dat er ook formele bestuurders zijn hoeft daaraan niet af te doen.[71] Naar mijn mening behoren, in het geval van persoonlijke aansprakelijkheid van formele bestuurders en quasi-bestuurders, de norm voor interne aansprakelijkheid, de norm voor aansprakelijkheid indien de rechtspersoon is gefailleerd en de norm van art. 6:162 BW tot dezelfde uitkomst te leiden. Er zou in zoverre bij de toepassing wel een verschil kunnen zijn, dat bij de quasi-bestuurders niet te goeder trouw eerder sprake zou kunnen zijn van een ernstig (persoonlijk) verwijt. Naast het toetsen van hun doen en laten als quasi-bestuurder, speelt in mijn benadering immers ook een rol of sprake is van een (bewuste, niet-gerechtvaardigde) schending van de bestuursautonomie. Zie verder par. 4.9 over de vraag of de hoge drempel voor aansprakelijkheid voor alle quasi-bestuurders zou moeten gelden.

Of sprake is van handelen of nalaten in de hoedanigheid van bestuurder moet worden beantwoord aan de hand van de vraag of dit valt binnen de bestuurssfeer alsmede de vraag of dit laatste voor derden kenbaar was of redelijkerwijs had behoren te zijn.[72] Aansprakelijkheidsrecht is in de kern risicoallocatie: in de verhouding tussen de bestuurder en een derde zie ik niet in waarom de hoge drempel aan een derde tegengeworpen zou moeten worden, indien het voor die derde in relatie tot de gepleegde onrechtmatige daad (in het geheel) niet kenbaar was noch redelijkerwijs

70 Buiten het bestek van dit onderzoek valt de vraag of een bestuurder die in die hoedanigheid handelt, in alle gevallen aanspraak op de hoge drempel voor aansprakelijkheid kan (of moet kunnen) maken. Wellicht is die vraag in zoverre niet relevant, dat in de gevallen waarin die mogelijk aan de orde zou kunnen komen, de betrokken bestuurder sowieso een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

71 Vgl. Rb Noord-Holland 2 september 2015, *JOR* 2016/122 (*Mr. Moeijes q.q./voormalige bestuurders V.V. Young Boys*). De gedaagde had aangevoerd dat hij noch materieel, noch formeel bestuurder was van de vereniging. Daarnaast voerde hij aan dat art. 2:9 BW niet de figuur kent van de feitelijke beleidsbepaler, zodat hij reeds daarom niet aansprakelijk kan zijn. De rechtbank oordeelde echter dat gedaagde degene was die de werkelijke, directe, zeggenschap had binnen de vereniging, het beleid bepaalde met terzijdestelling van (in elk geval een deel van) de formele bestuurders en aldus feitelijk als bestuurder handelde. Het enkele feit dat hij op papier geen bestuurder was, kan hem volgens de rechtbank niet ontslaan van zijn mogelijke aansprakelijkheid: "*Ware dit anders, dan zou misbruik eenvoudig in de hand gewerkt kunnen worden.*" De gedaagde wordt op grond van art. 6:162 BW aansprakelijk gehouden voor de schade die de gezamenlijke schuldeisers ten gevolge van zijn onrechtmatige handelen hebben geleden. Nu de aansprakelijkheid is gebaseerd op art. 6:162 BW, gaat de rechtbank voorbij aan het verweer dat art. 2:9 BW niet de figuur kent van de feitelijke bestuurder.

72 Vgl. HR 11 maart 1977, *NJ* 1977/521 m.nt. Scholten (*Stolte/Schiphoff*, ook wel *Kribbebijter*). In dit arrest kwam (mede) de vraag aan de orde of een persoon jegens een ander bij het sluiten van een overeenkomst wel of niet in eigen naam is opgetreden. Het antwoord hangt af van hetgeen deze persoon en die ander daaromtrent jegens elkaar hebben verklaard en over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en mochten afleiden. Het gaat dus om kenbaarheid.

kon zijn dat de bestuurder in die hoedanigheid handelde. In veel gevallen weet de derde niet eens dat hij met een bestuurder van een rechtspersoon te maken heeft. Een hele scherpe lijn kan hiermee uiteraard niet worden getrokken, omdat het uiteindelijk aankomt op de feiten en omstandigheden in het concrete geval, en de waardering daarvan door de rechter.[73] Hierna volgen enkele voorbeelden ter illustratie van mijn gedachtegang.

Binnen de bestuurssfeer vallen de volgende gebeurtenissen:

- De bestuurder geeft een demonstratie van het nieuwste model van een door zijn bedrijf geproduceerde heftruck aan een potentiële klant en veroorzaakt daarbij een ongeval waardoor die potentiële klant schade lijdt.
- Tijdens een vergadering ten kantore van de bestuurder, waarin met een potentiele relatie wordt onderhandeld, ontstaat ruzie tussen de bestuurder en de derde, waarop de bestuurder de derde mishandelt.[74]
- De bestuurder geeft opdracht om bedrijfsafval zonder de vereiste vergunning te storten op een overheidsterrein, waardoor dit terrein vervuild raakt.
- De bestuurder van een vennootschap waarvan de onderneming het uitoefenen van een advocatenpraktijk is, sluit een overeenkomst met een cliënt voor het verlenen van juridische diensten.

Buiten de bestuurssfeer vallen de volgende gebeurtenissen:

- De bestuurder die op weg naar een zakelijke afspraak een verkeersongeval veroorzaakt waardoor derden schade lijden.
- Tijdens een vergadering ten kantore van de bestuurder, waarin met een potentiele relatie wordt onderhandeld, ontstaat ruzie tussen de bestuurder en de derde. Het blijft bij een verbale ruzie. De bestuurder is echter wraakzuchtig en zoekt de derde in het eerstvolgende weekend thuis op om hem aldaar te mishandelen.
- De bestuurder gooit zonder toestemming te hebben verkregen afval in de tuin van zijn buurman, die tevens zijn medebestuurder is.

---

73 Ik schreef daar eerder het volgende over: "*Het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid is ook niet ingewikkeld vanwege het wettelijke en jurisprudentiële toetsingkader, maar omdat de uitkomst van elke procedure afhangt van de beoordeling van alle relevante feiten en omstandigheden van dat geval. En juist die vaak onvoorspelbare weging van die feiten en omstandigheden maakt het lastig op voorhand een goede inschatting van een zaak te maken. De jurisprudentie op dit vlak is in de regel ook specifiek toegesneden op het voorliggende geval, hetgeen noopt tot enige voorzichtigheid om te voorkomen dat al te makkelijk algemene lijnen uit bijzondere gevallen worden getrokken.*" Zie Frielink (2017a), nr. 1.4.2.

74 Vgl. HR 25 juni 1999, *NJ* 2000/33 m.nt. Stein (*Bolckmans/Van den Broek*). In deze zaak ontstond een huurgeschil tussen twee partijen bij een huurovereenkomst. Het geschil draaide om de vraag of de huurder wel of geen huurschuld aan de verhuurder had. De bestuurder van de huurder-BV heeft de bestuurder van de verhuur-BV in een vriescel opgesloten in een poging kwijtschelding af te dwingen. De Hoge Raad oordeelde dat op grond van hetgeen geldt in het maatschappelijk verkeer, de gedragingen van de bestuurder van de huurder-BV aan laatstgenoemde dienden te worden toegerekend. Daardoor kon de verhuur-BV ontbinding van de huurovereenkomst vorderen.

- De bestuurder van een vennootschap waarvan de onderneming het uitoefenen van een advocatenpraktijk is, maakt als advocaat een beroepsfout.[75]

Een scherpe grens is niet te trekken. Steeds zal (door de rechter) moeten worden beoordeeld of hetgeen schade heeft veroorzaakt in zodanig verband staat met de uitoefening van de bestuurstaak, dat geoordeeld moet worden dat de schade door de bestuurder in die hoedanigheid is veroorzaakt. Relevante vragen in dat verband zouden kunnen zijn of het handelen (of nalaten) in verband staat met het (bepalen of uitvoeren van het) beleid van de rechtspersoon of met (de voorbereiding van) een rechtshandeling van de rechtspersoon, en als het om de relatie met derden gaat, wat die wisten of redelijkerwijs hadden kunnen begrijpen wat betreft de hoedanigheid waarin de bestuurder handelde.

Beroepsbeoefenaren die door middel van een vennootschap werken, daarbij kan het gaan om bijvoorbeeld loodgieters, tegelzetters, advocaten, accountants, belastingadviseurs, makelaars en medici, oefenen hun beroep uit, en doen dat niet in de hoedanigheid van bestuurder, en kunnen als zij een beroepsfout maken, per definitie geen aanspraak maken op toepassing van de ernstig verwijt-maatstaf (zie par. 2.4 en 2.6).

Als de bestuurder van een rechtspersoon aan een agrariër bewust een ondeugdelijke melkmachine verkoopt zou kunnen worden aangenomen dat hij bij deze rechtshandeling handelde in zijn hoedanigheid van bestuurder. De rechtspersoon en de bestuurder zijn dan beide aansprakelijk, en de bestuurder kan zich beroepen op de hoge drempel voor aansprakelijkheid, dit los van de vraag hoe de beoordeling daarvan zelf uitvalt. Maar stel dat het gaat om een bestuurder van een rechtspersoon die een winkelketen exploiteert, terwijl (als bewust onderdeel van het inkoopbeleid) goedkope producten worden ingekocht om beter te kunnen concurreren, en eventuele schadelijke effecten van die producten op de afnemers op de koop toe worden genomen. De derden (de kopers van de producten) zien en kennen deze bestuurder niet. Zou hij zich dan in voorkomend geval toch op die hoge drempel kunnen beroepen? In beide gevallen kan niet worden gezegd dat de bestuurder naast het feit dat hij een statutaire bestuurder is, tevens een beroep uitoefent. Op die grond kan hem een beroep op de hoge drempel dan ook niet worden ontzegd. Maar ook als de oplossing wordt gezocht in een specifieke zorgvuldigheidsnorm (‘gij zult niet bewust ondeugdelijke producten verkopen’) is het de vraag of dat het probleem (wel/niet handelen in hoedanigheid) volledig oplost. Zou de bestuurder verantwoordelijk voor het inkoopbeleid wat betreft ondeugdelijke producten zich tegenover de rechtspersoon (of de curator) wel op die hoge drempel kunnen beroepen, omdat het immers om beleid gaat, maar niet jegens de derde? Ik laat dit punt hier verder rusten, temeer nu

75 HR 18 september 2015, *JOR* 2015/289 m.nt. Kortmann (*Breeweg/Wijnkamp*). Een beroepsfout betreft de aansprakelijkheid als beroepsbeoefenaar en niet de aansprakelijkheid als bestuurder van een rechtspersoon. De norm waaraan zijn doen en laten wordt getoetst, is die van een maatman-beroepsbeoefenaar.

het handelen als in de voorbeelden beschreven in de regel reeds een ernstig verwijt zal opleveren.

De voorgestelde norm, waarbij wettelijk wordt vastgelegd dat een behoorlijke taakvervulling een norm is die ook jegens derden in acht dient te worden genomen, is uiteraard als vaag aan te merken. Maar gezien de sterk gevarieerde casuïstiek die in de praktijk van alledag bestaat is het niet doenlijk een meer specifieke norm te formuleren die alle denkbare gevallen dekt. Aangenomen mag echter worden dat (ook) de gemiddelde bestuurder wel enig gevoel zal hebben van handelingen die binnen en buiten de bestuurssfeer vallen, alsmede of die wel of niet door de beugel kunnen, en of hem met succes een aanspraak op de hoge drempel toekomt. In de volgende paragraaf, die handelt over de zorgplicht, wordt op deze vaagheid en de wijze waarop daarmee zou kunnen worden omgegaan, nader ingegaan.

Als eerder aangegeven verdedig ik de opvatting dat de algemene norm voor alle categorieën quasi-bestuurders zou moeten gelden: voor de feitelijke bestuurders omdat zij de bestuursdaden zelf verrichten, en voor de schaduwbestuurders omdat zij beslissende invloed hebben op het verrichten van bestuursdaden (zij hebben het in hun macht om bepaalde bestuursdaden te laten verrichten en hun wil is daarop gericht).

4.6 De zorgplicht: conceptueel

"*Het door het burgerlijk recht gevergde hoederschap reikt aanmerkelijk verder daar waar het gaat om gevaar voor leven en gezondheid van de ander dan daar waar slechts aantasting van vermogensbelangen dreigt*", aldus Nieuwenhuis in 1999.[76] Deze stelling doet wellicht nog steeds opgeld, maar de zorgplicht (en daar gaat het bij hoederschap om) heeft sindsdien een enorme vlucht genomen op de vermogensrechtelijke terreinen van het recht. Alvorens in meer concrete zin op de zorgplicht in te gaan is het zinvol om stil te staan bij de grondslag en het karakter van het begrip zorgplicht, en te bezien hoe met het open karakter daarvan kan worden omgegaan.

De zorgplicht zoals we die vandaag de dag kennen, is met name in de 20e eeuw tot grote bloei gekomen. In de eerste decennia van de 20e eeuw hielden rechters meer en meer rekening met de eisen die vanuit de gemeenschap aan de contractsvrijheid werden gesteld. De rechters stelden aan het zakenleven strengere ethische eisen, terwijl veel sneller dan voorheen een regel van ongeschreven recht van toepassing werd geacht.[77]

Veel bepalingen uit het Romeinse recht zijn, zoals die toen werden geïnterpreteerd, overgenomen in de Code Civil en langs die weg terechtgekomen in het Burgerlijk Wetboek van 1838 in Nederland en dat van 1869 in Curaçao.[78] In de literatuur tot

76 Nieuwenhuis (1999), p. 2133. Een deel van deze paragraaf is ontleend aan Frielink (2007).

77 Vgl. Jansen (2003), p. 147.

78 Vgl. Spruit (2003) en Hoofdstuk III van Asser/Scholten Algemeen deel (1974).

1900 ging de discussie onder meer over de vraag of iemand alleen aansprakelijk kon zijn wanneer sprake was van onwettige handelingen, of dat ook louter onvoorzichtigheid of nalatigheid tot aansprakelijkheid kon leiden.[79] In het Lindenbaum/Cohen-arrest[80] heeft de Hoge Raad het zorgvuldigheidscriterium – dat was opgenomen in een voorstel van wet dat geruime tijd was blijven liggen – overgenomen als onderdeel van het leerstuk onrechtmatige daad. Na dit arrest konden ook handelingen, die ingingen tegen de zorgvuldigheid die men in het maatschappelijke verkeer jegens andermans goederen in acht moest nemen, als onrechtmatig doen of laten worden aangeduid. Voortaan kon men ook op grond van een ongeschreven rechtsplicht, buiten een contractsbepaling of een toepasselijke wettelijke regeling, aansprakelijk worden gehouden voor schade. In 1992 is dat criterium in Nederland in het BW opgenomen en in Curaçao in 2001. Ons recht is met de zorgplicht doordrenkt.[81] Dit kan worden gezien als een fundamenteel beginsel van het privaatrecht in het Koninkrijk.

Het begrip zorgplicht zelf is onbepaald: het is een open norm.[82] Het is in veel gevallen ook een ongeschreven norm. Wanneer na te leven normen, zoals de zorgplicht, inhoudelijk vaag, onduidelijk of zinledig zijn, dienen deze door de rechter[83] in concrete bepalingen te worden uitgewerkt. Op grond van het rechtszekerheidsbeginsel moet het recht (zoveel mogelijk) voorspelbaar zijn: justitiabelen moeten er hun gedrag (vooraf) op kunnen afstemmen. Gedragsvoorschriften kunnen uit hun aard slechts voor de toekomst gelden. Zonder dergelijke uitwerkingen is sprake van 'obscuur recht', omdat niet vooraf bekend is wat de rechter zal beslissen. Ook het ongeschreven recht moet, om voor recht te kunnen gelden, kenbaar zijn voor de betrokken justitiabelen. Rechtersrecht werkt bovendien per definitie terug in de tijd: het gaat altijd om een oordeel over feiten die in het verleden liggen. Daarom mag van de rechter ook een zekere mate van terughoudendheid worden verlangd wanneer van hem een bijdrage aan de rechtsontwikkeling wordt verwacht, hetgeen door de veelheid van bewust in de wet opgenomen open en vage normen veelvuldig het geval is.

De rechter moet zich bewust zijn van het onderscheid tussen rechtsvinding en rechtsvorming. Vult de rechter een 'echte' leemte op en formuleert hij – als wetge-

79 Vgl. Tjong Tjin Tai (2007), p. 94 e.v.

80 HR 31 januari 1919, *NJ* 1919/161 (*Lindenbaum/Cohen*). Volgens Pitlo (1972), p. 143 heeft de Hoge Raad de tot dan toe gevolgde interpretatie, die de inhoud van de norm uit wetsbepalingen meende te moeten aflezen, verworpen, en de onrechtmatigheid uitgebreid tot al wat in het maatschappelijk verkeer als onbetamelijk geldt, en van de als exact bedoelde normen, blanconormen weten te maken.

81 Tjong Tjin Tai (2007) en Janssen (2017), nr. 3.2. Tjong Tjin Tai (p. 97-98) spreekt over 'zorgplicht' als de meer abstracte vorm en over 'zorgverplichting' als de meer concrete vorm. Die laatste term omschrijft hij als een verplichting tot het doen of nalaten van concrete handelingen ten behoeve van zekere belangen. In dit proefschrift gebruik ik enkel het begrip zorgplicht, mede omdat in de jurisprudentie en literatuur geen strikt onderscheid tussen de begrippen wordt gemaakt, en ik in het verband van deze studie daartoe ook geen noodzaak zie.

82 Zie ook Van Schilfgaarde (2016), nr. 22, 23 en 72. Pitlo (1972), p. 141 geeft de voorkeur aan 'blanconorm' boven 'vage norm'.

83 De ene rechter is de andere niet. Dworkin (1986), p. 1 merkt op: "*People often stand to gain or lose more by one judge's nod than they could by any general act of Congress or Parliament*".

ver-plaatsvervanger – een nieuwe norm (rechtsvorming),[84] of tracht hij te verwoorden wat (al dan niet in een relevante kring) deel uitmaakt van het rechtsbewustzijn (rechtsvinding)?[85] De rechter moet zich bovendien bewust zijn van het 'temporele' aspect: wat was de inhoud van het rechtsbewustzijn ten tijde van het verweten handelen of nalaten?[86] Van de rechter mag, gelijk van partijen, in dit opzicht een actieve opstelling worden verwacht. Hij moet inzichtelijk maken hoe en op grond waarvan hij tot zijn oordeel is gekomen.[87] De rechter moet rekenschap afleggen; zijn uitspraak maakt pas dan kans gezag te verwerven, ook bij degene in wiens nadeel zijn uitspraak is uitgevallen. Zonder gezag is het slechts een oordeel van iemand die het

84 Ook het wijzigen, beperken en afschaffen van geldende rechtsregels valt onder rechtsvorming. Vgl. Mok (2000).

85 Klaassen (2015), p. 142 merkt in het kader van werkgeversaansprakelijkheid in relatie tot werknemers die aan het verkeer deelnemen op, dat de Hoge Raad hiervoor een apart regime heeft ontwikkeld. Zij voegt hieraan toe: "*De Hoge Raad heeft op dit terrein immers een verzekeringsplicht van de werkgever aangenomen, of beter gezegd: gecreëerd, gebaseerd op de (algemene) verplichting van de werkgever zich als een goed werkgever te gedragen (art. 7:611 BW).*" En dat is dan inderdaad de vraag: is sprake van rechtsvinding of rechtsvorming? Volgens Dworkin (1986), p. 6 presenteren rechters in dit soort gevallen doorgaans "*these 'new' statements of law as improved reports of what the law, properly understood, already is. They claim, in other words, that the new statement is required by a correct perception of the true grounds of law even though this has not been recognized previously, or has even been denied*." En over wat rechters behoren te doen (p. 243): "*Law as integrity asks judges to assume, so far as this is possible, that the law is structured by a coherent set of principles about justice and fairness and procedural due process, and it asks them to enforce these in the fresh cases that come before them, so that each person's situation is fair and just according to the same standards.*" Eerder (p. 239) gaf hij aan dat hij voor deze niet-eenvoudige opdracht een denkbeeldige rechter "*of superhuman intellectual power and patience*" gebruikt, te weten Hercules. Zie ook A. Brenninkmeijer & D. Bish, 'Professional Ethics for Judges – Lessons Learned from the Past. Dialogue as Didactics to Develop Moral Leadership for Judges', *Law and Method*, juli 2021, DOI: 10.5553/REM/.000057.

86 Vgl. Hof van Justitie van de Europese Unie (Vijfde kamer) 29 april 2015, *JOR* 2015/172 m.nt. Lieverse; *Ondernemingsrecht* 10/11 (2015), p. 397-400 m.nt. Frielink (*Nationale-Nederlanden/Van Leeuwen*).

87 Ter illustratie wijs ik op Rb Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, *JOR* 2021/208 m.nt. Biesmans (*Milieudefensie/Shell*). De rechtbank overweegt (r.o. 4.1.3) dat het Shell niet volgt in haar betoog dat de ingestelde vorderingen de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaan. Vervolgens overweegt de rechtbank dat het de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm van het toepasselijke art. 6:162 BW zal invullen "*aan de hand van de relevante feiten en omstandigheden, de best beschikbare wetenschap over (de aanpak van) gevaarlijke klimaatverandering en de breed gedragen internationale consensus dat mensenrechten bescherming bieden tegen de gevolgen van gevaarlijke klimaatverandering en dat bedrijven mensenrechten moeten respecteren*". Of de rechtbank de norm van maatschappelijke zorgvuldigheid op een juiste wijze heeft ingevuld zal nog moeten blijken. Er is hoger beroep ingesteld. Zie over deze zaak Van Dam (2021).

binnen ons rechtssysteem voor het zeggen heeft.[88] Gaat het om een lagere rechter dan kan in andere procedures (of een beroepsprocedure) getracht worden een ander oordeel te verkrijgen, gaat het om de Hoge Raad dan kan een arrest behoorlijk in de weg zitten.[89]

Met andere woorden: de rechter heeft de plicht het ongeschreven recht op te sporen. Dat de rechter ambtshalve het recht, ook het ongeschreven recht, geacht wordt te kennen, ontslaat hem niet van die verplichting. Het ongeschreven recht komt niet uit de lucht vallen. Het vindt zijn basis in (de beginselen van) het rechtssysteem.[90] Het moet daarin worden gezocht.[91] Het is de rechter die zoekt, al dan niet geholpen door partijen. De rechter dient in zijn uitspraak naar behoren verslag te doen van die speurtocht, zowel wanneer hij een rechtsnorm heeft gevonden als wanneer zijn speurtocht niets heeft opgeleverd.

Het rechterlijk oordeel bindt slechts de partijen bij die procedure. Andere partijen en andere rechters zijn er niet aan gebonden. Maar de rechter moet vaststellen wat de toepasselijke rechtsnormen zijn, geschreven of ongeschreven. De rechterlijke uitspraak levert geen (geschreven) rechtsregels op, maar de rechtsnormen die de rechter hanteert moeten op zijn minst de pretentie van meer algemene gelding in zich bergen. In zoverre behoort een rechterlijke uitspraak de grenzen van de particulariteit waarin deze tot stand is gekomen te ontstijgen. Dat alles neemt niet weg dat de rechter er naast kan zitten en dat anderen tot een geheel ander oordeel komen. Gelijk die anderen, kunnen ook rechters fouten maken. Wezenlijk is echter dat rechters zich bewust zijn van de hier beschreven inspanningsverplichting die in hun taak besloten ligt. Als een rechter een vonnis of arrest wijst, is dat immers op basis van de overtuiging dat voor die uitspraak de beste argumenten kunnen worden aangedragen. Daaruit volgt dat er niet even goede argumenten zijn voor een andersluidende uitspraak.[92] Daarin is het belang van een deugdelijke motivering gelegen.

---

88 Hart (1961), p. 200 merkt op: "*Judicial decision, especially on matters of high constitutional import, often involves a choice between moral values, and not merely the application of some single outstanding moral principle; for it is folly to believe that where the meaning of the law is in doubt, morality always has a clear answer to offer. At this point judges may again make a choice which is neither arbitrary nor mechanical; and here often display characteristic judicial virtues, the special appropriateness of which to legal decision explains why some feel reluctant to call such judicial activity 'legislative'. These virtues are: impartiality and neutrality in surveying the alternatives; consideration for the interest of all who will be affected; and a concern to deploy some acceptable general principle as a reasoned basis for decision. No doubt because a plurality of such principles is always possible it cannot be* demonstrated *that a decision is uniquely correct: but it may be made acceptable as the reasoned product of informed impartial choice.*"

89 Vgl. Frielink (2002).

90 Of zoals Dworkin (1996), p. 225 het in het kader van zijn op principes gebaseerde maatschappijmodel uitdrukt: "*the adjudicative principle of integrity instructs judges to identify legal rights and duties, so far as possible, on the assumption that they were all created by a single author–the community personified–expressing a coherent conception of justice and fairness*".

91 Vgl. Pitlo (1972), p. 55-81 en 120-171.

92 Vgl. Dworkin (1986), p. 10. Zie over de motiveringsplicht ook Perquin-Deelen (2020), nr. 4.4.3

De vraag is op welke wijze de rechter een beroep op het ongeschreven recht behoort te motiveren om overtuigend te zijn.[93] In de eerste plaats behoort aannemelijk te worden gemaakt dat de regel van ongeschreven recht waarop een beroep gedaan wordt, deel uitmaakt van een meer algemene rechtsovertuiging.[94] Dat kan bijvoorbeeld door te verwijzen naar algemene tendensen in de rechtsgeleerde literatuur of naar meer algemene overeenstemming in het maatschappelijke debat, die bij alle verschil vaak wel te vinden is.[95] In de tweede plaats behoort ook te worden verantwoord waarom de toepassing van een regel van ongeschreven recht noodzakelijk is, om onderscheid te maken met willekeurige toepassing. De rechter kan dat bijvoorbeeld doen door inzichtelijk te maken hoe het buitentoepassing laten van een regel wel móet leiden tot gevolgen die naar algemeen inzicht absurd of onaanvaardbaar zijn.[96] Als dat niet het geval zou zijn, is de toepassing immers noodzakelijk willekeurig. Een beroep op ongeschreven recht behoort zo gemotiveerd te zijn met een beroep op een gedeeld inzicht dat de toepassing ervan niet alleen wenselijk, maar ook noodzakelijk is om te voorkomen dat gevolgen optreden waarvan ook de justitiabelen – 'op hun klompen' – kunnen aanvoelen dat die nooit bedoeld kunnen zijn.

Enig inzicht in de begrippen zorgplicht en ongeschreven recht, alsmede in de rechterlijke toepassing daarvan, en de eisen die in dat verband aan een rechter kunnen worden gesteld, is ook in relatie tot quasi-bestuurders van belang. Er is namelijk

---

93 Vgl. Frielink (2007). Zie ook Stolker (1993), p. 69-73, die – in het kader van "een hele serie" uitspraken waarvan mag worden betwijfeld of die aansluiten bij wat Nederlanders als juist ervaren – opmerkt dat het natuurlijk niet zo is "*dat het oordeel van het Nederlandse volk beslissend is*". Dat geldt wat hem betreft zeker waar belangen moeten worden gewogen, hetgeen bij uitstek een bezigheid is van de wetgever en de rechter.

94 Daarbij kan ook de historische test behulpzaam zijn. Die 'speurtocht' zal niet zelden bij het Romeinse recht beginnen.

95 Haazen (2001), p. 275-343 bespreekt en verdedigt de democratische rechtsvindingsleer. Daarin is het ongeschreven recht afhankelijk van de maatschappelijke opvattingen. Rechtsoordelen kunnen volgens hem in concreto alleen voorspelbaar zijn, indien en voor zover de rechtspraak van de opvattingen, rechtsovertuigingen, rechtvaardigheidsnoties en achtergrondmoraliteiten uitgaat, die in de Nederlandse samenleving overheersen. Haazen (p. 652): "*Het zijn dergelijke maatschappelijke opvattingen die rechtspraak voor normale deelnemers aan het maatschappelijke verkeer voorspelbaar kunnen maken, ook indien geschreven regels en eerdere jurisprudentie aangaande dergelijke concrete rechtsoordelen ontbreken.*" Koopmans (1982), p. 19 wijst op het geval van de aanstotelijkheid voor de eerbaarheid, waarbij de Hoge Raad, na een tot mislukken gedoemde poging om de feitenrechter te laten uitmaken wat een meerderheid van de Nederlandse bevolking daarover dacht, zelf voetje voor voetje is begonnen met het ontwikkelen van nieuwe maatstaven. Vgl. HR 28 november 1978, *NJ* 1979/93 m.nt. Van Veen (*Deep Throat*). De Hoge Raad overwoog in de Urgenda-zaak dat onder omstandigheden ook betekenis kan toekomen aan afspraken en regels die op zichzelf niet bindend zijn: "*Dit gebeurt dan op de grond dat deze regels en afspraken de uitdrukking vormen van een zeer breed gedragen opvatting of inzicht en daarom van belang zijn voor de invulling en toepassing van de positieve verplichtingen van de Staat op grond van de art. 2 en 8 EVRM*". Zie r.o. 6.3 van HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *NJ* 2020/41 m.nt. Spier (*Urgenda*).

96 De rechter kan in dat verband ook wat ik de absurditeitstest en de test van verandering van perspectief noem toepassen.

geen goede reden te bedenken waarom niet ook aan quasi-bestuurders de eis kan worden gesteld dat zij in redelijkheid rekening houden met de belangen van anderen, en zorgvuldig met die belangen dienen om te gaan. Juist in het schenden van deze zorgplicht kan een grond voor aansprakelijkheid worden gevonden.

4.7 De zorgplicht en de quasi-bestuurder

De vraag is of op formele bestuurders van rechtspersonen een zorgplicht rust.[97] Als op deze bestuurders een zorgplicht rust is de vraag wat die inhoudt. Vervolgens is de vraag wat een en ander betekent voor quasi-bestuurders. In dit verband zal tevens aandacht aan concernverhoudingen worden geschonken (par. 4.7.7).

In de zaak Cancun Holding II[98] heeft de Hoge Raad overwogen dat bestuurders bij de vervulling van hun taak, mede op grond van het bepaalde in art. 2:8 BW, zorgvuldigheid dienen te betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken. Die zorgvuldigheidsverplichting kan, aldus de Hoge Raad, meebrengen dat bestuurders bij het dienen van het vennootschapsbelang ervoor moeten zorgen dat de belangen van al degenen die bij de vennootschap of haar onderneming zijn betrokken niet onnodig of onevenredig worden geschaad.[99] Gaat het om een joint-venture vennootschap dan kan de verplichting om de nodige zorgvuldigheid te betrachten jegens aandeelhouders, een bijzondere zorgplicht meebrengen met betrekking tot de positie van een aandeelhouder wiens belang is verwaterd of (verder) dreigt te verwateren. Deze regel lijkt mij niet tot joint-venture vennootschappen en niet tot gevallen van verwatering beperkt.

Hoever de bestuurlijke zorgplicht reikt is niet in algemene zin te zeggen. Dat (rechts)personen bij de organisatie van een rechtspersoon zijn betrokken is op zichzelf voldoende om aanspraak op de bestuurlijke zorgplicht te kunnen maken. De redelijkheid en billijkheid die het bestuur op grond van de wet jegens hen in acht moet nemen is daarvoor een duidelijke basis; die eisen gelden overigens ook voor alle hier bedoelde (rechts)personen jegens elkaar. Zo moeten bijvoorbeeld aandeelhouders op grond van de redelijkheid en billijkheid met elkaars gerechtvaardigde belangen rekening houden. Aangezien contractuele relaties evenzeer door de eisen van redelijkheid en billijkheid worden beheerst, zullen derden die met de rechtspersoon contracteren er op mogen vertrouwen dat jegens hen de bestuurlijke zorgplicht wordt nageleefd. Ook buiten het contractuele verband en buiten de organisatierech-

97 Zie onder andere Klein Wassink (2016).

98 HR 4 april 2014, *JOR* 2014/290 m.nt. De Haan; *NJ* 2014/286 m.nt. Van Schilfgaarde; Rechtspraakbundel (2020), nr. 20 (*Cancun Holding II*). Zie ook Van Schilfgaarde (2016), nr. 69 e.v.

99 Met de inwerkingtreding van de Wet Toezicht en Bestuur per 1 juli 2021 (Stb. 2020, 507 en 508) geldt deze norm (mutatis mutandis) ook voor de vereniging (art. 2:44 lid 3 BW) en de stichting (art. 2:291 lid 3 BW). Indien daaraan geen onderneming is verbonden dient daarvoor 'organisatie' te worden gelezen.

telijke betrekking, ofwel het terrein van de onrechtmatige daad, kan de zorgplicht als een grondnorm worden geduid: een plicht om rekening te houden met andermans gerechtvaardigde belangen.[100]

Op formele bestuurders, of wellicht beter: op het (formele) bestuur, rust een bestuurlijke zorgplicht, en onder omstandigheden een bijzondere bestuurlijke zorgplicht. Ik neem dat hier tot uitgangspunt.[101] De tot het bestuur gerichte norm om behoorlijk te besturen is onderdeel van de zorgplicht. Wat een zorgplicht 'bijzonder' maakt is niet geheel duidelijk, maar ik houd het er op dat bepaalde belangen onder bepaalde omstandigheden extra aandacht verdienen omdat die ernstig in het gedrang dreigen te komen, en belangenafweging en besluitvorming daarom extra zorgvuldig moeten plaatsvinden.[102] In het kader van het bepalen van wat in het vennootschappelijk belang is (of in het belang van de organisatie van de rechtspersoon als daaraan geen onderneming is verbonden) brengt de bestuurlijke zorgplicht mee dat onder omstandigheden aan één of meer specifieke belangen mogelijk extra gewicht moet worden toegekend.

Het begrip zorgplicht moet worden onderscheiden van de eisen van redelijkheid en billijkheid die degenen die krachtens de wet of de statuten bij de organisatie van een rechtspersoon zijn betrokken jegens elkaar in acht moeten nemen. De eisen van redelijkheid en billijkheid vormen wel de basis van de bestuurlijke zorgplicht, maar vallen daarmee niet samen. Tot de hier bedoelde kring van personen die jegens elkaar de eisen van redelijkheid en billijkheid in acht dienen te nemen, behoort bijvoorbeeld de aandeelhouder. Algemeen wordt aangenomen dat een aandeelhouder primair zijn eigen belang mag nastreven, zij het dat er wel een buitengrens is, in die zin, dat hij de belangen van anderen die bij de rechtspersoon zijn betrokken niet in onredelijke mate mag veronacht-

---

100 Tjong Tjin Tai (2007), nr. 3.5.3. Zie ook Van Nuland (2021), nr. 3.6.3.3.3.

101 Dat het begrip zorgplicht in het ondernemingsrecht een meer en meer prominente rol speelt wordt ook bekritiseerd. Daartegen bijvoorbeeld Huizink (2010), p. 7: "*De maatschappelijke zorgvuldigheid, waarvan schending kan leiden tot schadeplichtigheid uit onrechtmatige daad, speelt daarnaast een belangrijke aanvullende en ook wel disciplinerende rol. Tegen de achtergrond van het voorrecht van exclusieve aansprakelijkheid rust op bestuurders, commissarissen en invloedrijke aandeelhouders de verplichting tot zorgvuldig vermogensbeheer. Ook hier bestaat wat mij betreft nauwelijks of geen behoefte aan op de vennootschap, respectievelijk haar beleidsbepalers op te leggen (bijzondere) zorgplichten. Voor zover op de vennootschap en in het verlengde daarvan op haar bestuurders c.a. al (bijzondere) zorgplichten worden gelegd, lijken die zorgplichten niet gebaseerd op het vennootschapsrecht van Boek 2 BW, maar op de juridische umwelt van de vennootschap. Hiervoor noemde ik de financiële markten of de gezondheidszorg. Met vennootschapsrecht heeft dat als zodanig weinig te maken.*"

102 Een andere benadering is mogelijk. De zorgplicht zou 'gewoon' kunnen worden genoemd als die in acht moet worden genomen jegens een partij met wie een contractuele relatie bestaat, en 'bijzonder' als het gaat om derden met wie geen (contractuele) relatie bestaat. Als naar de met name effectenrechtelijke jurisprudentie wordt gekeken, koppelt de Hoge Raad de 'bijzondere zorgplicht' vooral aan de expertise en maatschappelijke functie van de partij op wie de zorgplicht rust (bijvoorbeeld op banken), en de wettelijke verplichtingen die zij hebben (bijvoorbeeld bij het voorkomen en bestrijden van financieel-economische criminaliteit).

zamen. Er is hier niet sprake van een zorgplicht, omdat de aandeelhouder zich die andere belangen niet in het bijzonder hoeft aan te trekken: hij moet ze wel in het vizier houden, omdat van hem wordt verwacht dat hij zich niet onredelijk opstelt, maar hij hoeft ze niet te behartigen of zwaar te laten meewegen in zijn besluitvorming. Met andere woorden: de aandeelhouder als zodanig heeft geen zorgplicht als het gaat om zijn medeaandeelhouders. Voor de aandeelhouder als quasi-bestuurder kan dat anders liggen.

De schending van een zorgplicht kan zowel contractueel als buiten-contractueel zijn.[103] De quasi-bestuurder kan, bijvoorbeeld als filiaalchef of titulair directeur, in een contractuele relatie tot de rechtspersoon staan.[104] Veelal staat de quasi-bestuurder niet in een contractuele relatie tot de rechtspersoon, maar bestaat er wel direct of indirect een andersoortige relatie, bijvoorbeeld die van aandeelhouder of commissaris. Hierna zullen de diverse categorieën waarin het fenomeen quasi-bestuurder in deze studie is ingedeeld worden besproken.

4.7.1 De feitelijke bestuurder te goeder trouw

De zorgplicht rust op degene die te goeder trouw, maar ten onrechte meent rechtsgeldig tot bestuurder benoemd te zijn, en zich als een formele bestuurder gedraagt. Er is geen reden om over deze feitelijke bestuurder anders te oordelen. De betrokkene wordt immers door iedereen als formele bestuurder beschouwd, en heeft zichzelf ook als zodanig beschouwd, totdat (bijvoorbeeld) het gebrek in zijn benoemingsbesluit aan het licht kwam. Zijn doen en laten zal (moeten) worden beoordeeld als ware hij een formele bestuurder.

Op de feitelijke bestuurder te goeder trouw rust dus de bestuurlijke zorgplicht voor zover die op een formele bestuurder rust. Van de feitelijke bestuurder die veronderstelt formeel te zijn benoemd mag worden verwacht dat hij zich dienovereenkomstig gedraagt. Op de feitelijke bestuurder die zich op grond van zaakwaarneming inlaat met het besturen van een rechtspersoon rust eveneens een zorgplicht (art. 6:199 lid 1 BW). Er is geen goede reden om de norm hier anders in te vullen. Indien een ExCo zodanig is georganiseerd dat formele bestuurders en andere managers het beleid gezamenlijk bepalen dan is de zorgplicht van toepassing. In al deze gevallen heeft te gelden dat bij de te maken belangenafwegingen de (betrokken) belangen van degenen die bij de rechtspersoon en zijn onderneming of organisatie zijn betrokken, niet onnodig of onevenredig mogen worden geschaad.

4.7.2 De feitelijke bestuurder niet te goeder trouw

De feitelijke bestuurder niet te goeder trouw negeert de bestuursautonomie en treedt eigenmachtig op. Aangezien hij feitelijk plaatsneemt op de bestuurdersstoel en

103 Zie voor een geval van buiten-contractuele aansprakelijkheid HR 9 januari 1998, *JOR* 1998/116 m.nt. Kortmann (*MeesPierson/Ten Bos*).

104 Dit kan ook een arbeidsovereenkomst zijn. Wat de aansprakelijkheid van ondergeschikten en het regresrecht betreft verwijs ik slechts naar de art. 6:170-172 BW, alsmede naar Westenbroek (2017), nr. 10.2.2. en 10.2.3.

bestuurshandelingen verricht, ligt het voor de hand aan te nemen dat op hem een zorgplicht rust gelijk aan die van een formele bestuurder. De belangen van derden, zeker als zij er op vertrouwen met een formele bestuurder te maken te hebben, spelen hier ook een rol. Niet valt in te zien waarom zij geen aanspraak op nakoming van de bestuurlijke zorgplicht zouden kunnen maken. De feitelijke bestuurder behoort niet te 'profiteren' van zijn onwettige gedrag.

4.7.3 De formele schaduwbestuurder te goeder trouw

De formele schaduwbestuurder te goeder trouw heeft met het formele bestuur (denk aan een trustkantoor) afgesproken dat zijn wensen en instructies (in beginsel) door het formele bestuur worden opgevolgd en uitgevoerd. Op het formele bestuur rust een zorgplicht. Ondanks de gemaakte afspraak zal het formele bestuur steeds een eigen afweging moeten maken of een concrete wens of instructie wordt opgevolgd en uitgevoerd, daarbij rekening houdend met wat de zorgplicht in dat geval van het bestuur verlangt.

Indien de principaal geen bijzondere, op het beleid gerichte afspraken met het trustkantoor maakt, maar bijvoorbeeld als aandeelhouder van de cliëntvennootschap gebruik maakt van zijn wettelijke en statutaire bevoegdheden, dan rust op hem geen zorgplicht. Een aandeelhouder mag, in beginsel en binnen grenzen, zijn eigen belang nastreven. In mijn benadering verschiet hij echter van kleur als hij zich (intensief) met het beleid van de rechtspersoon bemoeit en daarover afspraken maakt met de formele bestuurder (het trustkantoor). Dat raakt direct aan het besturen van de rechtspersoon en brengt mee dat (ook) op de principaal de zorgplicht rust. De norm die verplicht om behoorlijk te besturen gaat hand in hand met de zorgplicht.

4.7.4 De formele schaduwbestuurder niet te goeder trouw

De formele schaduwbestuurder niet te goeder trouw heeft afspraken gemaakt met het formele bestuur die er (bijvoorbeeld) op neerkomen dat de rechtspersoon gebruikt zal worden voor schimmige zaken, zoals 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. Het bestuur van de rechtspersoon is niet te goeder trouw en functioneert als katvanger, marionet, ledenpop of stroman. Dergelijk handelen is per definitie onrechtmatig. De onderling gemaakte afspraken zijn in strijd met de wet. Van enig normaal functioneren van (het bestuur van) de rechtspersoon is geen sprake, laat staan van een normale afweging van belangen. Op het formele bestuur rust een zorgplicht, maar de schending daarvan is onder de gegeven omstandigheden een feit en zelfs een bewuste keuze. Het ligt ook meer voor de hand om in dit geval te spreken over onrechtmatig (en zelfs strafbaar) handelen dan over schending van een zorgplicht. Om dezelfde reden is de vraag of op de formele schaduwbestuurder niet te goeder trouw een zorgplicht rust, gelijk aan de zorgplicht die op het formele bestuur rust, niet heel erg relevant. Aangezien deze schaduwbestuurder zich intensief met het bestuur bemoeit, zou ik wel willen aannemen dat de zorgplicht op hem van toepassing is, maar dat in een geval als

dit, waarin misbruik van een rechtspersoon wordt gemaakt, de schending daarvan is gegeven. Los hiervan kan de vraag worden gesteld of in dergelijke gevallen de formele bestuurder indien deze aansprakelijk wordt gesteld, zich met succes zou kunnen beroepen op de hoge drempel voor aansprakelijkheid. Het antwoord op die vraag moet mijns inziens ontkennend luiden. Aan de formele bestuurder die aan misbruik meewerkt zou een dergelijk beroep niet behoren toe te komen. De hoge drempel voor aansprakelijkheid is te beschouwen als een beschermwal voor diegenen die te goeder trouw bestuurstaken uitoefenen.

4.7.5 De feitelijke schaduwbestuurder

De feitelijke schaduwbestuurder betreft 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. De schaduwbestuurder heeft het in zijn macht om bepaalde bestuursdaden te laten verrichten en zijn wil is daarop ook gericht. Dat maakt zijn beslissende invloed juridisch relevant. Het uitoefenen van genoemde invloed kan overigens positief uitpakken voor de betrokken rechtspersoon. Denk in dit verband aan de Forexx-zaak (besproken in par. 3.4.1).[105] De feitelijke schaduwbestuurder gaat dus niet feitelijk op de stoel van de bestuurder zitten, maar het formele bestuur (of een formele bestuurder) wordt door hem ge- of misbruikt om zijn wensen door te drukken.

Het formele bestuur volgt de instructies van de feitelijke schaduwbestuurder op en voert deze uit, omdat het bestuur onder druk staat, bang is voor ontslag of enige andere onzakelijke reden. Wellicht wordt nog wel een afweging gemaakt, zelfs onderkend welke belangen worden behartigd en welke (onredelijk) genegeerd, en mogelijk wordt zelfs stilgestaan bij het belang van de rechtspersoon (en zijn organisatie of daaraan verbonden onderneming) bij de eigen continuïteit, maar uiteindelijk wordt het doen en laten van het bestuur door de feitelijke schaduwbestuurder gedicteerd, incidenteel of voor langere tijd. Op het formele bestuur rust een zorgplicht. Het uitvoeren van de wensen en instructies van de feitelijke schaduwbestuurder kan een schending van die zorgplicht opleveren, maar noodzakelijk is dat niet. Niet ondenkbaar is immers dat de rechtspersoon succesvol is door de bemoeienis van de feitelijke schaduwbestuurder, of zelfs een enorme bloei doormaakt. In het kader van deze studie zijn echter alleen de gevallen interessant waarin dat niet zo is, en moet worden beoordeeld of sprake is van een schending van een (zorg)plicht en van (persoonlijke) aansprakelijkheid. Op het formele bestuur rust de bestuurlijke zorgplicht. De feitelijke schaduwbestuurder (denk aan een aandeelhouder) die zich met het beleid van de rechtspersoon bemoeit door dat (deels) af te dwingen, houdt zich bezig met het (doen) besturen van de rechtspersoon. Dat brengt mee dat (ook) op hem die zorg-

105 Rb Limburg (zp Roermond) 30 mei 2018, *JOR* 2018/208 m.nt. Frielink en Rechtspraakbundel (2020), nr. 30 (*Forexx Company/Y*).

plicht rust. De norm die verplicht om behoorlijk te besturen gaat ook hier hand in hand met de zorgplicht.

4.7.6 De titulaire quasi-bestuurder

De *titulaire quasi-bestuurder* (zie par. 3.5.6) is structureel belast met de (of een deel van de) bestuurstaak, maar is geen bestuurder in formele zin. Hij wordt in het kader van deze studie als te goeder trouw aangemerkt, omdat hij zijn taken uitoefent op basis van afspraken die hij met het formele bestuur heeft gemaakt. Hoewel door het formele bestuur veel taken aan een titulaire bestuurder kunnen worden overgedragen, functioneert hij onder verantwoordelijkheid van het bestuur, behoudt het formele bestuur ook zijn eigen verantwoordelijkheid, en is het nemen van bestuursbesluiten exclusief aan het formele bestuur voorbehouden.[106] Indien de titulaire bestuurder tevens werknemer is, dan rust op hem de plicht van goed werknemerschap als bedoeld in art. 7:611 BW en art. 7A:1615d BWC.[107] Die plicht is ook als een zorgplicht te beschouwen, maar van de werknemer jegens de werkgever (de rechtspersoon bij wie hij in dienst is). Die zorgplicht is van een meer beperkte strekking dan de zorgplicht die op het formele bestuur rust, ook al weten we niet op voorhand wat die precies inhoudt. De titulaire bestuurder kan ook op een andere juridische grondslag aan de rechtspersoon zijn verbonden, bijvoorbeeld in het kader van een overeenkomst van opdracht. Als opdrachtnemer moet hij bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen (art. 7:401 BW), en wel jegens de opdrachtgever. Tot hoever deze zorgplicht zich uitstrekt hangt af van de aard van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval.[108] Dat zegt dus op zichzelf niet zoveel. Op het formele bestuur rust ook in dit geval de bestuurlijke zorgplicht, die zich uitstrekt tot derden. Van een op de titulaire bestuurder rustende bestuurlijke zorgplicht zou sprake kunnen zijn als de titulaire bestuurder (nagenoeg geheel) zelfstandig is belast met de leiding over (een deel van) de onderneming of organisatie van de rechtspersoon,[109] of in het geval dat hij zich bestuurlijke taken toeëigent die buiten zijn opdracht vallen. Hij functioneert dan als quasi-bestuurder. Als sprake is van een bij derden bestaande gerechtvaardigde verwachting met de formele bestuurder te maken te hebben, althans met degene die het voor het zeggen heeft, dan is verdedigbaar dat op de titulaire quasi-bestuurder ook jegens hen de bestuurlijke zorgplicht rust, en dat derden hem, naast de rechtspersoon, op schending daarvan kunnen aanspreken.

Voor zover de titulaire bestuurder bestuurstaken uitoefent, dus handelingen verricht die niet slechts als uitvoerend zijn aan te merken, ligt het dus voor de hand aan

106 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II (2009), nr. 423 en Assink/Slagter (2013), nr. 51.4, p. 926-927

107 Zie over de aansprakelijkheid van leidinggevenden De Valk (2009), nr. 3.2.

108 Murray (2016), p. 1793.

109 Vgl. bijvoorbeeld Rb Almelo 8 februari 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BV3132 (*Weyl Beef Products*) en Hof Amsterdam 27 juni 2017, *JOR* 2018/173 m.nt. Van Thiel (*Janssen-Van Kesteren q.q./ The 5*).

te nemen dat op hem, gelijk op het formele bestuur, een zorgplicht rust. Gezien het feit dat in ons recht de zorgplicht zo'n prominente plaats inneemt als belangen van anderen in het geding zijn, ligt het niet voor de hand tot een ander oordeel te komen.

4.7.7 Concernrecht

Een groep is blijkens art. 2:24b BW een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden. En groepsmaatschappijen zijn rechtspersonen en vennootschappen die met elkaar in een groep zijn verbonden. In de wettelijke omschrijving ligt besloten dat er ook sprake moet zijn van centrale leiding, omdat zonder centrale leiding een organisatorische verbondenheid niet leidt tot een economische eenheid. Er wordt in dat verband ook wel over een concern gesproken.[110]

Het wettelijke groepsbegrip roept vragen op. Onder welke omstandigheden is sprake van een zodanige financiële en organisatorische verwevenheid dat sprake is van een groep? Wat houdt verwevenheid precies in? Wat betekent centrale leiding in dit verband? Die vragen gaan het bestek van dit onderzoek te buiten. Mijns inziens is beantwoording van deze vragen op deze plek ook niet nodig. Als het gaat om de aansprakelijkheid van quasi-bestuurders, en de vraag of op een quasi-bestuurder ook bestuursverplichtingen rusten, speelt het groepsbegrip als zodanig geen rol.

In het kader van het concernrecht wordt in de regel ook aandacht besteed aan het onderwerp instructiebevoegdheid en instructiemacht. Dat onderwerp komt in par. 4.12 aan de orde. Hier wordt er vast op gewezen dat een instructiebevoegdheid, die in de statuten van een groepsmaatschappij kan worden opgenomen, een bevoegdheid toekent aan een orgaan, doorgaans aan de algemene vergadering van die groepsmaatschappij. Als (in concernverband) over een instructiebevoegdheid van de moeder wordt gesproken, gaat dat over de moeder als aandeelhouder, die in die hoedanigheid instructies kan geven, en niet over instructies die worden gegeven door (leden van) het bestuur van de moeder.

De moedervennootschap hoeft geen bestuurder van de dochter te zijn om op grond van de wijze waarop de groep is georganiseerd in belangrijke mate inzicht te hebben in en feitelijke zeggenschap te hebben over het beleid van de dochter: de moeder fungeert dan als quasi-bestuurder.[111] Volgens de minister moet het criterium niet zoda-

110 Zie Asser/Kroeze 2-I (2021), nr. 261 en Bartman/Dorresteijn/Olaerts (2020), nr. 2.2. In Boek 2 van het Curaçaose BW komt de term 'groepsmaatschappij' wel voor (bijvoorbeeld in art. 2:119 lid 2, art. 2:140 lid 1, art. 2:250, art. 2:334 en 2:363 BWC), maar zonder dat dit begrip nader wordt geduid. Het ligt voor de hand aansluiting te zoeken bij het Nederlandse recht (art. 2:24b BW).

111 Zie *Kamerstukken II*, 1983-1984, 16 631, nr. 6, p. 23-24; Bartman/Dorresteijn/Olaerts (2020), nr. 8.4; Assink/Slagter (2013), nr. 115; en Van der Grinten (1990-1991). Volgens Slagter zijn er grote verschillen tussen concerns: concerns waarbij de bestuurder van de moeder in wezen ook pseudo-bestuurder van de dochter is in de zin van art. 2:138/248 BW, en concerns waarbij de moeder de dochter slechts op afstand bestuurt. Zie Slagter (1991), p. 195. Ik zou daaraan ten minste willen toevoegen dat de moeder ook de formele bestuurder van de dochter kan zijn, en dat de bestuurder van de moeder tevens bestuurder van de dochter kan zijn (personele unie). Verder is 'slechts op afstand besturen' naar mijn smaak een verwarrend criterium: als je bestuurt dan bestuur je. Verder merk ik op dat niet alleen de bestuurder van de moeder, maar de moeder uiteraard ook zelf quasi-bestuurder van de dochter kan zijn.

nig zijn dat een te ruime kring onder het begrip beleidsbepaler wordt gebracht.[112] Het enkele feit dat een moeder als (indirecte) aandeelhouder invloed kan uitoefenen, bijvoorbeeld door bestuurders te ontslaan of met ontslag te dreigen, lijkt mij, zoals ook algemeen wordt aangenomen, onvoldoende voor de conclusie dat de moeder een quasi-bestuurder is. Hoewel scherpe lijnen niet zijn te trekken, laat staan in algemene zin, lijkt het voor de hand te liggen om te kijken naar de wijze waarop het concern is georganiseerd, welke invloed de moeder gewoonlijk uitoefent (formeel of informeel), of er concernbeleid bestaat en op welke terreinen (en hoe opvolging daarvan wordt bewerkstelligd of verzekerd), of een of meer gemeenschappelijke doelen worden nagestreefd, hoe de concernfinanciering en daarmee samenhangende zekerheidstellingen zijn geregeld, welke besluiten van het bestuur van de dochter zijn onderworpen aan de goedkeuring van de aandeelhouder (de moeder), en andere relevante omstandigheden, en dat alles in onderlinge samenhang beschouwd.[113] Naarmate het concern meer als een eenheid is georganiseerd en (ook naar buiten toe) optreedt, des te eerder zal de moeder als quasi-bestuurder kunnen worden aangemerkt.

In het kader van het enquêterecht speelt de vraag in welke gevallen een concernenquête kan worden ingesteld. Die vraag komt hier niet uitgebreid aan de orde, maar er is wel een zeker verband met de vraag wanneer een moedervennootschap als quasi-bestuurder kan worden aangemerkt. In de Landis-zaak[114] werd overwogen dat binnen de dochtermaatschappijen geen sprake was van enig ten opzichte van de moedermaatschappij zelfstandig bepaald en gevoerd bestuursbeleid. Wat betreft de samenstelling van de besturen van de betrokken vennootschappen was namelijk sprake van een vrijwel volledige personele unie. Het beleid en de gang van zaken bij de dochtervennootschappen raakt de aandeelhouders van Landis (de moeder) op gelijke wijze als het beleid en de gang van zaken bij Landis zelf, aldus de Hoge Raad. De aandeelhouders waren daarom bevoegd een verzoek tot het houden van een concernenquête in te dienen. In zijn noot stelt Van den Ingh de vraag of de overweging van de Hoge Raad, dat in geen enkel opzicht sprake is van enig zelfstandig bestuursbeleid bij een dochter ten opzichte van de moeder, een personele unie ontheffing meebrengt van de eigen verantwoordelijkheid van het bestuur van de

112 *Kamerstukken I*, 1985-1986, 16 631, nr. 27b, p. 21: "*Het criterium dat men – bevoegdelijk of puur feitelijk – op de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een actief dominerende invloed heeft gehad houdt mijns inziens nu juist weer het gevaar in, dat een te ruime kring onder het begrip beleidsbepaler wordt gebracht, hetgeen wij doelbewust door de toevoeging van de woorden «als ware hij bestuurder» hebben willen vermijden. (...) Prof Honée komt dan tot de conclusie van zijn betoog, dat er geen aanleiding zou bestaan de moedervennootschap eerder dan in een andere situatie voor andere personen c.q. rechtspersonen zou gelden als beleidsbepaler aan te merken. Die conclusie deel ik.*" Zie ook Van Nuland (2021), nr. 5.3.3.1.

113 Volgens Hanegraaf (2017), nr. 4.5.3, sluit het feit dat een persoon (denk aan een moedervennootschap) naar normen van formele competentie gemeten bevoegd handelt – dus binnen de haar rechtens toegekende instructiebevoegdheid blijft – geenszins uit dat sprake is van een zodanig intensieve beleidsbemoeienis dat die persoon tevens geacht wordt een (mede-)beleidsbepaler te zijn.

114 HR 4 februari 2005, *JOR* 2005/58 m.nt. Van den Ingh (*Landis*).

dochter voor de rechtmatigheid van het beleid van de dochter. Los van het feit dat die vraag ontkennend dient te worden beantwoord, brengt een volledig personele unie op bestuursniveau bij alle tot het concern behorende rechtspersonen mee, dat geen van de bestuurders als quasi-bestuurder kan worden aangemerkt: zij zijn dan immers allemaal lid van het formele bestuur van al die rechtspersonen. In het geval dat er een bestuurder is die geen deel uitmaakt van een of meer tot het concern behorende rechtspersonen, maar die wel meebeslist in het kader van de binnen dat concern georganiseerde collectieve besluitvorming, dan zou hij mede (in relatie tot de rechtspersoon waarvan hij geen formele bestuurder is) als quasi-bestuurder kunnen worden aangemerkt. Voor hem geldt dan wat is opgemerkt over leden van een ExCo die niet behoren tot het formele bestuur.

De vraag naar de bevoegdheid om een concernenquête in te stellen was ook aan de orde in de SNS-zaak.[115] De OK heeft overwogen dat SNS Bank (als dochter) ten opzichte van SNS Reaal (de moeder) enige ruimte had voor het voeren van zelfstandig beleid. In dat oordeel ligt, aldus de Hoge Raad, besloten dat SNS Reaal het beleid van SNS Bank mede heeft bepaald. Verder overweegt de Hoge Raad dat in de beschikking van de OK ligt besloten dat SNS Reaal in elk geval het beleid van SNS Bank ten aanzien van Property Finance (de kleindochter) mede heeft bepaald. De (voormalige, want onteigende) aandeelhouders van SNS Reaal waren daarom bevoegd een verzoek tot het houden van een concernenquête in te dienen. De uitkomst verschilt in zoverre van de Landis-zaak, dat is bepaald dat ook als de (klein) dochter wel (enige) ruimte heeft om eigen beleid te bepalen, een concernenquête kan worden verzocht als de moeder het beleid ten aanzien van de voor de enquête relevante onderwerpen mede heeft bepaald. Het volledig ontbreken van deze ruimte bij de (klein)dochter is dus niet vereist.

Er bestond tussen de raden van commissarissen van SNS Reaal en SNS Bank een volledige personele unie. Gemiddeld genomen had de helft van de bestuurders van SNS Reaal in de periode van 2006 tot de onteigening zitting in het bestuur van SNS Bank. Als gevolg van de binnen het concern gehanteerde financiering van het eigen vermogen van SNS Bank en SNS Reaal bestond er ook financieel een sterke verbondenheid en afhankelijkheid tussen SNS Reaal (de moeder), SNS Bank (de dochter) en Property Finance (de kleindochter). Uit de beschikking van de Hoge Raad (r.o. 2.4) blijkt dat de OK heeft overwogen dat het voor de aandeelhouders van SNS Reaal niet kenbaar was in welke mate het gevoerde beleid met betrekking tot de kleindochter werd bepaald door het bestuur van SNS Reaal (de grootmoeder) en in welke mate door het bestuur van SNS Bank (de moeder). Vastgesteld werd dat dit onderscheid door SNS Reaal en SNS Bank in hun verweer ook niet is gemaakt en dat het destijds ook niet daadwerkelijk lijkt te hebben bestaan. Het is op basis van de uitspraak niet vast te stellen of en ten aanzien van welke onderwerpen, en op welke wijze, sprake geweest zou kunnen zijn van quasi-bestuurders binnen het concern. Niet vergeten

115 HR 3 april 2020, *JOR* 2020/166 m.nt. Josephus Jitta (*Enquêteprocedure SNS*).

moet worden dat het vraagstuk van de beleidsbepaling in deze procedure enkel werd bekeken vanuit de vraag of de bevoegdheid bestond een groepsenquête te verzoeken. Wat er verder ook van dat criterium zij, voor een positief antwoord op de bevoegdheidsvraag wordt niet de eis gesteld dat de (groot)moeder het beleid bij de (klein-)dochter (mede) heeft bepaald "als ware zij bestuurder", een eis die wel wordt gesteld om de (groot)moeder aansprakelijk te stellen als quasi-bestuurder in het geval van het faillissement van de (klein)dochter (vgl. art. 2:138/248 lid 7 BW). De centrale leiding in een concern veronderstelt dat de (groot)moeder het concernbeleid *kan* doorzetten. Maar het enkele bestaan van die mogelijkheid betekent niet dat reeds daarom sprake zou zijn van een quasi-bestuurderschap. Voor dat laatste is een actief gebruik vereist van de bevoegdheden en/of machtspositie, gericht op het (doen) verrichten van bestuursdaden of het (doen) vaststellen van beleid bij de (klein)dochter.

Wat betreft het fenomeen feitelijke bestuurders doet zich in het kader van het concernrecht het (op het eerste gezicht bijzondere) geval voor dat de moedermaatschappij op grond van de uitspraak inzake Sobi/Hurks II[116] het verwijt kan treffen dat zij *niet* de jas van feitelijke bestuurder heeft aangetrokken, ofwel haar zorgplicht jegens de crediteuren van de dochter heeft geschonden door niet bij de dochter in te grijpen terwijl zij wel de mogelijkheden daartoe had, en uit dien hoofde aansprakelijk is op grond van een onrechtmatige daad. In zoverre gaat het echter niet om een bijzonder geval, dat een schending van de zorgplicht nu eenmaal kan bestaan in een doen maar ook in een nalaten. In dit voorbeeld gaat het om een nalaten. De feiten en omstandigheden die in een concreet geval aan het bestaan van een zorgplicht van de moeder ten grondslag worden gelegd, zullen (nagenoeg) gelijk zijn aan de feiten en omstandigheden op basis waarvan de conclusie kan worden getrokken dat de moeder een quasi-bestuurder is. Het begrip quasi-bestuurder lijkt een actief handelen te veronderstellen. In de zaak Sobi/Hurks II was sprake van een hechte concernstructuur en intensieve bemoeienis van de moeder, en derhalve is de moeder als quasi-bestuurder aan te merken, zij het dat zij in die hoedanigheid passief was onder de verkeerde omstandigheden.

116 HR 21 december 2001, *JOR* 2002/38 m.nt. Faber en Bartman, en Rechtspraakbundel (2020), nr. 6 (*SOBI/Hurks*). Het ging in deze zaak om de persoonlijke aansprakelijkheid van de moeder (die eerder al als feitelijke bestuurder was opgetreden) op grond van het laten doorlopen van verplichtingen bij de dochter. De ingrijpmacht en hechte concernstructuur brengen voor de moeder een zorgplicht voor de (crediteuren van de) dochter mee. De Hoge Raad overwoog verder dat een moedermaatschappij, indien zij alle aandelen in een dochter houdt, het feitelijk in haar macht heeft de naleving van door haar aan het bestuur van die dochter gegeven richtlijnen en aanwijzingen met betrekking tot het te volgen beleid af te dwingen, in het uiterste geval door bestuurders die zich niet naar die richtlijnen en aanwijzingen willen voegen, te ontslaan en te vervangen door bestuurders die daartoe wel bereid zouden zijn. De moeder heeft dus de mogelijkheid quasi-bestuurder van de dochter te zijn en moet zich die hoedanigheid kennelijk onder omstandigheden ook aanmeten. Zie ook Van Nuland (2021), nr. 5.3; Bartman/Dorresteijn/Olaerts (2020), nr. 3.3.3. en 8.3.5; en Laagland (2015), nr. 4.3.

In de zaak van Milieudefensie tegen Royal Dutch Shell plc[117] 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 CO_2-emissies) van het concern in 2030 ten opzichte van 2019 met 45% te verminderen. Deze reductieverplichting is gebaseerd op de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm 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.

De moeder kan ook aansprakelijk zijn in het geval dat zij zich juist wel (actief) als feitelijke bestuurder gedraagt en haar een ernstig verwijt treft. In dat verband wordt wel gesproken over de 'doorbraak van aansprakelijkheid naar de moedermaatschappij'. Een moedermaatschappij (holding) kan in dit verband door de schuldeisers van haar dochter uit hoofde van het leerstuk onrechtmatige daad worden aangesproken, omdat zij zich als feitelijke bestuurder van de dochter heeft gedragen. Er zal dan wel aan alle elementen van art. 6:162 BW moeten zijn voldaan, zoals dat bij het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid wordt toegepast. Met andere woorden: de moeder moet een ernstig verwijt kunnen worden gemaakt in de aansturing van het concern, wil zij met succes aansprakelijk kunnen worden gehouden voor schulden van de dochter. Het zal dus mede van de wijze waarop het concern is georganiseerd afhangen of de moeder een zorgplicht jegens de schuldeisers van de dochter heeft. Overigens hoeft een concern niet groot te zijn. Het kan immers ook gaan om één aandeelhouder met (bijvoorbeeld) een houdstermaatschappij, waaronder een dochterennootschap hangt. Een éénpersoons concern. De moeder kan uiteraard ook als feitelijke schaduwbestuurder optreden, bijvoorbeeld door als aandeelhouder van de dochter onaanvaardbare druk op het bestuur van de dochter uit te oefenenen.

In het geval dat een dochtervennootschap failliet wordt verklaard kan de moedervennootschap als feitelijke bestuurder aansprakelijk zijn op grond van art. 2:138/248 lid 7 BW. Volgens Bartman, Dorresteijn en Olaerts[118] kan de moeder niet reeds aansprakelijk zijn uit hoofde van de concernleidingsplicht, omdat die ziet op "*de* overall *coördinatie van de centrale financiering, het uitzetten van de beleidslijnen op (middel)lange termijn en – bij een naderende déconfiture – het voorkomen dat de dochter haar schuldpositie vergroot*". Het enkel uitoefenen van centrale leiding en van

117 Rb Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, *JOR* 2021/208 m.nt. Biesmans (*Milieudefensie/Shell*). Zie over deze zaak Van Dam (2021), p. 189-192. Volgens Van Dam (p. 200) nemen dochtervennootschappen van de Shell-groep alleen formeel de besluiten, maar voeren zij materieel uit wat door of namens de concernleiding is besloten, ook als de moeder geen formele zeggenschap heeft maar deze feitelijk wel uitoefent: "Want moeders wil is wet".

118 Bartman/Dorresteijn/Olaerts (2020), nr. 8.4.2.

aandeelhoudersrechten achten zij, zoals algemeen wordt aangenomen, ook onvoldoende om de moeder als quasi-bestuurder aan te merken. En zelfs in het geval dat de moeder zich wel nadrukkelijk met het dagelijkse beleid van de dochter bemoeit, levert dat volgens hen nog geen terzijdestelling van het formele bestuur op. Volgens hen valt de 'intensive en indringende bemoeienis' door de moeder met het beleid van de dochter waarvan sprake was in het Albada Jelgersma II arrest,[119] niet zonder meer samen met de (mede)beleidsbepaling als bedoeld in art. 2:138/248 lid 7 BW. Als reden voeren zij aan dat het zeer wel mogelijk is dat dergelijke bemoeienis plaatsvindt in goed overleg en met uitdrukkelijke instemming van het bestuur van de dochter. De intensieve en indringende bemoeienis met het beleid van de dochter betekent mijns inziens dat de moeder wel als quasi-bestuurder van de dochter zou dienen te worden aangemerkt. Of en in welke mate het statutaire bestuur van de dochter met deze bemoeienis heeft ingestemd of juist niet, is voor de vraag of de moeder zich gedraagt als ware zij bestuurder niet bepalend. Ik kom daar in de laatste paragraaf van dit hoofdstuk op terug.

Hoewel centrale aansturing één van de kernbegrippen van het concernrecht is, behoudt het bestuur van iedere groepsmaatschappij zijn eigen verantwoordelijkheid. Het bestuur van een dergelijke rechtspersoon zal dus niet straffeloos het beleid of de instructies van de moedermaatschappij kunnen opvolgen.[120] Het bestuur moet steeds een eigen afweging maken in het licht van de af te wegen belangen, mede met het oog op de te bewaken continuïteit van de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming of organisatie. Dat de moedermaatschappij het (doorgaans) in haar macht heeft om andere bestuurders bij de tot de groep behorende rechtspersonen te benoemen is een factor die mogelijk meeweegt, maar het bestuur van die rechtspersonen niet van de genoemde wettelijke plicht ontslaat. Daar tegenover maakt de enkele (impliciete of expliciete) dreiging met ontslag door de moeder haar nog niet tot quasi-bestuurder van haar dochter.[121] Schutte-Veenstra stelt dat het uitoefenen van een sterke of beslissende invloed op het beleid van het bestuur niet voldoende is om als quasi-bestuurder te worden aangemerkt, en evenmin het hebben van een

119 HR 19 februari 1988, *NJ* 1988/487 m.nt. Van der Grinten (*Albada Jelgersma II*).

120 In par. 4.12 zal verder specifiek op het onderwerp instructiebevoegdheid en instructiemacht worden ingegaan.

121 Van Nuland (2021), nr. 5.3.3.1 beschouwt de concrete dreiging vanuit de moeder om het dochterbestuur te ontslaan, teneinde door haar gewenst beleid af te dwingen, niet als een omstandigheid waardoor de moeder als (mede)beleidsbepaler kan worden aangemerkt. Naar mijn mening gaat het om de beoordeling van alle in dit verband relevante feiten en omstandigheden. Ook zal het uitmaken of de moeder één enkele keer een dergelijke dreiging uit dan wel dit frequent doet, en ook of zij (steeds) uitvoering geeft aan haar dreigementen.

zodanige machtspositie dat iemand het beleid kan bepalen.[122] Zij legt de lat hoog, mijns inziens te hoog. Mijn gedachten hierover zet ik nader uiteen in par. 4.14.

Op de moeder die zich binnen het concern als feitelijke bestuurder van de (klein-) dochters gedraagt rust mijns inziens de bestuurlijke zorgplicht.[123] Het maakt in dat verband geen verschil of het bestuur van de (klein)dochters zich in dat verband vrijwillig (of op basis van gemaakte afspraken) naar die rol van de moeder schikt of zich gedwongen voelt deze rol van de moeder te accepteren. Op het formele bestuur van de (klein)dochters rust de bestuurlijke zorgplicht eveneens, en dat bestuur blijft zijn verantwoordelijkheid als bestuur houden, en kan zich er dus niet zonder meer achter verschuilen dat de moeder als feitelijke bestuurder (of als feitelijke schaduwbestuurder) optreedt.

Een moedermaatschappij kan uiteraard ook formeel bestuurder van een dochter zijn. Op het niveau van de moeder zou sprake kunnen zijn van een feitelijke bestuurder of schaduwbestuurder die via de moeder het beleid van de dochter bepaalt. Naar de heersende leer kan dan wel de moeder op grond van art. 2:11 BW (in Curaçao art. 2:17 BWC) aansprakelijk zijn, maar niet de feitelijke bestuurder of schaduwbestuurder van de moeder.[124] Zelf bepleit ik een ruimere uitleg (zie par. 5.6).

4.7.8 Een relativering

Bij de voornoemde gevallen waarin de vraag naar de (reikwijdte van de) zorgplicht aan de orde kwam, mag niet worden uitgesloten dat wellicht op te subtiele wijze

122 Vgl. Schutte-Veenstra (2017), p. 132. Zie ook par. 3.2.1. en Bartman/Dorresteijn/Olaerts (2020), nr. 8.4.2. Van Nuland (2021), nr. 5.3.3.1 schrijft: "*In algemene zin geldt bij de kwalificatievraag dat een sterke of zelfs beslissende invloed op het bestuursbeleid onvoldoende is. Ook een intensief bemoeien met het bestuur maakt een aandeelhouder nog geen (mede)beleidsbepaler in de zin van de wet. De aandeelhouder moet de bestuurstaak daadwerkelijk hebben uitgeoefend, hetgeen voortvloeit uit het vereiste dat hij het beleid moet hebben (mede)bepaald 'als ware hij bestuurder'. Opgemerkt zij dat het hierbij uitdrukkelijk niet gaat om invloed op het bestuur in de zin van de bestuurders, maar om beïnvloeding van het door de vennootschap gevoerde beleid.*"

123 Aan vraagstukken van grensoverschrijdende aard ga ik hier voorbij. Denk aan de vraag of en in hoeverre de moeder een zorgplicht heeft jegens in het buitenland gevestigde (klein)dochters, en de vraag of een in Nederland gevestigde moeder met succes uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid zou kunnen worden aangesproken als gevolg van bemoeienis (of het uitblijven daarvan) met haar in het buitenland gevestigde (klein)dochters.

124 Vgl. r.o. 4.14 van HR 28 april 2000, *JOR* 2000/128 (*Montedison*): "*Volgens art 2:11 rust de aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon daarvan bestuurder is. Een verdere uitbreiding van de aansprakelijkheid tot degene die het beleid van de aansprakelijke rechtspersoon heeft bepaald of mede heeft bepaald, is in art. 2.11 niet gegeven. Weliswaar is in de art. 2:138 lid 7 en 2:248 lid 7, de in de eerste leden van die artikelen gegeven aansprakelijkheid van bestuurders van naamloze, onderscheidenlijk besloten, vennootschappen in geval van faillissement, uitgebreid tot degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, maar deze uitbreiding is daar uitdrukkelijk beperkt tot de toepassing van deze artikelen. Er is geen grond deze uitbreiding bij wege van analogie ook van toepassing te achten in de gevallen waarop art. 2:11 ziet.*" Vgl. Hanegraaf (2017), nr. 4.7 en 4.8.

wordt getracht onderscheid tussen verschillende zorgplichten te maken, en in een concrete casus door de rechter tot schending van een zorgplicht wordt geconcludeerd (mogelijk naast een schending van meer concrete normen), zonder dat al te veel aandacht wordt besteed aan de vraag of het een bestuurlijke zorgplicht of een andere zorgplicht betreft. Dat wil niet zeggen dat het hier om slechts een semantische discussie gaat, want de vraag blijft steeds gerechtvaardigd of op een persoon een zorgplicht rust, waarop die is gegrond en wat de reikwijdte daarvan is. Het maken van onderscheid kan bijdragen aan een beter begrip.

4.8 Collegiale verantwoordelijkheid als rechtvaardiging voor hoofdelijke aansprakelijkheid

Wat betreft het bestuur van een rechtspersoon is het uitgangspunt in Nederland en Curaçao collegiale besluitvorming[125] en daaraan gekoppeld hoofdelijke aansprakelijkheid (art. 2:9 BW en art. 2:14 BWC).[126] De leden van het meerhoofdige statutaire bestuur dragen derhalve een gezamenlijke verantwoordelijkheid en de in dat verband geldende wettelijke norm van behoorlijke taakvervulling is tot hen gericht. Het collegialiteitsbeginsel houdt in termen van aansprakelijkheid in dat een wettelijk vermoeden van schuld van het gehele bestuur wordt gecreëerd, met daaraan gekoppeld disculpatiemogelijkheden voor individuele bestuurders. Collegialiteit veronderstelt (een zekere mate van) gelijkwaardigheid, onderling respect en de wil om samen te werken. Het collegialiteitsbeginsel kan worden beschouwd als een rechtvaardiging voor de tot uitgangspunt genomen hoofdelijkheid. Samen uit, samen thuis!

Het uitgangspunt van collegiale besluitvorming ziet op het orgaan bestuur en is alleen relevant als daarvan meerdere personen deel uitmaken. Het beginsel veronderstelt collegialiteit, in die zin, dat elke bestuurder aan de discussie en de besluitvorming moet kunnen deelnemen in een positie van gelijkwaardigheid ten opzichte van de andere formele bestuurders. Je zou kunnen zeggen dat een meerhoofdig bestuur als een team dient te functioneren. Dat laat onverlet dat er bijvoorbeeld een taakverdeling mogelijk is en dat in de praktijk bij sommige rechtspersonen de bestuurstaak in feite door maar een deel van het bestuur wordt uitgeoefend. Ik heb naar dat laatste geen onderzoek gedaan, maar uit de rechtspraak zijn allerlei gevallen bekend waarin het bestuur niet als collectief functioneerde, waaronder dat van een bestuurder die

125 Ook bij het monistisch bestuursmodel is collectieve besluitvorming het uitgangspunt: bestuursbesluiten worden door de uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders tezamen genomen. Zie Kreileman (2020), nr. V.7.1.

126 Vgl. Westenbroek (2017), nr. 3.6.1., De Kluiver (2009) en Kreileman (2020), nr. V2. Timmerman (2009), p. 10 noemt het een van de beginselen van het Nederlandse ondernemingsrecht. Volgens hem zal de kwestie van de collegiale besluitvorming de komende jaren één van de grote issues in het vennootschapsrecht worden.

zich op het standpunt stelde dat hij 'slechts' op papier bestuurder zou zijn en ook niet geschikt zou zijn voor de functie van penningmeester.[127]

Als twee personen (dat zouden quasi-bestuurders kunnen zijn) onrechtmatig handelen jegens de rechtspersoon dan is het uitgangspunt dat het doen en laten van elk van hen individueel wordt beoordeeld en er geen sprake is van hoofdelijkheid (par. 2.6.4). Hoofdelijke aansprakelijkheid is mogelijk als het veroorzaken van de schade aan twee of meer personen kan worden toegerekend (zij daaraan dus schuld hebben).[128] De mate van schuld is onderwerp van discussie in de onderlinge (regres-) verhouding, maar niet in relatie tot degene die de schade heeft geleden. Dit alles volgt uit het gemene aansprakelijkheidsrecht.

Quasi-bestuurders kunnen, indien de rechtspersoon failliet is verklaard en sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur, tezamen met de formele bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het tekort in de boedel. Deze hoofdelijkheid kan alle categorieën quasi-bestuurders treffen. De persoon die geen formele bestuurder is, maar wel (mede) het beleid heeft bepaald als ware hij bestuurder, is immers op grond van de wet hoofdelijk aansprakelijk (art. 2:138/248 lid 7 juncto lid 1 BW; art. 2:16 lid 9 juncto lid 1 BWC).

Dat een bestuurder met succes aansprakelijk kan worden gehouden zonder dat hem persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt, is een vorm van risicoaansprakelijkheid. Die vorm van aansprakelijkheid hangt samen met het uitgangspunt dat besturen een collegiale aangelegenheid is en bestuurders daarvoor collectief verantwoordelijkheid dragen. Dat in het geval van een faillissement van een rechtspersoon voor deze aansprakelijkheidsvariant is gekozen hangt (mijns inziens) samen met het feit dat een faillissement niet zomaar een gebeurtenis is, maar een ernstige gebeurtenis, die doorgaans voor veel betrokken partijen ernstige (financiële) gevolgen heeft. De gedachte daarbij is kennelijk dat individuele bestuurders niet te makkelijk aan hun eigen (mede)verantwoordelijkheid moeten kunnen ontsnappen. De bestuurder behoort tot het orgaan dat zeggenschap heeft over de rechtspersoon en

127 Hof Amsterdam 27 september 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3926 (*A/Curator van Vereniging V.V. Young Boys*). Het hof oordeelde dat de bestuurder met zijn benoeming heeft ingestemd (dat dit onder druk was gebeurd kon hij niet bewijzen) en dat zijn stelling dat hij niet voor zijn taken als bestuurder geschikt zou zijn geweest, voor zijn rekening moet blijven, nu hij desondanks ermee heeft ingestemd om zich als bestuurder te laten inschrijven. Het hof oordeelde verder dat de bestuurder onrechtmatig heeft gehandeld door verwijtbaar tekort te schieten in de behoorlijke vervulling van zijn bestuurstaak door geen deugdelijke boekhouding te voeren en geen belastingaangiftes te doen. Terzijde wijs ik er op dat in een geval van bestuurdersaansprakelijkheid, de rechter tot matiging van de schadevergoeding kan besluiten, onder meer omdat de werkzaamheden onbezoldigd en op vrijwillige basis zijn verricht. Zie Rb Rotterdam 28 juni 2017, *JOR* 2017/290 m.nt. Van Thiel (*Rotterdamse Bond van Volkstuinders/Stichting De Beukhoeve*). Zie ook Rb Breda 25 juli 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BX2984 (*Africhtingsvereniging Vriendschap Voorop/X*).

128 Vgl. art. 6:102 lid 1 BW. Ik noem hier ook nog de mogelijkheid van een onrechtmatige daad in groepsverband en de daaraan gekoppelde hoofdelijkheid van art. 6:166 BW. Vgl. Rb Overijssel 30 december 2020, *JOR* 2021/59 m.nt. Bartman (*Tapijtwereld*) en Rb Zeeland-West-Brabant 4 mei 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:2275 (*European Pharmaceuticals*).

hij moet in zekere zin instaan voor zijn medebestuurders. Hij behoort toezicht op zijn medebestuurders uit te oefenen en maatregelen te treffen als zij (ernstig) tekortschieten in hun taak. Gaat de rechtspersoon failliet dan zal de bestuurder daarom het nodige moeten aanvoeren en aannemelijk maken wil hij zich met succes kunnen disculperen.

De vraag is of het beginsel van collegialiteit ook kan dienen als rechtvaardiging voor de hoofdelijke aansprakelijkheid van quasi-bestuurders in het geval dat de rechtspersoon failliet is verklaard en sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur.

Het uitgangspunt van collegiale besluitvorming geldt voor de feitelijke bestuurder te goeder trouw aan wiens benoeming gebreken kleven zonder dat iemand zich daarvan op dat moment bewust is. Hij verkeert, net als de anderen, in de veronderstelling dat hij rechtsgeldig tot bestuurder is benoemd. Er is dan ook geen reden dit uitgangspunt niet op hem van toepassing te laten zijn; hij zal dit uitgangspunt ook als wezenlijk element van zijn bestuurstaak beschouwen.

Gaat het om een feitelijke bestuurder die handelt op basis van zaakwaarneming dan zal hij in veel gevallen alleen handelen, maar zaakwaarneming door twee of meer personen is zeker niet uitgesloten. Daarbij kan sprake zijn van een taakverdeling. Indien twee of meer personen het bestuur van een rechtspersoon tezamen waarnemen zou ik het collegialiteitsbeginsel van toepassing willen achten. Dat sluit ook het beste aan bij het wettelijke voorschrift voor formele bestuurders.[129] Van degenen die als zaakwaarnemer het bestuur van een rechtspersoon gezamenlijk op zich nemen mag een wijze van functioneren worden verwacht die is gebaseerd op gelijkwaardigheid, onderling respect en de wil om samen te werken. Collegialiteit, in de zin van gezamenlijke verantwoordelijkheid, is voor de organen bestuur en toezicht de norm,[130] en waarom zou die norm niet gelden als in dat bestuur door twee of meer personen wordt waargenomen? Bij dit uitgangspunt past dat zij in het geval de rechtspersoon failleert hoofdelijk aansprakelijk zijn indien zij hun taak kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

De feitelijke bestuurder niet te goeder trouw (degene die de bestuursautonomie van het formele bestuur bewust negeert) gedraagt zich per definitie niet collegiaal.

---

129 Neemt bijvoorbeeld de RvC het bestuur tijdelijk waar op basis van zaakwaarneming dan is er geen enkele reden om te twijfelen over de vraag of het collegialiteitsbeginsel van toepassing is.

130 Vgl. De Jongh (2011), p. 18. Hij stelt dat in een collegiaal bestuursmodel optimaal wordt gewaarborgd dat de verschillende belangen binnen de vennootschap op een evenwichtige wijze tegen elkaar worden afgewogen. Als tweede argument voor het collegiaal bestuursmodel noemt hij dat het een zekere bescherming vormt tegen ongelukken. Zie ook De Kluiver (2009) en Verdam (2011). Volgens Verdam houdt het collegialiteitsbeginsel in dat het bestuur als collectief verantwoordelijk is voor het besturen van de rechtspersoon. Volgens hem wordt door twee pijlers invulling aan die verantwoordelijkheid gegeven: de eerste pijler is dat de aan individuele bestuurders gedelegeerde bevoegdheden ter beschikking blijven van het bestuur en onder het gezag van het bestuur vallen, en de tweede pijler bestaat uit "*de gezamenlijke besluitvorming van alle bestuurders in alle overige bestuurszaken (met inbegrip van de besluitvorming ten aanzien van de mate en wijze van delegatie zelf)*".

Uit zijn handelen volgt immers dat hij het formele bestuur negeert of terzijde schuift. Gelijkwaardigheid, onderling respect en de wil om samen te werken ontbreken. Desondanks is hij in het geval van faillissement van de rechtspersoon met de formele bestuurders hoofdelijk aansprakelijk voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de baten kunnen worden voldaan. Dit volgt uit de wet. Maar zijn handelwijze kan tegelijkertijd worden gezien als een schending van de norm dat het besturen van een rechtspersoon een collectieve verantwoordelijkheid behoort te zijn. Deze normschending rechtvaardigt hoofdelijke aansprakelijkheid.

De feitelijke schaduwbestuurder neemt (in juridische zin) niet deel aan de besluitvorming van het formele bestuur, maar oefent daarop wel wezenlijke invloed uit. Het kan hier bijvoorbeeld gaan om een aandeelhouder die op dwingende wijze zijn wil aan het bestuur oplegt, terwijl het bestuur hieraan geen weerstand kan bieden noch anderszins zijn eigen verantwoordelijkheid neemt. De collegialiteit ontbreekt hier per definitie. Hier geldt wat inzake de feitelijke bestuurder niet te goeder trouw is opgemerkt.

De formele schaduwbestuurder neemt (in juridische zin) evenmin deel aan de besluitvorming van het formele bestuur, maar oefent daarop wel wezenlijke invloed uit. Voor het formele bestuur geldt het uitgangspunt van collegiale besluitvorming. Gaat het om een formele schaduwbestuurder niet te goeder trouw, denk bijvoorbeeld aan degene die een katvanger als formele bestuurder heeft aangesteld, dan zou op zich sprake kunnen zijn van collegiale besluitvorming, maar dan gericht op criminele activiteiten. Hoe dit ook zij, de afspraken die zij onderling hebben gemaakt over de uitoefening van de bestuurstaak zijn onzedelijk van aard. De collegialiteit zou ook kunnen ontbreken, en zal veelal ook ontbreken als mag worden aangenomen dat de katvangers hetzij niet al te snugger zijn dan wel gedwongen worden (of zich gedwongen voelen) deze rol op zich te nemen.[131] Aangezien zij gezamenlijk (collectief) verantwoordelijk zijn voor het beleid, zijn zij hoofdelijk aansprakelijk. De katvanger (de formele bestuurder) en de formele schaduwbestuurder (niet te goeder trouw) zullen overigens op grond van het leerstuk groepsaansprakelijkheid (art. 6:166 BW) in de regel hoofdelijk aansprakelijk zijn.

Maar hoe zit het met de formele schaduwbestuurder te goeder trouw? Denk aan de principaal die afspraken met de trustbestuurder heeft gemaakt. Het gaat hier in de kern om een normale cliënt-dienstverlener relatie, waarbij in de regel sprake zal zijn van onderling respect en de wil om (tegen betaling) samen te werken. Als contractuele afspraken worden gemaakt over de wijze waarop invulling aan de bestuursfunctie wordt gegeven, zal in zoverre sprake zijn van gelijkwaardigheid. Ik zou dan ook willen aannemen dat het collegialiteitsbeginsel van toepassing is, en daarin een rechtvaardiging kan worden gevonden voor het feit dat de gezamenlijke verantwoordelijkheid in het geval van faillissement leidt tot hoofdelijke aansprakelijkheid. Als

131 Terzijde merk ik op dat een constructie met een katvanger per definitie ook moet worden gezien als een schending of ten minste een onwettige en onrechtmatige inperking van de bestuursautonomie.

twee personen gezamenlijk verantwoordelijkheid zijn voor naleving van de gedragsnorm (dat behoorlijk moet worden bestuurd) dan dragen zij ook gezamenlijk de gevolgen van de schending daarvan (los van eventuele mogelijkheden tot disculpatie).

De titulaire quasi-bestuurder functioneert onder verantwoordelijkheid van het formele bestuur en neemt formeel niet deel aan de besluitvorming binnen het bestuur. Uiteraard is niet uitgesloten dat hij aan de beraadslagingen van het bestuur deelneemt, maar zelfs als hij zou meestemmen, heeft zijn stem niet te gelden als een stem van een formele bestuurder. Hij oefent echter zijn taak zodanig uit dat hij het beleid van de rechtspersoon in belangrijke mate (mede) bepaalt. Het formele bestuur en de titulaire quasi-bestuurder dragen daarvoor gezamenlijk de verantwoordelijkheid. De aard van de verhouding brengt mee dat collegialiteit daarbij het uitgangspunt is. De schending van de norm om behoorlijk te besturen leidt bij faillissement dan ook tot hoofdelijke aansprakelijkheid. Schending van die norm jegens een derde leidt enkel tot persoonlijke aansprakelijkheid. Dat ligt immers besloten in de wijze waarop het leerstuk onrechtmatige daad wordt toegepast.

In het geval van een ExCo zouden de leden die geen deel uitmaken van het formele bestuur, wel als (mede)beleidsbepalers kunnen functioneren en dus als quasi-bestuurders worden aangemerkt. In een zodanig georganiseerd ExCo bepalen beide soorten leden gezamenlijk de uitkomst van de besluitvorming.[132] Gesteld kan zelfs worden dat het doel van een dergelijk ExCo collegialiteit en een gezamenlijke verantwoordelijkheid veronderstelt. De gezamenlijke verantwoordelijkheid voor het beleid is een rechtvaardiging voor de hoofdelijke aansprakelijkheid van de quasi-bestuurders als de rechtspersoon failliet gaat. Zie nader par. 5.2.

Voor formele bestuurders geldt dus dat de collegiale verantwoordelijkheid (intern, dus jegens de rechtspersoon) in beginsel hoofdelijke aansprakelijkheid meebrengt (art. 2:9 lid 2 BW; art. 2:14 lid 4 BWC). Die hoofdelijke aansprakelijkheid is – mijns inziens om dezelfde reden – ook aan de orde als de rechtspersoon failliet is verklaard (art. 2:138/248 lid 1 BW; art. 2:16 lid 1 BWC). Dat laatste geldt – wederom: om dezelfde reden – ook voor alle categorieën quasi-bestuurders. In alle gevallen kan het collegialiteitsbeginsel dienen als rechtvaardiging voor de hoofdelijke aansprakelijkheid. Gaat het om aansprakelijkheid van een formele bestuurder of quasi-bestuurder jegens een derde dan speelt het collegialiteitsbeginsel geen rol en is, in beginsel, evenmin sprake van hoofdelijke aansprakelijkheid.[133]

In mijn benadering geldt het collegialiteitsbeginsel voor het besturen van een rechtspersoon en niet enkel voor het orgaan bestuur waarvan alleen formele bestuurders deel uitmaken. Daarbij maakt het dus niet uit of de betrokken persoon in overeenstemming met de wet en de statuten rechtsgeldig tot statutaire bestuur-

132 Degenen die als (principieel) uitgangspunt hanteren dat het manoeuvreren binnen (wettelijk, statutair, reglementair en/of contractueel) gegeven bevoegdheden (per definitie) niet kan leiden tot een kwalificatie als (mede)beleidsbepaler, zullen tot een andere analyse komen wat betreft de niet-statutaire leden van een ExCo. Vgl. Van Nuland (2021), nr. 4.2.3.1.

133 Onder omstandigheden is groepsaansprakelijkheid op grond van art. 6:166 BW denkbaar.

der is benoemd. Die vereiste collegialiteit geldt vanzelfsprekend binnen het orgaan bestuur, maar het uitgangspunt dient in mijn benadering ook door quasi-bestuurders in acht te worden genomen. Van het formele bestuur kan uiteraard geen collegialiteit worden gevergd jegens personen die eigenmachtig de bestuursautonomie aantasten. Maar in relatie tot formele schaduwbestuurders te goeder trouw (denk aan principaal in relatie tot de trustbestuurder) zou het bestuur dat beginsel wel behoren na te leven: door de gemaakte afspraken hebben zij het besturen van de rechtspersoon immers tot een gezamenlijke verantwoordelijkheid gemaakt.

4.9 De hoge drempel voor aansprakelijkheid

Met de 'hoge drempel' wordt kernachtig uitgedrukt 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 bestuurssfeer. De hoge drempel is door de Hoge Raad voor het eerst gehanteerd in het arrest Staleman/Van de Ven.[134] Het is niet mijn bedoeling de hoge drempel ten principale ter discussie te stellen. Dat heeft Westenbroek reeds uitvoerig gedaan in zijn proefschrift.[135] Het is evenmin mijn bedoeling hier de discussie met Westenbroek aan te gaan. Met die hoge drempel voor aansprakelijkheid heb ik op zichzelf geen moeite, los van de vraag of en hoe die in de wet moet worden verwoord. Eén van de redenen om voor bepaalde activiteiten een rechtspersoon in het leven te roepen is de beperkte aansprakelijkheid van bestuurders, commissarissen, leden en aandeelhouders. Daarbij hoort naar mijn mening dat zij niet te snel persoonlijk aansprakelijk moeten kunnen worden gehouden voor hun doen en nalaten. Criteria als 'ernstig verwijt', 'ernstig persoonlijk verwijt' en 'kennelijk onbehoorlijk bestuur' zie ik primair als een signaal voor de tot oordelen geroepen rechter om niet te snel tot het oordeel aansprakelijkheid te komen, maar zich ervan bewust te zijn dat het besturen van een rechtspersoon, en in het bijzonder ondernemen, het nemen van risico's inhoudt, dat beleidsbeslissingen vaak onder moeilijke omstandigheden en grote druk tot stand komen, dat soms onbetwist een verkeerde inschatting wordt gemaakt, en meer van dergelijke omstandigheden.[136]

De vraag is of het hanteren van de hoge drempel wat betreft de aansprakelijkheid van quasi-bestuurders in alle gevallen gerechtvaardigd is. Waarom zou degene die zonder als zodanig te zijn benoemd, maar te goeder trouw op de stoel van de bestuurder plaatsneemt, gelijk moeten worden behandeld als degene die zonder enige juridische basis of rechtvaardiging op die stoel plaatsneemt? Daar staat tegenover dat het lastig is te bepalen wat die hoge drempel nou precies inhoudt. Is het een 'waar-

134 HR 10 januari 1997, *NJ* 1997/360 m.nt. Maeijer; *JOR* 1997/29, en Rechtspraakbundel (2020), nr. 2 (*Staleman/Van de Ven*). Zie ook Westenbroek (2017), nr. 1.2.1.

135 Westenbroek (2017). Assink/Slager, nr. 51 gaat ook uitvoerig in op deze maatstaf met knelpunten.

136 Vgl. de conclusie van A-G Huydekoper d.d. 9 januari 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BG9909.

schuwing' aan de rechter om bedacht te zijn op hindsight bias of houdt de drempel in dat de norm waaraan wordt getoetst strenger is dan wanneer het bijvoorbeeld gaat om een 'gewone' onrechtmatige daad. Daarover wordt in de literatuur stevig gediscussieerd. Waar het mij om gaat is dat een daad die evident niet door de beugel kan, de pleger daarvan eerder en ernstiger mag worden aangerekend indien ook de intentie niet door de beugel kan, ofwel sprake is van kwade trouw. Aan de hoge drempel als zodanig zou ik dan ook niet willen tornen, maar de quasi-bestuurder te kwader trouw – die bewust de (wettelijk en statutair bepaalde) bestuursautonomie negeert – zal er in mijn benadering rekening mee moeten houden dat hem een beroep op de hoge drempel wordt ontzegd,[137] en dat hem sowieso eerder dan een formele bestuurder een ernstig (persoonlijk) verwijt kan treffen. Naar mijn idee zou het de zuiverheid ten goede komen als in een rechterlijke uitspraak (ook) wordt aangegeven als de quasi-bestuurder een beroep op de hoge drempel uitdrukkelijk wordt ontzegd, en op grond waarvan. Dat hij ook in dit opzicht niet behoort te profiteren van zijn eigen onrechtmatige daad verdient een expliciete overweging.

4.10 De quasi-bestuurder en toerekening van kennis en handelingen

In dit onderzoek staan de aansprakelijkheid en de verplichtingen van quasi-bestuurders centraal. Het gaat in dit onderzoek niet primair om de toerekening van kennis van de quasi-bestuurder aan de rechtspersoon of omgekeerd. Aan het onderwerp wordt desondanks enige aandacht besteed, omdat aan het leerstuk toerekening aspecten zijn verbonden die ook voor deze studie relevant zijn.[138] Het gaat in deze paragraaf om de feitelijke bestuurder. De toerekening van kennis is hier immers primair van belang voor het onderwerp aansprakelijkheid, en dan in het bijzonder jegens derden. Uiteraard kunnen zich ook in het kader van een geschil tussen de rechtspersoon en

137 Ik herhaal hier voor de zekerheid nog een keer dat de kwade trouw als hier bedoeld ziet op het bewust negeren, meer in het bijzonder schenden van de wettelijk en statutair vastgelegde bestuursautonomie. Van andere orde, en buiten het bestek van dit onderzoek, valt bijvoorbeeld de vraag of de frauderende (dus in die zin te kwader trouw zijnde) formele bestuurder in beginsel aanspraak op toepassing van de hoge drempel zou moeten kunnen maken.

138 Toerekening van kennis heeft een relatief en geen absoluut karakter. Het gaat steeds om de relevante rechtsverhouding. Vgl. HR 11 september 2020, *JOR* 2020/250 m.nt. Stokkermans (*Treston Insurance Company/HDI-Gerling Verzekeringen*). In deze zaak werd overwogen dat Treston met het oog op eigen financieel voordeel eraan heeft meegewerkt dat (de niet geconflicteerde leden van) de Raad van Bestuur en de RvC van HDI onkundig werden gehouden van de belangenverstrengeling van de drie betrokken functionarissen en hun persoonlijke financiële belangen bij de herverzekeringsconstructie, en dat het handelen van Treston aldus erop gericht was te voorkomen dat HDI rechtsmaatregelen tegen haar (en de drie betrokken functionarissen) zou treffen. Dat kan volgens de Hoge Raad de conclusie dragen dat *in de verhouding* (onderstreping toegevoegd – KF) tussen HDI en Treston de wetenschap van de drie betrokken functionarissen in het maatschappelijk verkeer niet heeft te gelden als wetenschap van HDI en daarmee ook het oordeel dat de verjaringstermijn van de rechtsvordering tegen Treston niet is aangevangen.

de quasi-bestuurder vragen van kennis(toerekening) voordoen, maar die blijven hier buiten beschouwing.[139]

De Hoge Raad[140] overwoog in het arrest *Resort of the World/Maple Leaf*, een zaak naar het recht van Sint Maarten, wat betreft de toerekening van kennis, dat voor het antwoord op de vraag onder welke omstandigheden een onrechtmatig handelen of nalaten van personen door wie de rechtspersoon aan het rechtsverkeer deelneemt, als eigen onrechtmatig handelen aan een rechtspersoon kan worden toegerekend, beslissend is of dat handelen of nalaten in het maatschappelijk verkeer heeft te gelden als handelen of nalaten van de rechtspersoon zelf.[141] Dat geldt voor gedragingen van een bestuurder, maar de formele hoedanigheid van de handelende persoon is niet beslissend voor de toerekeningsvraag. Indien iemand de volledige zeggenschap over de rechtspersoon heeft, ook in de periodes dat hij geen bestuurder is,[142] is in beginsel aan de aan te leggen maatstaf voldaan. Dat het hier om een aansprakelijkheidskwestie gaat, doet daaraan volgens de Hoge Raad niet af.[143] Denkbaar is dat ook in gevallen waarin niet sprake is van volledige zeggenschap, maar bijvoorbeeld wel in belangrijke mate invloed op het beleid of op specifieke transacties wordt uitgeoefend, de omstandigheden van het geval meebrengen dat kennis aan de rechtspersoon moet

139 Katan (2017), nr. 533 merkt in dat verband op dat in de relatie tussen de rechtspersoon en de feitelijke bestuurder, de kennis van de feitelijke bestuurder niet aan de rechtspersoon behoort te worden toegerekend. In de casus waaraan zij refereert was een feitelijke bestuurder van een Nederlandse BV persoonlijk failliet verklaard, maar factureerde hij voor zijn aan de BV verleende diensten via een Belgische vennootschap. Zou de BV, die met succes door de curator van de feitelijke bestuurder aansprakelijk was gesteld, regres nemen op de feitelijke bestuurder, dan zou volgens haar aan die feitelijke bestuurder niet het verweer moeten toekomen dat de BV wist van zijn persoonlijk faillissement en dus geacht kon worden te hebben ingestemd met het 'omleiden' van de gelden. In deze casus deel ik haar mening, maar overigens zou de beantwoording van de vraag wat mij betreft van de feiten en omstandigheden dienen af te hangen. Zie ook r.o. 5.13 van Rb Rotterdam 5 juni 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:4502 (*Arcus/X*): in dit geval van fraude, waarin gedaagde degene is die (volgens de stellingen van de vennootschap/eiseres) de schade heeft veroorzaakt, terwijl hij de enige statutaire bestuurder was van de vennootschap, kan de wetenschap bij gedaagde van zijn eigen foutief handelen in het kader van de vraag naar de aanvang van de verjaring redelijkerwijs niet aan de vennootschap worden toegerekend. Als het om een quasi-bestuurder zou gaan geldt mijns inziens hetzelfde.

140 HR 7 oktober 2016, *JOR* 2016/325 m.nt. Katan; Rechtspraakbundel (2020), nr. 28 (*Resort of the World/Maple Leaf*). Zie daarover Katan (2017), nr. 259; Frielink (2017b), nr. 4.6.4.; Bakker (2017); en Bartman/Dorresteijn/Olaerts (2020), nr. 8.5.2.

141 Daarbij verwijzend naar HR 6 april 1979, *NJ* 1980/34 m.nt. Brunner (*Kleuterschool Babbel*). Zie ook Van Nuland (2021), nr. 5.2.3.2.2.

142 In de aan de Hoge Raad voorgelegde zaak was de betrokkene tevens de 'ultimate beneficiary' van de rechtspersoon. Dat betekent dat de betrokkene ook financieel profiteerde van het onrechtmatige handelen van die rechtspersoon. Voor het toerekeningsvraagstuk in het kader van die casus lijkt mij in beginsel alleen het criterium 'volledige zeggenschap' van wezenlijke betekenis.

143 De Hoge Raad verwijst in dat verband naar HR 11 november 2005, *JOR* 2006/90 (*Ontvanger/Voorsluijs*). Volgens de Hoge Raad dient bij toerekening van kennis terughoudendheid te worden betracht wanneer die wordt bepleit in het kader van aansprakelijkheid jegens derden, omdat het in het aansprakelijkheidsrecht geldende uitgangspunt is dat ieder in beginsel alleen voor zijn eigen daden en nalatigheden aansprakelijk is, behoudens welomschreven, op de wet gebaseerde, uitzonderingen.

worden toegerekend. In dit verband kan met name aan de quasi-bestuurder worden gedacht die mede het beleid bepaalt. Verder moet worden bedacht dat het hier niet gaat om toerekening van kennis aan een rechtspersoon van iemand die 'buiten' de rechtspersoon staat, in welk verband terughoudendheid voor de hand ligt, maar juist om iemand die tot (de organisatie van) de rechtspersoon behoort, namelijk daarover ook volledige zeggenschap uitoefende toen hij geen bestuurder was. Degene die volledige zeggenschap over de rechtspersoon heeft, maar geen statutaire bestuurder is, is een quasi-bestuurder.

De kennis van de quasi-bestuurder (in dit geval de feitelijke bestuurder) geldt in het maatschappelijk verkeer dus (in beginsel) onder dezelfde omstandigheden als kennis van de rechtspersoon als de kennis van de formele bestuurder.[144] De Valk[145] merkt op dat het handelen of nalaten soms óók een onrechtmatig handelen of nalaten (in hoedanigheid) van een functionaris van de rechtspersoon kan zijn, maar dat voor toerekening aan de rechtspersoon op zichzelf niet vereist is dat degene die de feitelijke handeling heeft verricht zelf óók onrechtmatig heeft gehandeld. De geschonden norm kan immers tot alleen de rechtspersoon zijn gericht; in dat geval kàn de natuurlijke persoon niet zelf onrechtmatig handelen.

Een formele bestuurder wordt geacht op de hoogte te zijn van de hoofdactiviteiten van de door hem bestuurde rechtspersoon en is redelijkerwijs gehouden maatregelen te nemen, bijvoorbeeld om te voorkomen dat de hoofdactiviteiten in strijd zijn met de wet.[146] Dat betekent onder meer dat de rechtspersoon zodanig moet zijn georganiseerd dat de voor de formele bestuurder relevante feiten hem ook daadwerkelijk bereiken. Naast de kennis die de bestuurder heeft is (dus) relevant welke kennis hij *behoort* te hebben.[147] Gaat het om de (mogelijke) aansprakelijkheid van de rechtspersoon jegens derden, dan moet worden aangenomen dat die derde de rechtspersoon doorgaans als een eenheid zal beschouwen en mogen beschouwen.[148] Voor die derde is veelal niet duidelijk wie binnen de rechtspersoon welke taak en verantwoordelijkheid heeft. De derde mag er onder die omstandigheden op vertrouwen dat relevante informatie binnen de rechtspersoon voldoende wordt gedeeld. Anders gezegd: de daad van een functionaris van een rechtspersoon zal doorgaans niet worden opgevat

144 Katan (2017), nr. 259.

145 De Valk (2009), nr. 2.3.1.

146 Vgl. r.o. 8.3 College van Beroep voor het bedrijfsleven 7 maart 2016, *JOR* 2016/131 m.nt. Bierman (*Stichting Vastgoedbelang/DNB*).

147 Katan (2017), nr. 41 en 254. In nr. 331 heeft zij het over een organisatieplicht (of organisatiebeginsel) van rechtspersonen. Daaronder verstaat zij de gehoudenheid van de rechtspersoon om de interne communicatie en de opslag en beschikbaarheid van informatie op zodanige wijze te organiseren, dat functionarissen van de rechtspersoon bij de uitoefening van hun taken steeds in voldoende mate beschikken over de informatie die daarvoor relevant is.

148 Katan (2017), nr. 122 merkt op dat er samenloop bestaat tussen eigen handelen van de rechtspersoon en het handelen van een ondergeschikte waarvoor de rechtspersoon (op grond van art. 6:76 BW of art. 6:70 BW) aansprakelijk kan zijn. Volgens haar zullen diverse gedragingen van ondergeschikten in het maatschappelijk verkeer tevens gelden als gedragingen van de rechtspersoon zelf.

als een daad van die functionaris, maar als een eigen daad van de rechtspersoon.[149] Gaat het om een quasi-bestuurder dan kan de betrokkene door de derde zijn aangezien voor een formele bestuurder of als een functionaris als hiervoor bedoeld, zodat het handelen van de quasi-bestuurder door hem als een daad van de rechtspersoon wordt beschouwd. Het gaat hier om het gerechtvaardigd perspectief van de derde, hoe hij de rol van de quasi-bestuurder in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mocht opvatten, en niet om hetgeen in het maatschappelijk verkeer heeft te gelden.[150]

Gaat het om de (mogelijke) persoonlijke aansprakelijkheid van de formele bestuurder jegens de derde dan zal kennis van de rechtspersoon (doorgaans) kennis van de formele bestuurder zijn, al dan niet aan hem toegerekend omdat hij die kennis *behoort* te bezitten. Bij de quasi-bestuurder die door een derde persoonlijk aansprakelijk wordt gesteld, zal toerekening van kennis van de rechtspersoon aan de quasi-bestuurder (mede) afhangen van de mate waarin hij (binnen de rechtspersoon) betrokken was bij de handelingen die aan de aansprakelijkstelling ten grondslag liggen.[151]

De formele schaduwbestuurder en de feitelijke schaduwbestuurder zijn voor een derde in de regel niet als zodanig zichtbaar, zodat zich in die relatie doorgaans geen vragen van kennistoerekening zullen voordoen.

Van andere orde is de vraag naar de aansprakelijkheid van de formele bestuurders in het geval dat de rechtspersoon failliet gaat en de onbehoorlijke taakvervulling door een quasi-bestuurder een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Dient het handelen van de quasi-bestuurder aan de formele bestuurders te worden toegerekend? De vraag kan ook anders worden gesteld: dient de gelijkstelling van art. 2:138/248 lid 7 BW ook in dit omgekeerde geval te worden toegepast? Los van het feit dat het formele bestuur in de regel zal kunnen worden verweten dat het de mogelijkheid heeft gecreëerd dan wel in stand gelaten dat het handelen van een quasi-bestuurder een belangrijke oorzaak van het faillissement kon worden, dragen de formele bestuurders en de quasi-bestuurder een gezamenlijke verantwoordelijkheid wat betreft het bestuur van de rechtspersoon. Zie in dat verband wat inzake het collegialiteitsbeginsel is opgemerkt in par. 4.8. Uitgangspunt is dan ook dat de gelijkstelling van art. 2:138/248 lid 7 BW twee kanten opwerkt.[152]

Los van het geval dat een rechtspersoon failliet wordt verklaard, moet worden aangenomen dat als het formele bestuur toelaat dat een persoon feitelijk als bestuurder optreedt en het beleid bepaalt, dat bestuur per definitie medeverantwoordelijk is

149 Vgl. Katan (2017), nr. 97 en 184.

150 Vgl. Katan (2017), nr. 127. In nr. 361 gaat Katan in op de procesrechtelijke aspecten, waaronder dat de derde zijn stelling over de kennis bij de rechtspersoon voldoende zal moeten onderbouwen en dat de derde, bij een voldoende betwisting door de rechtspersoon, zijn stelling zal moeten bewijzen, in welk verband zij ook aandacht besteedt aan kennisversplintering binnen de rechtspersoon.

151 In het kader van toerekening van kennis van een functionaris aan de rechtspersoon (een omgekeerd geval dus) hanteert Katan (2017), nr. 202 als hoofdregel: "*De kennis van een functionaris mag worden toegerekend aan de rechtspersoon, indien: (a) de functionaris in kwestie voldoende betrokken is bij het aspect van de rechtsverhouding waarvoor de kennis relevant is; en (b) het tot de taak van de functionaris behoort om maatregelen te nemen naar aanleiding van die informatie.*"

152 Evenzo Van Nuland (2021), nr. 4.2.4.2.

voor het doen en laten van deze quasi-bestuurder. Dit gedogen heeft een prijs en zou kunnen leiden tot hoofdelijke aansprakelijkheid jegens de rechtspersoon. Het zou in een enquêteprocedure kunnen leiden tot het oordeel dat sprake is van wanbeleid.

4.11 Verplichtingen van quasi-bestuurders

In paragraaf 3.2.4 kwam aan de orde dat de wet voorziet in een regeling op grond waarvan op quasi-bestuurders verplichtingen kunnen komen te rusten die tot het takenpakket van het formele bestuur horen. Hierbij kan in het bijzonder worden gedacht aan de administratieplicht en de plicht jaarlijks een jaarrekening op te stellen (en in Nederland: tijdig te deponeren), gelet op het belang van deze verplichtingen als de rechtspersoon failliet wordt verklaard.[153] Verder kan worden gedacht aan de verplichting tot geheimhouding (met name wat betreft bedrijfsgevoelige informatie) en de verplichting die rust op formele bestuurders om het belang van de rechtspersoon (en de daaraan verbonden onderneming of organisatie) te dienen en dus niet (heimelijk) met de rechtspersoon in concurrentie te treden.[154] Wat dat laatste betreft wordt ook wel gesproken over het aan de rechtspersoon ontnemen van een zakelijke kans (*corporate opportunity*)[155] en over een loyaliteitsplicht.

---

153 Hof Arnhem 10 november 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BL8324 (*Atlanco/ Honoré van Schuppen q.q.*) oordeelde dat de aandeelhouder (Atlanco) van een failliet verklaarde vennootschap als feitelijke beleidsbepaler van die vennootschap op de in art. 2:248 lid 1 en 2 BW geregelde wijze verantwoordelijk is voor het niet naleven van de publicatieplicht van art. 2:394 BW en dat de aandeelhouder zich in dat verband niet kan verschuilen achter de formele bestuurder noch achter diens mogelijke nalatigheid om de reeds goedgekeurde stukken te publiceren. Zie ook de zaak besproken in par. 3.4.2 (*Janssen-Van Kesteren q.q./The 5*): een feitelijke bestuurder van een failliet verklaarde rechtspersoon, die nagenoeg de gehele bestuurstaak aan zich had getrokken, meende dat enkel de deponeringsplicht niet tot zijn 'takenpakket' behoorde, maar kon voor deze uitzondering geen (deugdelijke) verklaring geven.

154 Zie over de vraag of een aandeelhouder met de vennootschap in concurrentie mag treden Rb Midden-Nederland 1 oktober 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:4781 (*Glow in the dark*). De rechtbank overweegt (r.o. 5.22): "*Vooropgesteld wordt dat het een aandeelhouder in beginsel vrijstaat activiteiten te ontplooien die mogelijkerwijs concurreren met die van de vennootschap waarin hij aandelen houdt. Onder omstandigheden kan dit anders zijn. Bij de beoordeling is van belang dat de toetsing van feitelijk handelen van de aandeelhouder als zodanig, al dan niet buiten de algemene vergadering van aandeelhouders, is onderworpen aan de norm van artikel 2:8 BW naast de generieke onrechtmatige daadnorm van artikel 6:162 BW. Feitelijk handelen van een aandeelhouder dat niet als zodanig plaatsvindt valt, gelet op de formulering daarvan, niet onder de norm van artikel 2:8 BW (vgl. MvA II Parl. Gesch. InvW 2. p. 1087), maar wel onder die van artikel 6:162 BW.*" Zie ook Evers (2011).

155 Vgl. OK Hof Amsterdam 13 maart 2014, *JOR* 2014/125 m.nt. Schreurs en Van Driel (*Marketing People/S&R Holding*). Uit deze uitspraak blijkt dat een bestuurder van een vennootschap zijn medebestuurders adequaat dient te informeren over een 'business opportunity' (de kans voor de vennootschap een transactie aan te gaan die past bij de huidige of in de toekomst te verwachten ondernemingsactiviteiten van de vennootschap, of die op een andere manier in verband staat met de activiteiten van de vennootschap).

Op welke quasi-bestuurders rusten bestuursverplichtingen? Kunnen zij voor het nakomen van die verplichtingen aanspraak maken op een vergoeding?

4.11.1 De feitelijke bestuurder te goeder trouw

De vraag is op welk moment op een quasi-bestuurder bestuursverplichtingen komen te rusten. Gaat het om een quasi-bestuurder die te goeder trouw, maar ten onrechte, 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. De betrokkene is door iedereen als een formele bestuurder beschouwd, en heeft zichzelf ook als zodanig beschouwd, totdat (bijvoorbeeld) het gebrek in zijn benoemingsbesluit aan het licht kwam. Los van de vraag of het gebrek mogelijk wordt geheeld kan deze quasi-bestuurder zich mijns inziens enerzijds in voorkomend geval beroepen op de hoge drempel voor aansprakelijkheid, maar hoort bij zijn rol onder de gegeven omstandigheden evenzeer dat op hem de verplichtingen rusten die op een formele bestuurder rusten. Hij dient te worden behandeld als ware hij (van stonde aan) een formele bestuurder, zowel wat betreft zijn mogelijke aansprakelijkheid als wat betreft de op hem rustende verplichtingen.

In de regel zal met de hier bedoelde bestuurder (te goeder trouw) een (maandelijkse) vergoeding zijn overeengekomen. Er is geen reden om aan te nemen dat hij daarop géén aanspraak zou kunnen maken; dit betreft de contractuele en niet de organisatierechtelijke betrekking. Als feitelijke bestuurder te goeder trouw kan ook worden aangemerkt degene die in het kader van zaakwaarneming voor langere tijd de leiding over een rechtspersoon op zich neemt en mijns inziens aanspraak op een vergoeding zou moeten kunnen maken (zie par. 4.13). Het ligt voor de hand aan te nemen dat het waarnemen van het bestuur ook betekent dat op het bestuur rustende verplichtingen (zoveel mogelijk) moeten worden nagekomen. Dat geldt ook voor de administratieplicht als doorlopende verplichting.

Gaat het om een ExCo, waarvan enkele leden als quasi-bestuurders moeten 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 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. Als de administratie- en jaarrekeningplicht enkel op het formele bestuur rust en schiet dat bestuur tekort in de nakoming daarvan, dan brengt dat voor de overige leden van het ExCo mee dat de bewijsvermoedens van art. 2:138/248 lid 2 BW aan hen kunnen worden tegengeworpen. Dit ondanks het feit dat als uitgangspunt heeft te gelden dat de verplichting een deugdelijke administratie te voeren en de jaarrekeningplicht enkel op het formele bestuur rusten, en de andere leden van het ExCo in de regel ook niet de bevoegdheid zullen hebben deze taken uit te voeren. Dit gevolg van lid 7 van art. 2:138/248 BW vloeit voort uit het feit dat sprake is van collegiale besluitvorming, met daaraan gekoppeld gezamenlijke verantwoordelijkheid.

4.11.2 De feitelijke bestuurder niet te goeder trouw

De quasi-bestuurder die willens en wetens feitelijke bestuursmacht uitoefent zonder tot bestuurder te zijn benoemd en bewust de bestuursautonomie negeert, wordt hier als de feitelijke bestuurder niet te goeder trouw aangemerkt. In dit soort gevallen laat het formele bestuur de quasi-bestuurder zijn gang gaan.

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 moet 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, bijvoorbeeld een aandeelhouder.[156]

In de zaak Standard Trust/Seferina en Le Poole q.q.[157] werd een in Sint Maarten gevestigde stichting particulier fonds (SPF) formeel bestuurd door een trustkantoor. In de praktijk was het de principaal die het bestuur uitoefende, alle beslissingen nam, en waar nodig het trustkantoor opdracht gaf stukken te tekenen. De SPF had bijvoorbeeld geen bankrekening, en alle geldstromen liepen via rekeningen van de principaal. Enige tijd nadat de trustbestuurder was afgetreden werd de SPF failliet verklaard en werd het trustkantoor aansprakelijk gesteld, onder meer op grond van het feit dat er geen deugdelijke administratie was gevoerd en er geen jaarrekeningen waren opgesteld. Het verweer dat een ander (de principaal) feitelijk het bestuur voerde kon het trustkantoor (uiteraard) niet baten. De principaal was geen partij in deze procedure, zodat geen debat is gevoerd over de vraag of op hem verplichtingen rusten die op het formele bestuur rusten. Maar gezien het bijzondere feitencomplex leent deze zaak zich wel voor enkele beschouwingen hierover.

In Boek 2 BW van Sint Maarten[158] is enkel voor de NV en de BV een wettelijke regeling inzake op quasi-bestuurders rustende verplichtingen opgenomen (zie par. 3.6.5). Zou het in de zaak Standard Trust/Seferina en Le Poole q.q. niet om een SPF, maar om een NV of BV zijn gegaan, dan is gezien de feiten zonder meer verdedigbaar dat op de principaal de administratie- en jaarrekeningplicht rust. Voor het feit dat de regeling tot de NV en BV is beperkt zie ik geen goede reden. Integendeel. Het uitgangspunt van die regeling, dat een quasi-bestuurder als een formele bestuurder wordt aangemerkt, ofwel daarmee wordt gelijkgesteld, brengt mijns inziens mee dat ook per-

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

157 GHvJ (Sint 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, *Cjb* 2020/2, p. 178-201 m.nt. Frielink en Snel (*Carmanco/De Winter q.q.*).

158 Dit geldt ook voor Curaçao en de BES-eilanden. In Aruba geldt dit voor de NV en de VBA (art. 2:138/2:186 Boek 2 BW Aruba). Ook hier wordt in de hoofdtekst verwezen naar "BWC" om eenheid van verwijzing te behouden, maar de wettekst van de andere wetboeken is gelijkluidend.

sonen die zich bij een stichting structureel als bestuurder gedragen zoveel mogelijk moeten worden behandeld als ware zij formele bestuurders. Een gelijke behandeling dient mijns inziens het uitgangspunt te zijn, waarbij afwijkingen van dit beginsel een rechtvaardiging behoeven. Een quasi-bestuurder behoort ook geen profijt te trekken van zijn handelen door zich achter het formele bestuur te (kunnen) verschuilen. Degene die feitelijk (nagenoeg) het gehele bestuur aan zich trekt, en het formele bestuur in die zin terzijde schuift, aanvaardt daarmee naar mijn mening ook de bestuursplicht die rust op het formele bestuur. Die plicht omvat mede de administratie- en jaarrekeningplicht.

Als het in deze zaak om een Nederlandse stichting zou zijn gegaan dan geldt in de eerste plaats dat ten aanzien van de taakvervulling door bestuurders art. 2:138 lid 1 BW van toepassing is (art. 2:300a lid 1 BW). Dit betreft de aansprakelijkheid voor kennelijk onbehoorlijke taakvervulling in het geval van faillissement. Verder moet de vraag worden beantwoord of de stichting aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen.[159] Als dat het geval is dan is art. 2:138 lid 2 BW inzake de bewijsvermoedens van overeenkomstige toepassing (art. 2:300a lid 2 BW). Daarin is, kort gezegd, bepaald dat als niet aan de administratie- of jaarrekeningplicht is voldaan, het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. En vervolgens geldt dat voor de toepassing van art. 2:138 BW met een bestuurder wordt gelijkgesteld degene die het beleid van de stichting heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder (lid 7). Als de stichting niet aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen, dan zijn de wettelijke vermoedens niet aan de orde. Dat neemt mijns inziens niet weg dat op de principaal in genoemde zaak de verplichtingen rusten die ook op het formele bestuur rusten, en dat hem van een verzuim op dat vlak een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Met de hier bedoelde bestuurder (niet te goeder trouw) zal geen vergoeding zijn overeengekomen. De vraag is of hij, onder omstandigheden, toch aanspraak op een vergoeding zou kunnen maken. Het ‘niet te goeder trouw’ betekent niet, laat staan per definitie, dat de betrokken persoon de bestuurstaak die hij zich eigenmachtig heeft aangetrokken, ook onbehoorlijk heeft uitgevoerd. Als wel sprake is van een onbehoorlijke taakvervulling dan ligt het niet in de rede een eventuele aanspraak op een vergoeding te honoreren. In de overige gevallen dient wat mij betreft een rol te spelen op welke grond en onder welke omstandigheden de betrokkene de rol van quasi-bestuurder op zich heeft genomen, welke belangen hij in dit verband heeft gediend en welke resultaten hij heeft geboekt.

4.11.3 De titulaire quasi-bestuurder

Voor degene die enkel op grond van een overeenkomst een belangrijk of relevant deel van de bestuurstaken uitoefent (de titulaire bestuurder genoemd), zal het ant-

159 Zo niet, dan zou het ook nog kunnen gaan om een stichting 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 (art. 2:300a lid 2 onder b BW). Zie par. 2.6.3.

woord op de vraag afhangen van de inhoud van de overeenkomst en (dus ook) de mate waarin de bestuurstaak door de titulaire bestuurder wordt uitgeoefend en welke taken hij wordt geacht uit te voeren.[160] De titulaire bestuurder werkt en functioneert onder verantwoordelijkheid van het formele bestuur. Dat formele bestuur is en blijft volledig verantwoordelijk voor de nakoming van de verplichtingen die de wet en de statuten op het formele bestuur leggen, ook al zou (nagenoeg) de gehele bestuurstaak contractueel zijn uitbesteed. Wordt niet aan de administratie- en jaarrekeningplicht voldaan en de rechtspersoon failliet verklaard, dan dient de vraag zich aan of de titulaire bestuurder als quasi-bestuurder moet worden aangemerkt, in welke geval de bewijsvermoedens ook aan hem kunnen worden tegengeworpen.

Het antwoord op de vraag naar op de titulaire quasi-bestuurder rustende verplichtingen zal (mede) afhangen van zijn takenpakket. Als hij wel leiding geeft aan de organisatie, 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. Er kan verder alleen sprake zijn van een verplichting in dit verband, als ook de bevoegdheid is gegeven om de taken inzake de administratie en de jaarrekening uit te voeren.

Wat op hem rustende verplichtingen betreft kan nog worden opgemerkt dat de titulaire bestuurder die tevens werknemer van de rechtspersoon is, in strijd handelt met zijn verplichting tot goed werknemerschap als bedoeld in artikel 7:611 BW en artikel 7A:1615d BWC indien hij zijn geheimhoudingsplicht schendt of zich een corporate opportunity toeëigent.[161]

In de regel zal met de titulaire quasi-bestuurder een (maandelijkse) vergoeding zijn overeengekomen. Er is geen reden om aan te nemen dat hij daarop géén aanspraak zou kunnen maken in het geval dat hij zijn bevoegdheden overschrijdt, en zich meer bestuursmacht toeëigent dan is overeengekomen. Bij een formele bestuurder wordt de beloning in beginsel ook niet ter discussie gesteld wanneer hij zijn bevoegdheden overschrijdt.

4.11.4 De feitelijke schaduwbestuurder

De feitelijke schaduwbestuurder is iemand die het formele bestuur gebruikt (eventueel misbruikt) om zijn wil door te drukken, terwijl het bestuur zich daartegen niet kan of durft te verzetten (vanwege de druk die wordt uitgeoefend). Deze quasi-

160 Vgl. HR 23 november 2001, *JOR* 2002/4 m.nt. Blanco Fernández, *NJ* 2002/95 m.nt. Maeijer (*Mefigro/Wind q.q.*). Zie ook Schutte-Veenstra (2017) en (in kritische zin) Van Nuland (2021), nr. 4.2.4.2.1.

161 Vgl. r.o. 4.18 van Rb Midden-Nederland 19 februari 2014, *JOR* 2014/124 m.nt. Schreurs en Van Driel (*Nipparts/gedaagde*). Vgl. ook Gerecht in Eerste Aanleg Curaçao 17 oktober 2016, ECLI:NL:OGEAC:2016:101 (*Speedy Security/Gwendly*): "*Het gerecht stelt voorop dat de in art. 7A:1615d BW neergelegde verplichting van een werknemer om in het algemeen al datgene te doen en na te laten, wat een goed werknemer in gelijke omstandigheden behoort te doen en na te laten, volgens vaste rechtspraak meebrengt dat hij in beginsel tegenover zijn werkgever is gehouden tot discretie en loyaliteit.*"

bestuurder oefent feitelijk geen bestuurstaken uit. Het ligt dan ook niet voor de hand aan te nemen dat op hem bestuursverplichtingen rusten, dit nog los van het feit dat een dergelijke persoon (bijvoorbeeld een aandeelhouder), dit mogelijk slechts incidenteel doet en ten aanzien van een of enkele specifieke aangelegenheden.

Desondanks zou ik niet helemaal willen uitsluiten dat bestuursverplichtingen kunnen komen te rusten op een feitelijke schaduwbestuurder die gedurende langere tijd het formele bestuur volledig in zijn macht heeft, als gevolg waarvan het formele bestuur niet naar behoren kan functioneren en daardoor tekortschiet in het (behoorlijk) nakomen van zijn bestuursverplichtingen. Onder deze omstandigheden zou van een quasi-bestuurder kunnen worden verwacht dat hij initiatieven ontplooit zodat aan de bestuursverplichtingen wordt voldaan, bijvoorbeeld door zonodig zelf te (doen) zorgen voor het voeren van een behoorlijke administratie. Het tekortschieten door het formele bestuur zou deze quasi-bestuurder onder omstandigheden dus kunnen worden aangerekend. Niet valt in te zien op grond waarvan hij een aanspraak op een vergoeding zou kunnen maken als hij bijvoorbeeld eigenmachtig de administratie zou gaan voeren. Het hier gegeven voorbeeld heeft wellicht een theoretisch karakter, maar de casuïstische rechtspraak wat betreft bestuurdersaansprakelijkheid laat een veelheid aan 'aparte' gevallen zien, zoals bijvoorbeeld de Forexx-zaak.

4.11.5 De formele schaduwbestuurder

Tot de categorie formele schaduwbestuurders behoren het geval waarin een trustkantoor optreedt als bestuurder van een rechtspersoon waarvan de opdrachtgever de uiteindelijk gerechtigde is en die rechtspersoon (in beginsel) bestuurt overeenkomstig diens instructies, en het geval waarin iemand gebruikt maakt van een zogeheten katvanger.

In het voorbeeld van het trustkantoor is in mijn benadering de principaal wiens instructies worden opgevolgd als quasi-bestuurder aan te merken. Het is immers de principaal die materieel het beleid bepaalt, terwijl de trustbestuurder de beleidslijn van de principaal volgt. In de regel is die beleidslijn schriftelijk vastgelegd in een overeenkomst tussen de principaal enerzijds en het trustkantoor en/of de cliëntvennootschap anderzijds, maar het kan ook gaan om (een serie) ad hoc instructies. Rusten op de principaal die langdurig of structureel het beleid van de cliëntvennootschap bepaalt, de verplichtingen die op formele bestuurders rusten? Uit de door mij verdedigde gelijkstelling van de principaal met een formele bestuurder wat betreft het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid, volgt niet noodzakelijk een gelijkstelling wat betreft de op het formele bestuur rustende verplichtingen. Het formele bestuur kan zich niet onttrekken aan de verplichtingen die de wet op het 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. Aangezien hij een quasi-bestuurder is zullen hem, in het geval dat de rechtspersoon failliet gaat, wel de bewijsvermoedens kunnen worden

tegengeworpen indien het formele bestuur in de nakoming van deze verplichtingen is tekortgeschoten.

In het geval dat een rechtspersoon wordt misbruikt voor criminele doeleinden, en een stroman of katvanger als formele bestuurder wordt benoemd, zal van die criminele activiteiten waarschijnlijk geen (deugdelijke) administratie worden bijgehouden. De principiële vraag is of op de formele schaduwbestuurder niet te goeder trouw de administratie- en jaarrekeningplicht rust. Aannemende dat hij zich niet feitelijk met het bestuur van de rechtspersoon bemoeit, zal genoemde plicht niet op hem rusten. Daar zou tegenin gebracht kunnen worden dat de stroman of katvanger, die immers een groot risico loopt, veelal niet meer dan een marionet zal zijn, die ook niet over de kwaliteiten beschikt om de bestuursfunctie behoorlijk te kunnen uitoefenen, zodat die verplichtingen mede komen te rusten op de persoon die (uiteindelijk) verantwoordelijk is voor het feit dat de formele bestuurder slechts een marionet is. Tegen die benadering bestaan geen principiële bezwaren.

4.12 Instructiemacht en instructiebevoegdheid

Op grond van art. 2:129/239 lid 4 BW kunnen de statuten van een NV of BV bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen[162] van een ander orgaan[163] van de vennootschap.[164] Dat sprake is van een verplichting volgt uit de tweede zin van het artikel, namelijk dat het bestuur gehouden is de aanwijzingen op te volgen, tenzij deze in strijd zijn met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.[165] Doorgaans zal een instructiebevoegdheid worden toegekend aan de algemene vergadering. In het kader van het concernrecht is het echter veelal een (individuele) bestuurder van de moeder die instructies aan een groepsmaatschappij geeft; die bestuurder is uiteraard geen orgaan.

---

162 Onder het begrip aanwijzingen vallen ook opdrachten en concrete instructies. Zie Bartman/Dorresteijn/Olaerts (2020), nr. 4.4.3.

163 Blijkens art. 2:78a BW wordt bij toepassing van (onder andere) art. 2:129 BW onder orgaan van de vennootschap verstaan de algemene vergadering, de vergadering van houders van aandelen van een bijzondere soort, het bestuur, de raad van commissarissen en de gemeenschappelijke vergadering van het bestuur en de raad van commissarissen. In art. 2:189a BW is een nagenoeg gelijke omschrijving voor de BV opgenomen. Als sprake is van een monistisch bestuursmodel dan zijn de niet-uitvoerend bestuurders niet als een orgaan aan te merken. Zie ook Van Nuland (2021), nr. 3.6.1.; Bartman/Dorresteijn/Olaerts (2020), nr. 3.3.1.; en Kreileman (2020), nr. VI.4.5.2.

164 De bepaling die voor de NV geldt bevat een beperking, namelijk dat het bestuur zich dient te gedragen naar aanwijzingen die zien op "de algemene lijnen van het te voeren beleid" en "op nader in de statuten aangegeven terreinen". Voor dit verschil tussen de NV en de BV zie ik geen rechtvaardiging. Bartman/Dorresteijn/Olaerts (2020), nr. 3.3.1 houden strikt vast aan de wettekst. Anders Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb (2019), nr. 153 met diverse verwijzingen.

165 Een instructie kan doeloverschrijding impliceren. Daaraan wordt hier voorbij gegaan. Zie Van Nuland (2021), nr. 3.6.3.3.1. Zie over bestuursautonomie in concernverhoudingen Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb (2019), nr. 157 e.v.

Het begrip 'instructie' in de zin van opdracht, voor zover hier relevant, heeft een dwingend karakter, in die zin, dat degene aan wie de instructie wordt gegeven (in beginsel) geacht wordt die op te volgen en uit te voeren. Als een instructie wordt gegeven op basis van de statuten of op basis van een op de statuten gebaseerd reglement, dan is sprake van een instructiebevoegdheid. Als een dergelijke basis ontbreekt maar de naleving van een instructie wordt afgedwongen, dan is sprake van instructiemacht.[166] Onder instructiemacht begrijp ik ook het geval waarin sprake is van misbruik van bevoegdheid.[167] In het kader van dit onderzoek wordt alleen gekeken naar instructies die betrekking hebben op het besturen van een rechtspersoon. De instructie van een aandeelhouder aan de bij de onderneming werkzame portier om na sluitingstijd het buitenhek goed op slot te doen, valt niet in de categorie instructies als hier aan de orde. De instructie van de aandeelhouder aan het bestuur om een bepaald perceel te kopen of een bepaald interim-dividend uit te keren wel.

Maakt een aandeelhouder gebruik van een statutair vastgelegde instructie*bevoegdheid* dan wordt algemeen geleerd dat hij niet reeds op die grond als een quasi-bestuurder is aan te merken.[168] De vraag is of het bevoegdelijk geven van een instructie (onder omstandigheden) als een daad van bestuur kan worden aangemerkt, ook al wordt die in formele zin uiteindelijk geëffectueerd door het bestuur. Het antwoord op die vraag zal mijns inziens mede afhangen van de vraag of en hoeveel ruimte het bestuur heeft om de instructie niet op te volgen. Is het bestuur tot opvolging gehouden, behoudens het geval waarin de continuïteit van de onderneming of organisatie van de rechtspersoon in gevaar dreigt te komen, dan is mijns inziens sprake van beslissende invloed en staat de instructie op gelijke voet met een bestuursbesluit. Dat lijkt mij een overtuigend argument voor de stelling dat de aandeelhouder in dit voorbeeld als quasi-bestuurder is aan te merken.

Weigert het bestuur een instructie uit te voeren en oefent de aandeelhouder vervolgens disproportionele instructie*macht* uit, dan loopt hij het risico te worden aangemerkt als een persoon die het beleid van de rechtspersoon heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder.[169] Onder omstandigheden kan ook het aan het adres van het bestuur dreigen met ontslag of schorsing als disproportioneel worden aangemerkt, zelfs als dat eenmalig gebeurt. Hier is wederom sprake van beslissende

166 Vgl. HR 21 december 2001, *JOR* 2002/38 m.nt. Faber en Bartman; Rechtspraakbundel (2020), nr. 6 (*SOBI/Hurks*). Zie over deze uitspraak Van Nuland (2021), nr. 3.6.2.

167 In mijn benadering betekent misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW) dat de 'bevoegdheid' wegvalt, zodat alleen 'macht' overblijft. Zie verder Van Nuland (2021), nr. 3.6.3.3.4 (misbruik van bevoegdheid) en 3.6.3.3.5 (strijd met de openbare orde en goede zeden als bedoeld in art. 3:40 BW).

168 Schutte-Veenstra (2017) en Bartman/Dorresteijn/Olaerts (2020), nr. 8.4.3. Volgens Hanegraaf (2017), nr. 4.5.3, sluit het feit dat een moedervennootschap naar normen van formele competentie gemeten bevoegd handelt – dus binnen de haar rechtens toegekende instructiebevoegdheid blijft – geenszins uit dat sprake is van een zodanig intensieve beleidsbemoeienis dat die moeder tevens geacht wordt een (mede-)beleidsbepaler te zijn.

169 Kemp (2015), nr. 7.6.8. Zie over de feitelijke instructiemacht van een moedervennootschap Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb (2019), nr. 158 en Bartman/Dorresteijn/Olaerts (2020), nr. 3.3.3.

invloed met de wil om bepaalde bestuursdaden af te dwingen. De intensiteit waarmee van een instructie*bevoegdheid* gebruik wordt gemaakt en de aard van de instructies kunnen dus leiden tot de conclusie dat de aandeelhouder op de stoel van de bestuurder is gaan zitten.

Een instructiebevoegdheid kan beperkt en strikt zijn geformuleerd (bijvoorbeeld beperkt zijn tot enkele specifieke bestuursaangelegenheden), of juist heel algemeen en zonder (noemenswaardige) beperkingen (bijvoorbeeld in algemene zin zien op alle aangelegenheden van het bestuur). Een buitengrens van een statutaire instructiebevoegdheid is dat de taak van het bestuur en de bestuursautonomie niet mogen worden uitgehold. Een instructie die inhoudt dat het bestuur enkel tezamen met de instructiegever bestuursbesluiten mag nemen is in strijd met de wet en nietig. Wordt de bestuurstaak (incidenteel, voor kortere of langere tijd) uitgehold, of anders gezegd, wordt de bestuursautonomie (geheel of gedeeltelijk) aangetast (niet gerespecteerd), dan is sprake van beslissende invloed van een persoon die formeel geen bestuurder is, en dus van een quasi-bestuurder.

Het onjuist uitoefenen van zijn aandeelhoudersbevoegdheden of het zich anderszins (indringend) bemoeien met het beleid van de rechtspersoon kan er dus toe leiden dat een aandeelhouder als quasi-bestuurder wordt aangemerkt. De aandeelhouder die ook formeel bestuurder is kan niet (tevens) quasi-bestuurder zijn als hij bijvoorbeeld in zijn hoedanigheid van aandeelhouder de meerderheid in het bestuur onder druk zet om door hem gewenste bestuursdaden af te dwingen; als bestuurder is hij uiteraard ten volle verantwoordelijk en als aandeelhouder kan hij uit hoofde van onrechtmatig handelen aansprakelijk zijn. Is de formele bestuurder door middel van een eigen houdstermaatschappij aandeelhouder, dan kan die houdstermaatschappij wel quasi-bestuurder zijn. Als gezegd kan ook een commissaris of iemand van buiten de rechtspersoon zich als een quasi-bestuurder gedragen door instructiemacht uit te oefenen.

4.13 Zaakwaarneming

Hugo de Groot[170] omschrijft 'onderwind' (zaakwaarneming) als volgt: "*de moeite die iemand aenneemt ten opzichte van een afwezende zonder last, om zijne zaecken te verrichten*".

Een rechtspersoon kan in een positie geraken dat er geen bestuurders meer zijn. De statuten zullen veelal bepalingen bevatten op grond waarvan aan (leden van) een ander orgaan (tijdelijk) de bevoegdheid wordt verleend om de bestuurstaak waar te nemen. Degenen die deze waarneming verrichten worden dan met de formele bestuurders gelijkgesteld, ook wat betreft het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid. Het komt in de praktijk voor dat er helemaal geen leden van organen van een rechts-

170 Hugo de Groot (1965), p. 282 (III.27.1).

persoon zijn te vinden: de rechtspersoon is wellicht al jaren of decennia slapende, bestuursleden die staan ingeschreven zijn onvindbaar of overleden, en voor aandeelhouders kan hetzelfde gelden. Een dergelijke rechtspersoon is stuurloos.

In art. 2:134/244 lid 4 BW is voor de NV en de BV een regeling opgenomen over statutaire bepalingen op grond waarvan kan worden voorzien in geval van ontstentenis of belet van bestuurders.[171] Ondanks een dergelijke regeling kan zich de situatie voordoen dat de rechtspersoon stuurloos is. In art. 2:12 lid 2 BWC is voor alle Curaçaose rechtspersonen bepaald dat de statuten kunnen bepalen dat het orgaan dat een bestuurder benoemt een plaatsvervangend bestuurder kan aanwijzen, die bij ontstentenis of belet van een bestuurder diens taken waarneemt en diens bevoegdheden uitoefent. In art. 2:135a/2:235a BWC is wat Curaçaose kapitaalvennootschappen betreft voorzien in het geval dat er bij een NV of BV geen bekende aandeelhouders meer zijn. Voor dat geval bepaalt de wet dat, indien ten aanzien van een voorgenomen besluit van de algemene vergadering voor geen van de aandelen stem kan worden uitgebracht, het bestuur beslist; een kapitaalvennootschap zonder stemgerechtigde aandeelhouders wordt in dit verband materieel als een stichting beschouwd.[172] In de statuten kan een andere regeling worden opgenomen, bijvoorbeeld dat de beslissing wordt opgedragen aan een ander orgaan of een derde, op voorwaarde dat binnen een redelijke termijn een besluit tot stand komt. Indien er geen zodanige statutaire regeling is en er zijn geen bestuursleden, dan moet worden teruggevallen op het leerstuk zaakwaarneming.[173]

Alleen degene die in overeenstemming met Boek 2 BW en de statuten als zodanig rechtsgeldig is benoemd, kwalificeert als formele bestuurder van een rechtspersoon. Indien een persoon op goede gronden meent een statutaire bestuurder te zijn, terwijl achteraf bijvoorbeeld blijkt dat zijn benoemingsbesluit nietig is, dan wordt hij aangemerkt als een quasi-bestuurder. Dat roept dan de vraag op naar de grondslag van zijn (bestuurs)handelingen. De quasi-bestuurder kan worden aangemerkt als een zaakwaarnemer.[174] Als het gebrek eenmaal is ontdekt, maar het tot benoeming bevoegde orgaan enige tijd nodig heeft om dat te herstellen, en aannemende dat er geen andere bestuurders zijn, kan zaakwaarneming evenzeer als grondslag dienen voor deze quasi-bestuurder om de bestuursfunctie uit te blijven oefenen.

171 Op 1 juli 2021 is in Nederland de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen (grotendeels) in werking getreden. Die wet voorziet in voorschriften die ertoe moeten leiden dat de statuten van alle rechtspersonen bepalingen gaan bevatten over de wijze waarop in de uitoefening van taken en bevoegdheden voorlopig wordt voorzien in geval van belet of ontstentenis van alle bestuurders en van alle commissarissen. Zie daarover het themanummer 'Wbtr – Wet bestuur en toezicht rechtspersonen', *Ondernemingsrecht* 10/11 (2021).

172 Voor de toepassing van dit artikel kan met deze kwalificatie worden ingestemd. Een NV of BV is mijns inziens materieel pas (volledig) een stichting indien er ook geen houders van stemrechtloze aandelen meer zijn (te vinden).

173 Murray (2016), p. 523.

174 Van Solinge (2007), p. 219.

Het leerstuk zaakwaarneming kan in diverse gevallen uitkomst bieden, waaronder het geval waarin sprake is van een stuurloze rechtspersoon.[175] Die zaakwaarneming kan incidenteel zijn, maar ook meer langdurig of structureel, met als gevolg dat op de zaakwaarnemer (een quasi-bestuurder) verplichtingen kunnen komen te rusten die op formele bestuurders rusten. Wat betreft de categorieën quasi-bestuurders zoals in deze studie gehanteerd, heeft het onderwerp zaakwaarneming alleen betrekking op de feitelijke bestuurder. Die wordt in zoverre als te goeder trouw aangemerkt dat het door hem uitoefenen van bestuurstaken zijn grondslag vindt in de wettelijke regeling inzake zaakwaarneming, aannemende dat hij handelt overeenkomstig die regeling.

Zaakwaarneming (*negotiorum gestio*) – het waarnemen van iemands belangen – vond in het Romeinse recht haar maatschappelijke achtergrond in de vriendendienst: de plicht om – buiten de grenzen van het eigenbelang, bemoeizucht, inmenging in andermans levenssfeer en botte pottenkijkerij – een ander in geval van nood of afwezigheid hulp en bijstand te verlenen.[176] Er kon alleen sprake zijn van zaakwaarneming als er voor de zaakwaarnemer (*gestor*) geen verplichting tot de behartiging van de zaken van een ander bestond op grond van een overeenkomst (bijvoorbeeld lastgeving) of op grond van een in de wet geregelde rechtsverhouding (curator of bewindvoerder). Niet alleen het afwezig zijn, maar ook het verhinderd zijn van de belanghebbende, kon aanleiding zijn voor zaakwaarneming.[177] Om als zaakwaarnemer te kunnen worden aangemerkt moest bovendien sprake zijn van een noodzakelijke en dringende aangelegenheid. Van de zaakwaarnemer werd uiterste zorgvuldigheid verlangd: op de zaakwaarnemer rustte derhalve een zorgplicht. De zaakwaarnemer had recht op vergoeding van de door hem gemaakte kosten. Hij was aansprakelijk voor schade indien sprake was van het niet naar behoren uitvoeren van de belangenbehartiging.

De elementen van zaakwaarneming onder het Romeinse recht vinden we goeddeels terug in de huidige regeling. Zaakwaarneming is het zich willens en wetens en op redelijke grond inlaten met de behartiging van eens anders belang, zonder de bevoegdheid daartoe aan een rechtshandeling of een elders in de wet geregelde

175 Zie echter Hof Amsterdam 31 mei 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2762 (*X/Ontvanger*). In het bestuur werd tijdelijk waargenomen door de aandeelhoudster omdat er (nog) geen opvolger was. Dit had vergaande gevolgen. Blijkens de uitspraak kan de aandeelhoudster aansprakelijk worden gesteld voor de (materiële) belastingschulden die reeds bestonden ten tijde van haar aantreden als feitelijke bestuurder alsmede voor de (materiële) belastingschulden die zijn ontstaan tijdens haar (korte) bestuursperiode. Het komt in de uitspraak niet aan de orde, maar de feiten lenen zich in beginsel voor de conclusie dat mogelijk sprake was van zaakwaarneming. Volgens Van Nuland (2021), nr. 4.2.3.2 geeft het totaalbeeld van de feiten en omstandigheden zoals deze zijn vastgesteld geen aanleiding om de aandeelhoudster als beleidsbepaler aan te merken. Hoe dit ook zij, zaakwaarnemers moeten zich realiseren dat hun waarneming ook grote persoonlijke gevolgen kan hebben wat betreft aansprakelijkheid voor (bij hun 'aantreden' reeds bestaande) belastingschulden.

176 Vgl. Spruit (2003), nr. 529-533 en J.A. Crook (1967), p. 236-237. Zie over dit onderwerp ook Van Goudoever (1905); en Schrage (2017), hoofdstuk 2.

177 Van Goudoever (1905), p. 12-13.

rechtsverhouding te ontlenen, aldus art. 6:198 BW. Voor de zaakwaarnemer geldt een zorgplicht, en voor zover dit redelijkerwijs van hem kan worden verlangd, is hij gehouden de begonnen waarneming voort te zetten (art. 6:199 BW). De zaakwaarnemer heeft (in beginsel) recht op schadevergoeding en, als hij in de uitoefening van een beroep of bedrijf heeft gehandeld, recht op een redelijke vergoeding (art. 6:200 BW). Hij is bevoegd in naam van de belanghebbende rechtshandelingen te verrichten (art. 6:201 BW) en gehouden – desverzocht[178] – rekening en verantwoording af te leggen (art. 6:199 lid 2 BW).[179] De wet stelt niet de eis dat degene wiens belangen worden waargenomen daar geen weet van heeft, of althans bij de aanvang daarvan geen weet heeft.

Hier volgt een voorbeeld om een en ander nader te bespreken. Bak Ze Bruin BV heeft topbakker De Bruyn als enig aandeelhouder en bestuurder. Vrijgezel De Bruyn runt de bakkerij in zijn eentje, maar wordt onwel, raakt in een coma en wordt naar het ziekenhuis gebracht, alwaar de specialisten verwachten dat hij daar mogelijk enkele maanden moet blijven. De buurman van De Bruyn is een gepensioneerde bakker, goed bevriend met De Bruyn, die een morele plicht voelt om zijn vriend te helpen. De buurman aarzelt geen minuut en neemt de bedrijfsvoering per direct op zich om de inkomsten van de bakkerij en de continuïteit zeker te stellen. Behalve dat hij brood bakt en verkoopt, doet de buurman ook de inkoop van grondstoffen, de betalingen, de administratie, de noodzakelijke fiscale aangiften, zorgt ervoor dat een lopende rechtszaak wordt voortgezet, stuit een verjaring, en noem maar op.[180] Hij neemt dus niet alleen de plaats van De Bruyn als bakker in, maar voert tevens feitelijk het bestuur over de BV; hij is een quasi-bestuurder.

Als zaakwaarnemer is de buurman gehouden de nodige zorg te betrachten (art. 6:199 BW). En zolang hij het belang van de rechtspersoon naar behoren behartigt, is hij als zaakwaarnemer bevoegd rechtshandelingen namens de BV te verrichten. Doet hij dat niet dan is sprake van onbevoegde vertegenwoordiging (vgl. art. 3:70 juncto 3:78 BW).

---

178 De wettekst is meer dwingend van karakter: daarin is bepaald dat de zaakwaarnemer aan de belanghebbende verantwoording 'doet' afleggen van hetgeen hij heeft verricht. Naar mijn mening gaat het hier om een recht van de belanghebbende, van welk recht hij kan afzien. Vgl. Van Goudoever (1905), p. 39.

179 Vgl. HR 9 mei 2014, *NJ* 2014/251 (*Velazquez/Blaauw q.q.*), waarin wordt overwogen dat volgens vaste rechtspraak een verplichting tot het doen van rekening en verantwoording kan worden aangenomen indien tussen partijen een rechtsverhouding bestaat of heeft bestaan krachtens welke de een jegens de ander (de rechthebbende) verplicht is om zich omtrent de behoorlijkheid van enig vermogensrechtelijk beleid te verantwoorden. Een zodanige verhouding kan volgens de Hoge Raad voortvloeien uit de wet, een rechtshandeling of uit ongeschreven recht. Aan het oordeel dat op grond van ongeschreven recht een verplichting bestaat om zich te verantwoorden over de behoorlijkheid van het over het vermogen van een ander gevoerd beheer, kan volgens de Hoge Raad bijdragen dat sprake is van een rechtsverhouding die verwantschap vertoont met een of meer in de wet geregelde gevallen waarin een dergelijke verplichting is neergelegd, zoals gemeenschap, opdracht of zaakwaarneming.

180 Mogelijk dat de buurman zich ook borg stelt voor schulden van de BV. Is hij gehuwd dan heeft hij daarvoor toestemming van zijn echtgenote nodig (art. 1:88 lid 1 onder c BW).

Helaas zit het de buurman tegen, lopen de broodverkopen drastisch terug, gaat hij een verplichting aan die de BV niet na blijkt te kunnen komen, wordt hij na twee maanden door een schuldeiser persoonlijk aansprakelijk gesteld, en gaat de BV na een jaar failliet. Wat betreft de vordering van de schuldeiser is de vraag welke zorgvuldigheidsnorm in dit geval van toepassing is: die van art. 6:199 lid 1 BW of de "hoge drempel" die geldt in het kader van bestuurdersaansprakelijkheid. Bij de toepassing van het leerstuk onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) in het kader van bestuurdersaansprakelijkheid geldt, zoals we zagen, de hoge drempel.[181] Hoewel de buurman handelde op basis van zaakwaarneming, handelde hij tevens als quasi-bestuurder en is er geen goede reden te bedenken om zijn eventuele aansprakelijkheid niet dienovereenkomstig te beoordelen. Zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als quasi-bestuurder op grond van het rechtspersonenrecht is materieel gelijk aan zijn zorgplicht uit hoofde van zaakwaarneming. Aangenomen moet dan ook worden dat hij als quasi-bestuurder jegens de schuldeiser van de BV alleen dan onrechtmatig heeft gehandeld als hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening respectievelijk zijn zorgplicht, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt.

De buurman wordt ook door de curator aansprakelijk gesteld. Wat die vordering betreft geldt evenzeer dat het doen en laten van de buurman moet worden beoordeeld als ware hij een formele bestuurder, en hij dus alleen aansprakelijk is als hij zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement, ervan uitgaande dat de bewijsvermoedens hier geen rol spelen. Als 'verzachtende' omstandigheid kan in beide gevallen wellicht door de buurman met succes worden aangevoerd dat hij 'op stel en sprong' deze rol op zich heeft genomen, en niet beschikte over de kennis en ervaring van de heer De Bruyn, zodat hij niet in alle gevallen (tijdig) kon voorzien wat de (mogelijke) gevolgen van zijn handelen zouden zijn.

De buurman die als quasi-bestuurder van de BV moet worden aangemerkt, heeft op grond van de wet alleen recht op een vergoeding indien hij handelde in de uitoefening van een beroep of bedrijf. De buurman was echter gepensioneerd en voldoet niet aan dit wettelijke criterium. Dan resteert, althans op grond van art. 6:200 BW, de vraag of de buurman schade heeft geleden, die voor vergoeding in aanmerking komt. De buurman heeft in ons voorbeeld enkel vrije tijd opgeofferd om de bakkerij draaiende te houden. Het zou desondanks redelijk zijn als hij aanspraak kan maken op een redelijke vergoeding. Dat de BV in dit voorbeeld uiteindelijk failliet is gegaan, laten we hier verder buiten beschouwing.

Een vraag van andere aard die in het kader van het voorbeeld kan worden gesteld, is of de buurman niet alleen naar buiten toe (extern) de zaken van de BV kan waarnemen op basis van zaakwaarneming, maar of hij dat ook intern kan, ofwel of hij

181 Vgl. HR 8 december 2006, *NJ* 2006/659 en *JOR* 2007/38 (*Ontvanger/Roelofsen*) en Timmerman (2017), p. 34.

de heer De Bruyn in zijn diverse hoedanigheden (die van bestuurder en die van aandeelhouder) kan waarnemen waar het interne aangelegenheden betreft.[182] Denk in dit verband aan het vaststellen van de jaarrekening, het nemen van een dividendbesluit en dergelijke. Als voldaan is aan de voorwaarden voor zaakwaarneming, met name ook aan het noodzakelijkheidsvereiste, zou ik de vraag bevestigend willen beantwoorden. Ligt het primair op de weg van de formele bestuurder om een algemene vergadering bijeen te roepen, dan kan de buurman dat in dit geval als quasi-bestuurder doen. Van Solinge constateert dat in de literatuur en rechtspraak vertegenwoordiging door zaakwaarneming ook voor mogelijk wordt gehouden voor rechtshandelingen van rechtspersonenrechtelijke aard.

Van Solinge[183] noemt in zijn bespreking van het leerstuk zaakwaarneming het geval van een patstelling binnen het bestuur van een vennootschap over de vraag of een verzoek tot het houden van een enquête zal worden ingediend bij de OK naar de gang van zaken bij een dochtervennootschap. Aangezien niet rechtsgeldig tot het indienen van een dergelijk verzoek kan worden besloten, zou de bestuurder die desondanks namens de vennootschap een dergelijk verzoek indient, als zaakwaarnemer kunnen worden aangemerkt.

In een enquêteprocedure in Curaçao is het verweer gevoerd dat verzoekers niet-ontvankelijk dienen te worden verklaard in hun verzoeken, omdat er geen geldige bestuursbesluiten tot indiening van de verzoeken genomen zijn. Het Gemeenschappelijk Hof[184] overweegt, samengevat, dat naar het recht van Curaçao de bestuursbevoegdheid en de vertegenwoordigingsbevoegdheid van een bestuurder aldus is beperkt dat hij in het algemeen niet bevoegd is tegen de kennelijke wil van de andere bestuurder de rechtspersoon te besturen of te vertegenwoordigen, en dat hij ook niet bevoegd is om tegen de wil van de andere bestuurder namens de rechtspersoon een enquêteverzoek in te (laten) dienen. Het beroep op zaakwaarneming in de zin van art. 6:198 BW wordt afgewezen. Het hof overweegt dat de omstandigheid dat één van de twee bestuurders tegen de indiening van het verzoek is, een zwaarwegende aanwijzing is dat niet sprake is van een "redelijke grond" als bedoeld in genoemde wetsbepaling. Uitzonderlijke omstandigheden die het oordeel kunnen dragen dat desondanks sprake is van belangenbehartiging die kan gelden als zaakwaarneming, zijn volgens het hof gesteld noch gebleken.[185]

182 Vgl. Van Solinge (2007), p. 217-220. Zie ook Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb (2019), nr. 31 en 67; en Assink/Slagter (2013), nr. 18.2 (p. 368 e.v.)

183 Van Solinge (2007), p. 216.

184 GHvJ (Curaçao) 12 december 2017, ECLI:NL:OGHACMB:2017:147, *ARO* 2018/65 (*Omcar/Le Rouge*).

185 Met ingang van 1 januari 2021 is het ook in Curaçao mogelijk gemaakt dat de rechtspersoon zelf een enquêteverzoek indient (art. 2:272 lid 2 onder e BWC). Een door de rechtspersoon zelf in te dienen verzoek kan slechts worden gedaan krachtens een besluit van het bestuur of, zo dat er is, het toezichthoudend orgaan. Daarbij of in een later stadium kan door hetzelfde orgaan ter zake van de aan te spannen of aangespannen procedure een bijzondere vertegenwoordiger worden aangewezen (art. 2:273 lid 2 BWC). In Sint Maarten bestaat deze mogelijkheid sinds 20 november 2019. In Aruba is een met Curaçao vergelijkbaar enquêterecht ingevoerd op 1 januari 2021. De BES-eilanden hebben geen vergelijkbare regeling.

Het oordeel is mogelijk (mede) ingegeven door het feit dat er mogelijkheden openstonden om de impasse te doorbreken. In zijn algemeenheid lijkt mij verdedigbaar dat juist bij een impasse op bestuursniveau, een beroep op zaakwaarneming niet te snel dient te worden afgewezen. Het enquêterecht is immers hét instrument bij uitstek om een impasse te doorbreken. Dat geldt wat mij betreft evenzeer in het geval dat een rechtspersoon in het geheel geen bestuur heeft: in een dergelijk geval kan juist zaakwaarneming uitkomst bieden. Uiteraard moet er wel sprake zijn van een voldoende belang, wellicht in de zin van noodzaak, om langs deze weg rechterlijk ingrijpen mogelijk te maken. Zaakwaarneming is geen vrijbrief voor toegang tot de rechter.

Het feit dat iemand op goede gronden, maar eigenmachtig, de taak van het bestuur van een rechtspersoon als zaakwaarnemer overneemt, kan bij het vaststellen van diens aansprakelijkheid als een verzachtende omstandigheid gelden.[186] Deze zaakwaarnemer handelt immers niet (laat staan primair) met het oog op het behartigen van zijn eigen belang, al is niet uitgesloten dat hij tevens zijn eigen belang behartigt. Degene die alleen zijn eigen belang behartigt, bijvoorbeeld door hetgeen de rechtspersoon in kwestie aan hem is verschuldigd te betalen, kan niet als een zaakwaarnemer worden aangemerkt.[187] In laatstgenoemd geval zal de betrokkene wel als een quasi-bestuurder kunnen worden aangemerkt, maar zal het feit dat hij eigenmachtig is opgetreden om enkel zijn eigen belang te dienen als verzwarende omstandigheid gelden.[188]

4.14 Mijn benadering van het fenomeen quasi-bestuurder

Wat kunnen we aan het eind van dit hoofdstuk zeggen over de vraagstelling van dit onderzoek? In dit hoofdstuk stond in de kern de fundamentele vraag centraal hoe het fenomeen quasi-bestuurder bekeken en beoordeeld kan worden als de beginselen waarop het rechtssysteem is gebouwd (de grondslagen) in ogenschouw worden genomen. Daarbij is eerst gekeken naar het Romeinse recht, en is een selectie gemaakt van beginselen die destijds een belangrijke rol speelden en dat door de eeuwen heen zijn blijven doen, en relevant leken te zijn voor mijn onderzoek. Deze beginselen zijn, in mijn formulering:[189]

(i) personen zijn (in beginsel) aansprakelijk voor hun eigen doen en laten;
(ii) wat betreft goederen die aan een ander toebehoren moet dezelfde zorgvuldigheid in acht worden genomen die men ten aanzien van eigen goederen in acht

186 Murray (2016), p. 523.
187 Murray (2016), p. 1508.
188 Murray (2016), p. 525.
189 Voor de zekerheid verwijs ik nog naar hetgeen ik in par. 1.2 over het gelijkheidsbeginsel heb opgemerkt. In de context van deze studie betreft dat een norm voor de wetgever en daarmee voor de tot oordelen geroepen rechter bij de toepassing van rechtsregels.

pleegt te nemen (bijvoorbeeld bij de *societas* of bij bewind). Het gaat hier niet om een subjectief, maar om een geobjectiveerd beginsel. In dit verband wordt over een zorgplicht gesproken;

(iii) een persoon behoort niet te profiteren van zijn eigen onrechtmatige handelen.

Als vanuit deze beginselen naar het fenomeen quasi-bestuurder wordt gekeken, dan is het vanzelfsprekend dat de betrokken persoon zelf verantwoordelijk en aansprakelijk is voor zijn doen en laten (beginsel 1).

De zorgplicht geldt in mijn benadering voor de feitelijke bestuurders (waaronder de titulaire quasi-bestuurder), omdat zij actief, dus zelf bestuursdaden verrichten (zonder de 'zeef' van het formele bestuur dat een eigen afweging maakt) en zich als bestuurder gedragen (beginsel 2). Daaraan voeg ik toe dat de interne gedragsnorm die op formele bestuurders op grond van art. 2:9 lid 1 BW (art. 2:14 lid 1 BWC) van toepassing is, materieel gelijk is aan de norm voor aansprakelijkheid als vastgelegd in art. 2:138/248 BW (art. 2:16 BWC), althans dat schending van laatstgenoemde norm per definitie een schending van de interne norm oplevert. De ernstig verwijt-maatstaf die in dat verband wordt gehanteerd wanneer het doen en laten van de bestuurder in die hoedanigheid wordt beoordeeld, wordt ook toegepast wanneer het gaat om een onrechtmatige daad in de zin van art. 6:162 BW. In mijn benadering geldt de zorgplicht ook voor alle schaduwbestuurders. Zij bepalen indirect welk beleid wordt vastgesteld of welke bestuursdaden worden verricht. In die zin zijn ook zij actief bij het bestuur van de rechtspersoon betrokken en dragen daarvoor (mede)verantwoordelijkheid.

De bestuurstaak rust op grond van Boek 2 BW op het formele bestuur, en voor dat bestuur geldt de bestuursnorm, namelijk dat behoorlijk dient te worden bestuurd, en ten aanzien van dat orgaan geldt het beginsel van collegialiteit, op grond waarvan sprake is van gezamenlijke verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid. Het kenmerk van quasi-bestuurders is dat zij beslissende invloed op het beleid (de beleidsbepaling) uitoefenen (met de macht en wil om dat te doen), en bestuursdaden (kunnen doen) verrichten, zij het dat zij niet behoren tot het formele bestuur. Het ligt dan ook in de rede om het voor het formele bestuur bestaande toetsingskader in beginsel op alle quasi-bestuurders van toepassing te achten.

Dat een quasi-bestuurder in voorkomend geval op grond van de wet met een formele bestuurder wordt gelijkgesteld, gaat in mijn opvatting niet zover dat hij daarom ook in alle gevallen aanspraak zou moeten kunnen maken op de hoge drempel, zijnde de ernstig verwijt-maatstaf (beginsel 3). Het lijkt mij maatschappelijk gezien onwenselijk als een quasi-bestuurder die niet te goeder trouw is (dus bewust de bestuursautonomie schendt) zich op deze 'extra' bescherming zou mogen beroepen. De twee gevallen verschillen zodanig van elkaar dat een gelijke behandeling (op grond van het gelijkheidsbeginsel) niet voor de hand ligt. Overigens zal, in het geval dat het bestuurshandelen van een formele bestuurder wordt getoetst, en sprake blijkt te zijn van opzet of grove schuld, de ernstig verwijt-maatstaf hem niet baten.

Een persoon kan enkel bestuurder in de zin van Boek 2 BW zijn, dus lid van het orgaan bestuur, als hij in overeenstemming met de wet en de statuten rechtsgeldig

is benoemd. Verder is er de categorie personen bedoeld in art. 2:134/244 lid 4 BW, die in het geval van ontstentenis of belet van bestuurders op grond van een statutaire regeling zijn aangewezen tot het verrichten van bestuursdaden, en alsdan voor wat deze bestuursdaden betreft met een bestuurder worden gelijkgesteld (par. 3.2.3). Ten slotte kan in het kader van een enquêteprocedure als voorlopige voorziening, maar eventueel ook in kort geding, een tijdelijke bestuurder worden benoemd. Daarmee wordt helderheid verschaft, bijvoorbeeld wat betreft de vraag wie in de zin van de wet bevoegd zijn de rechtspersoon te vertegenwoordigen. De andere categorie personen die, direct of indirect, bestuursmacht uitoefent (of doet uitoefenen) bestaat uit feitelijke bestuurders en schaduwbestuurders. Van hen staat vast dat zij geen deel uitmaken van het orgaan bestuur en derhalve niet uit dien hoofde bevoegd zijn de rechtspersoon te vertegenwoordigen. Het kan hierbij gaan om personen die geheel eigenmachtig handelen, op basis van een overeenkomst dan wel op basis van zaakwaarneming.

Wat betreft de toepassing van het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid staat vast, per definitie, dat het van toepassing is op formele bestuurders. In lijn met de heersende leer (en mogelijk in navolging van de minister, die daarover niet heel helder is) verdedigen onder meer Schutte-Veenstra, Van Nuland en Bartman/Dorresteijn/Olaerts, zoals we zagen (par. 3.2.1 en 4.7.7), dat het uitoefenen van een sterke of beslissende invloed op het beleid van het bestuur niet voldoende is om als quasi-bestuurder te worden aangemerkt, en evenmin het hebben van een zodanige machtspositie dat iemand het beleid kan bepalen. Het (enkel) hebben van een zodanige machtspositie dat iemand het beleid zou *kunnen* bepalen, lijkt mij in zijn algemeenheid inderdaad onvoldoende om die persoon als quasi-bestuurder aan te merken. Zoals we bij de bespreking van het concernrecht hebben gezien, kan het niet aanwenden van die machtspositie onder omstandigheden onzorgvuldig en onrechtmatig zijn, en leiden tot aansprakelijkheid. De betrokken persoon (de moeder van het concern) had zich kunnen en moeten gedragen als quasi-bestuurder, maar heeft dat nagelaten. Bij de beoordeling van de aansprakelijkheid zou wat mij betreft de ernstig verwijt-maatstaf dienen te worden toegepast. Ik zie niet in waarom het doen van een quasi-bestuurder anders zou moeten worden beoordeeld dan een nalaten.

Het is zonder meer verdedigbaar dat het uitoefenen van sterke invloed op het beleid van het bestuur niet voldoende is om als quasi-bestuurder te worden aangemerkt. Het uitoefenen van sterke invloed duidt bijvoorbeeld op het (met kracht) naar voren brengen van argumenten. Die sterke invloed kan ook samenhangen met het karakter of de staat van dienst van de betrokken persoon, doordat hij bijvoorbeeld als zeer kundig en ervaren of als zeer sympathiek wordt ervaren. Hoe dit ook zij, het uitoefenen van sterke invloed veronderstelt in ieder geval dat het bestuur in vrijheid eigen afwegingen kan maken en in vrijheid tot besluitvorming kan komen.

Ik wijs er op dat de Minister in de MvA[190] heeft opgemerkt dat als het bestuur van een moedervennootschap grote invloed heeft uitgeoefend op de beslissingen van

190 *Kamerstukken II*, 1983-1984, 16 631, nr. 6, p. 19-20.

de directeur van de werkmaatschappij, de moedervennootschap dan op grond van art. 2:138/248 lid 7 BW aansprakelijk kan zijn. Dit geldt niet voor adviseurs, kredietverleners die bepaalde voorwaarden stellen, een door de overheid benoemde waarnemer of anderen die een sterke of zelfs beslissende invloed op het beleid van het bestuur kunnen hebben, maar die niet daadwerkelijk de bestuurstaak uitoefenen.[191] In par. 3.2.1 werd er reeds op gewezen dat de toelichting in de parlementaire stukken weinig helder is. Ik sta een meer eenduidige benadering voor, waarbij ik opmerk dat die afwijkt van de parlementaire geschiedenis en de literatuur. Mijn vertrekpunt is ook niet de malafide quasi-bestuurder, van waaruit de wetgeving primair is ontstaan,[192] maar het fenomeen quasi-bestuurder in 'neutrale' zin.

In mijn benadering staat het begrip beslissende invloed centraal. Het gaat daarbij om de macht en de wil om het beleid (of een deel daarvan) vast te (doen) stellen of bestuursdaden te (doen) verrichten. Met macht wordt hier bedoeld het vermogen om iets zelf te doen (en – als feitelijke bestuurder – ook daadwerkelijk te doen) dan wel van anderen (het formele bestuur) gedaan te krijgen, dit laatste onder druk of dwang dan wel op basis van gemaakte afspraken.

De persoon die feitelijk bestuursmacht uitoefent heeft op dat moment beslissende invloed, degene die zijn wil oplegt aan het formele bestuur heeft op dat moment evenzeer beslissende invloed op het beleid, en degene die met het formele bestuur afspreekt hoe inhoud zal worden gegeven aan de bestuurstaak, heeft die invloed evenzeer. In alle gevallen is de wil van de betrokken persoon ook gericht op het (doen) verrichten van bestuursdaden of het (doen) vaststellen van het beleid. In de eerste twee gevallen kan het om min of meer incidentele dan wel structurele (langdurige) invloed gaan, om één dan wel meerdere onderwerpen die onder het begrip besturen vallen. Dat in het laatste geval (denk aan de principaal en zijn afspraken met de trustbestuurder) het formele bestuur met die invloed heeft ingestemd, maakt dat niet anders. De voorwaarde van terzijdestelling van het bestuur dient wat mij betreft sowieso niet te worden gesteld. Uit de rechtspraak blijkt immers dat onder terzijdestelling van het bestuur ook valt 'gedogen door het formele bestuur', hetgeen niet wezenlijk verschilt van 'instemming door het formele bestuur'. Als onderscheidend criterium is het dan ook niet van veel waarde.

Naar mijn mening is dus het daadwerkelijk en daarop gericht uitoefenen van beslissende invloed (in de hiervoor bedoelde zin) voldoende om een persoon als

191 *Kamerstukken II* 1980-1981, 16 631, nr. 3, p. 6.

192 Vgl. Van Nuland (2021), nr. 4.2.3.1, die over de vermogensrechtelijke effecten van rechtspersoonlijkheid, en in het kader van misbruik van rechtspersonen en de mogelijkheid van natuurlijke personen om zich achter rechtspersonen te verschuilen, opmerkt: "*Dit effect, dat het gevolg is van artikel 2:5 BW, stimuleert enerzijds de ondernemers- en investeringsgeest, maar staat anderzijds bloot aan misbruik. Deze notie ligt ten grondslag aan het onderzoek dat tot de invoering van de WBA en WBF heeft geleid. Het aanpakken van deze vorm van malafiditeit is de motor geweest voor het paal en perk stellen aan de gevolgen van rechtspersoonlijkheid. Die achtergrond dient mijns inziens als een belangrijk gezichtspunt te worden beschouwd bij de invulling van het begrip (mede)beleidsbepaling als ware men bestuurder.*"

quasi-bestuurder aan te merken. Ik zie dat zelfs als een wezenlijk element. Maar dat wil niet zeggen dat de betrokken persoon dan steeds zijn zin krijgt of zou moeten krijgen. Denk aan degene die lid is van een ExCo, maar geen formele bestuurder is, maar wel deel uitmaakt van het gremium waarin over het beleid wordt beraadslaagd en beslist.[193] In dat gremium wordt de beslissende invloed collectief, maar niet noodzakelijk unaniem, uitgeoefend.

Degene die (al dan niet met anderen) beslissende invloed uitoefent is degene die beslist, ook als op het aanwenden van die invloed nog een besluit van het formele bestuur volgt. Of dat formele bestuur inhoudelijk achter dat besluit staat of niet, is voor mij niet relevant als het gaat om de vraag of de persoon die de invloed uitoefende als quasi-bestuurder moet worden aangemerkt. Het bestuursbegrip is enkel problematisch, om het maar even op die manier uit te drukken, omdat de Hoge Raad een scherpe grens heeft getrokken voor het antwoord op de vraag wie in formele zin als bestuurder in de zin van Boek 2 BW kan worden aangemerkt. Als gezegd is die scherpe grens voor een onderwerp als vertegenwoordiging van de rechtspersoon nuttig, maar leidt die als het om het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid gaat tot allerlei grensdiscussies.

Als het gaat om het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid ben ik voorstander van een ruim begrip bestuurder. Onder dat begrip versta ik dan

(i) iedere persoon die de bestuursfunctie formeel uitoefent;
(ii) iedere persoon die de bestuursfunctie feitelijk uitoefent (en daarmee – al dan niet tezamen met anderen (denk aan een ExCo) – beslissende invloed uitoefent); en
(iii) iedere persoon die door middel van instructies of op basis van gemaakte afspraken beslissende invloed uitoefent op het handelen en/of de besluitvorming van het formele bestuur (en dus ook de intentie heeft dat te doen).

Indien aansprakelijk gesteld kunnen deze personen zich beroepen op de ernstig verwijt-maatstaf, ook wanneer het gaat om een vordering gebaseerd op art. 6:162 BW,[194] tenzij het gaat om quasi-bestuurders niet te goeder trouw, derhalve om de personen die de bestuursautonomie bewust negeren en schenden. Het formele bestuur

193 Om als quasi-bestuurder te kunnen worden aangemerkt is voldoende dat een persoon die geen deel uitmaakt van het formele bestuur, lid is van een dergelijk ExCo. Of hij voor of tegen voorstellen stemt maakt voor de kwalificatie niet uit. Zijn stemgedrag zou wel een rol kunnen spelen in een aansprakelijkheidsprocedure als zijn mogelijkheden wat betreft disculpatie aan de orde zijn.

194 Daartegen Van Nuland (2021), nr. 4.3.4.2., die betoogt dat de hogere lat voor aansprakelijkheid ter bescherming van (formele) bestuurders dient, hetgeen blijkt uit de door de Hoge Raad voor deze maatstaf gegeven rechtvaardiging. Mijn benadering is anders, ook wat betreft de gehanteerde terminologie, zodat het lastig is in te schatten hoe zijn opvatting zou luiden als het gaat om een zaakwaarnemer of om de persoon die te goeder trouw, maar ten onrechte, denkt rechtsgeldig tot statutaire bestuurder te zijn benoemd. Omdat de ernstig verwijt-maatstaf dient ter bescherming van bestuurders, behoren quasi-bestuurders niet te goeder trouw daarop in mijn benadering geen beroep te kunnen doen. Ik vermoed dat onze opvattingen elkaar uiteindelijk niet al te zeer zullen ontlopen.

behoudt uiteraard zijn eigen verantwoordelijkheid. Met het aanmerken van personen als quasi-bestuurder als zij in categorie (ii) of (iii) vallen, wordt de kring van (mogelijk) aansprakelijke personen groter dan wanneer de heersende leer wordt gevolgd.

Bij de onder (ii) genoemde categorie is niet relevant of het uitoefenen van de bestuursfunctie structureel dan wel incidenteel gebeurt. Dat onderscheid is alleen van belang voor de vraag of op de betrokkene, indien hij geen formele bestuurder is, ook bestuursverplichtingen kunnen rusten (zie par. 3.2.4 en 4.11). Bij de onder (iii) genoemde categorie is evenmin relevant of de beslissende invloed structureel dan wel incidenteel plaatsvindt, maar aangezien het hier gaat om wat ik als schaduwbestuurders aanduid, speelt de vraag naar bestuursverplichtingen (in beginsel) niet.[195]

Mijn benadering, indien gevolgd, zal er dus toe kunnen leiden dat een grotere groep personen binnen het bereik van het leerstuk *bestuurders*aansprakelijkheid valt. Dat blijkt reeds uit het feit dat ik tot de categorie quasi-bestuurders ook reken degenen die geheel bevoegd en binnen de grenzen van de aan hen opgedragen taak, denk aan een filiaalhouder belast met nagenoeg de volledige leiding over een onderneming, beslissende invloed op het te voeren beleid uitoefenen. Maar dat betekent tegelijkertijd dat ook voor hen (in beginsel) de ernstig verwijt-maatstaf moet worden gehanteerd. Dat zij binnen het bereik van genoemd leerstuk vallen zou kunnen betekenen dat zij wellicht eerder dan naar de heersende leer met *bestuurders*-aansprakelijkheid zouden kunnen worden geconfronteerd. Tegelijkertijd heeft mijn benadering tot gevolg dat personen die nu op basis van het leerstuk 'gewone' onrechtmatige daad aansprakelijk worden gehouden, eerder aanspraak op de kwalificatie quasi-bestuurder kunnen maken en dus op de hoge drempel voor aansprakelijkheid. Door hen in dit opzicht met formele bestuurders gelijk te stellen wordt recht gedaan aan de rol die zij inzake het bestuur van (en de besluitvorming binnen) de rechtspersoon hebben gespeeld, maar tegelijkertijd hebben zij het voordeel van de hoge drempel voor aansprakelijkheid. En dat laatste is ook terecht. Waarom zou degene die materieel de bestuurstaak uitoefent, wat zijn doen en laten betreft, langs een andere lat gemeten dienen te worden dan een formele bestuurder? Het verschil tussen beide is dat de ene persoon wel en de andere niet in overeenstemming met Boek 2 BW en de statuten rechtsgeldig is benoemd. Als eerder aangegeven herhaal ik voor de zekerheid dat de mogelijkheid om aanspraak te maken op de hoge drempel, wat mij betreft mede afhangt van de vraag of de betrokken persoon een quasi-bestuurder te goeder trouw dan wel te kwader trouw is.

Ik bespreek hier nog een geval uit de rechtspraak om mijn benadering te verduidelijken.[196] Een groep vennootschappen verkeert al enige tijd financieel in zwaar weer. Op instigatie van de huisbankier wordt op basis van een overeenkomst van opdracht een insolventie-expert aangesteld (X). X zet zich aan het saneren van de vennootschap-

195 *Kamerstukken II* 1980-1981, 16 631, nr. 3, p. 18.

196 Hof Amsterdam 17 mei 2016, *JOR* 2016/313 m.nt. Schreurs (*Mr. Libosan q.q./X*). Voor de volledigheid wijs ik op het vervolg in deze zaak, al is dat voor de in de hoofdtekst behandelde onderwerpen verder niet van belang: HR 26 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:107. Zie over deze zaak ook Van Nuland (2021), nr. 4.3.3.2. Zie voor zijn opvattingen ook par. 3.3 van de onderhavige studie.

pen, en op zijn voorstel worden (door het bestuur dat zichzelf als enkel uitvoerend beschouwt) allerlei activa verkocht. Uit de opbrengst wordt een deel van de crediteuren voldaan, waaronder de huisbankier en X zelf. Enkele maanden later worden de vennootschappen failliet verklaard. De curator moest vaststellen dat er geen activa meer waren en dat de fiscus met substantiële vorderingen was achtergebleven. De curator heeft X aansprakelijk gesteld, aanvankelijk mede op grond van art. 2:248 leden 1 en 7 BW. Door de rechtbank werd de vordering op laatstgenoemde grond afgewezen, en de curator heeft die grondslag in hoger beroep laten vallen. Dat lijkt mij reeds logisch op grond van het feit dat de vennootschappen technisch reeds failliet waren toen X werd aangesteld, en de op instigatie van X uitgevoerde transacties bezwaarlijk als een belangrijke oorzaak van het faillissement kunnen worden aangemerkt.

De curator heeft ook een zogeheten Peeters/Gatzen-vordering ingesteld.[197] Bij de beoordeling van de Peeters/Gatzen-vordering neemt het hof tot uitgangspunt dat X de opdracht heeft verworven vanwege zijn bijzondere kwaliteit van gespecialiseerd insolventieadviseur, en dat hij die opdracht ook feitelijk heeft uitgevoerd. De zorgplicht van een goed opdrachtnemer (art. 7:404 BW) rust niet enkel op de (formele) opdrachtnemer (de vennootschap van X), maar ook op X zelf. Volgens het hof ligt in de aard van de opdracht (sanering van een onderneming met liquiditeitsproblemen) besloten dat X zich bij de uitvoering van de opdracht ook de belangen van de schuldeisers (dat zijn derden) had behoren aan te trekken. Hij had daarom de schuldenpositie van de vennootschappen in kaart moeten brengen en in zijn advisering ieders verhaalsrechten moeten respecteren. Schending van die verplichting levert volgens het hof jegens de schuldeisers die in hun verhaalsrechten zijn benadeeld een onrechtmatige daad op indien X zich van die benadeling bewust was of had behoren te zijn. Daarvan was volgens het hof sprake. Voor ons is relevant wat het hof overweegt wat betreft de invloed die X had:

> "*Weliswaar – zo staat vast – had X geen formele tekenings- en bestuursbevoegdheid maar alles wijst erop dat hij met zijn advisering zodanige invloed op de formele directie had, dat hij vanaf zijn aantreden in feite het beleid in belangrijke mate (mede) heeft bepaald. De transacties kunnen daarom als uitvoering van dat beleid (mede) aan hem worden toegerekend.* (…) *Nu X zijn invloed op het bestuursbeleid overigens niet ter discussie heeft gesteld, wordt het ervoor gehouden dat hij de transacties door zijn advisering minst genomen heeft bewerkstelligd, geïnstigeerd, dan wel bevorderd.*"[198]

197 Zie over de aard van deze vordering de noot van Kortmann bij HR 14 januari 1983, *JOR* 2021/234 (*Peeters q.q./Gatzen*).

198 In r.o. 3.18 staat in dit verband: "*De transacties kunnen daarom als uitvoering van dat beleid (mede) aan hem worden toegerekend. Illustratief zijn in dit verband de verklaringen van NVDP op 4 juni 2010 bij de rechter-commissaris: "Uiteindelijk is het wel zo geweest dat [geïntimeerde] de zaken bepaalde en ik uitvoerend was." en die van [B] (voormalig manager Network Strategie bij BMW Nederland BV) tegenover de FIOD: "Op het moment dat [geïntimeerde] is binnengekomen nam hij de beslissingen. (...) Formeel had hij geen bevoegdheid, maar hij bepaalde wel wat en aan wie er werd betaald.*"

Mede omdat X zelf van de transacties heeft geprofiteerd doordat hij dan wel zijn vennootschap betaling van facturen heeft ontvangen, rechtvaardigt dit alles volgens het hof de conclusie dat X onrechtmatig jegens de gezamenlijke faillissementscrediteuren heeft gehandeld. Van Nuland[199] merkt – met instemming – op dat de invloed van X op het beleid van de vennootschappen weliswaar een belangrijk element was om tot aansprakelijkheid te concluderen, maar dat een gelijkstelling met de formele bestuurders niet vereist was. De aansprakelijkheid van X werd niet beoordeeld aan de hand van de maatstaven die gelden bij bestuurdersaansprakelijkheid. Volgens hem is het wat betreft de betrokkenheid van X bij het schadeveroorzakend handelen voldoende om de aansprakelijkheid als een gewone onrechtmatige daad te beoordelen. Een kwalificatie als (mede)beleidsbepaler komt daaraan volgens Van Nuland niet te pas, echter wél zijn invloed op het beleid. Er was volgens hem dus sprake van een 'gewone' onrechtmatige daad. Volgens Van Nuland[200] is in het kader van art. 6:162 BW de toepassing van de ernstig verwijt-maatstaf ten aanzien van een (mede)beleidsbepaler fundamenteel onjuist. Zijn belangrijkste argument is de hogere lat voor aansprakelijkheid ter bescherming van (formele) bestuurders dient, hetgeen blijkt uit de door de Hoge Raad voor deze maatstaf gegeven rechtvaardiging. Van Nuland[201] is een tegenstander van het toekennen van functionele betekenis aan het begrip (mede)beleidsbepaler voor het algemene aansprakelijkheidsrecht:

> "*Daarmee wordt ten onrechte afbreuk gedaan aan het uitzonderlijke karakter van de aansprakelijkheid van deze figuur, zoals de wetgever dat heeft beoogd. Het leidt bovendien tot een extra bescherming van aangesproken (mede)beleidsbepalers, doordat de aansprakelijkheid niet volgens de 'gewone regels' van artikel 6:162 BW wordt vastgesteld, maar veelal met toepassing van de 'ernstig verwijt'-maatstaf, zonder dat daarvoor – zoals ik hierna zal betogen – een rechtvaardiging bestaat. Ten slotte wekt het onnodige verwarring over de aansprakelijkheidspositie van (rechts)personen die geen formeel bestuurder zijn, terwijl het algemene aansprakelijkheidsrecht voldoende aanknopingspunten biedt om (rechts)personen die men als (mede)beleidsbepaler zou willen aanduiden, te kunnen aanspreken wegens onrechtmatige gedragingen.*"

In mijn benadering is X als een quasi-bestuurder aan te merken. Hij heeft de bestuursfunctie feitelijk uitgeoefend door beslissende invloed op het bestuur uit te oefenen, welk bestuur zichzelf als enkel belast met een uitvoerende taak beschouwde. Los van de vraag naar de eigen verantwoordelijkheid van het formele bestuur, kan ik de overweging van het hof dat X vanaf zijn aantreden in feite het beleid in belangrijke mate (mede) heeft bepaald, niet anders uitleggen dan dat X (indirect) op de stoel van het bestuur is gaan zitten, dus met de macht en de wil om het beleid te bepalen en

199 Van Nuland (2021), nr. 4.3.3 en 4.3.4.
200 Van Nuland (2021), nr. 4.3.4.2.
201 Van Nuland (2021), nr. 4.3.2.

bestuursdaden uit te (laten) voeren. In mijn benadering zou dan de vraag aan de orde moeten zijn gesteld of ten aanzien van X de maatstaf van 'ernstig persoonlijk verwijt' had moeten worden aangelegd. De uitkomst van de procedure zou waarschijnlijk geen andere zijn geweest, maar de benadering van de vraag naar de aansprakelijkheid van X zou naar mijn mening wel meer zuiver zijn geweest.

Als ik Van Nuland goed begrijp is zijn gedachtegang de volgende. De ernstig verwijt-maatstaf is enkel bedoeld voor personen die formeel tot bestuurder van een rechtspersoon zijn benoemd en voor degenen die bijvoorbeeld op grond van art. 2:138/248 lid 7 BW daarmee gelijk worden gesteld. Die laatste categorie noemt hij de eigenlijke (mede)beleidsbepalers.[202] Wat de oneigenlijke beleidsbepaler bij de kwalificatievraag van de eigenlijke beleidsbepaler onderscheidt, is zijns inziens het typerende vereiste *als ware hij bestuurder*. De oneigenlijke (mede)beleidsbepaler zou zijns inziens geen aanspraak op de extra bescherming dienen te maken.

Het verschil van opvatting vindt (mede) zijn oorzaak in het volgende. Ik ga – wat betreft het vraagstuk van persoonlijke aansprakelijkheid – uit van een ruim begrip bestuurder en acht bepalend of beslissende invloed op het beleid wordt uitgeoefend. Als dat in de gevallen (ii) en (iii) hiervoor genoemd zo is, dan is het enige verschil met een formele bestuurder dat de ene persoon wel en de andere persoon niet in overeenstemming met Boek 2 BW en de statuten tot bestuurder is benoemd. De drie gevallen die ik onder het begrip bestuur vat zijn mijns inziens – als ik naar de rechtspraak en mijn eigen ervaring kijk – als de standaardgevallen aan te merken. Daarmee bedoel ik dat wat betreft de gevallen genoemd onder (ii) en (iii), in de regel deze quasi-bestuurders niet bij slechts één enkele handeling zijn betrokken, maar in de praktijk bij meerdere bestuurshandelingen (beleidsbeslissingen) en niet zelden over een wat langere periode. Ook wanneer zij dat eigenmachtig doen en dat een schending van de bestuursautonomie oplevert, wil dat niet zeggen dat zulks per definitie schadelijk is voor de betrokken rechtspersoon en evenmin dat dit een onrechtmatige daad jegens derden oplevert. De gevallen die de rechtspraak halen en waarin wel tot aansprakelijkheid van de quasi-bestuurder wordt geoordeeld, tonen derhalve maar een klein deel van de werkelijkheid. In die gevallen is het misgegaan en wordt de vraag naar de persoonlijke aansprakelijkheid aan de orde gesteld. Is de rechtspersoon failliet gegaan dan komt art. 2:138/248 lid 7 BW in beeld: de gelijkstelling met een bestuurder van de persoon die het beleid van de rechtspersoon heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder. Wordt een persoon uit hoofde van een onrechtmatige daad aangesproken door een derde, terwijl hij gezien de beslissende invloed die hij op het beleid heeft uitgeoefend zich materieel als een bestuurder heeft gedragen, dan zie ik niet in waarom hij zich niet, althans in beginsel,[203] op de hoge drempel voor aansprakelijkheid zou mogen beroepen.

---

202 Ik zou de term 'eigenlijke beleidsbepaler' liever willen reserveren voor degenen die formeel tot beleidsbepaling bevoegd zijn, namelijk de statutaire bestuurders. Zie Frielink (2021b).

203 Er staat 'in beginsel' vanwege de eerder aan de orde gestelde vraag of het voor de derde wel kenbaar was dat hij met een bestuurder te maken had, althans dacht met een bestuurder te maken te hebben.

Als ik het kort samenvat gaat het om deze vraag: als een persoon optreedt als quasi-bestuurder, waarom zou hem dan deze kwalificatie moeten worden ontnomen als (mogelijk) sprake is van een onrechtmatige daad jegens een derde, waarmee hem een beroep op de hoge drempel (de ernstig verwijt-maatstaf) wordt ontzegd, terwijl dit niet gebeurt bij een formele bestuurder?

Mijn benadering is ontstaan vanuit het perspectief dat gelijke gevallen (zoveel mogelijk) gelijk dienen te worden behandeld, hetgeen de vraag heeft opgeroepen welke gevallen dat dan zijn. Mijn antwoord op die vraag leidt niet tot maatschappelijk onwenselijke gevolgen. Maar voor zover ik dat kan overzien geldt dat laatste ook voor de uit de parlementaire geschiedenis en literatuur kenbare andere benadering. Het verschil met die andere benadering is wel dat in mijn benadering sprake is van een weliswaar open, maar uniform criterium (beslissende invloed en de wil om die ten aanzien van het beleid en bestuurshandelen uit te oefenen) en dat ik heb gepoogd daaraan een rechtstheoretisch fundament te geven. Dat houdt tevens in dat wat ik ‘mijn benadering’ noem, naar mijn overtuiging beschrijft wat geldend recht *is*.

5 ANALYSE VAN ENKELE AFZONDERLIJKE ONDERWERPEN

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt het fenomeen quasi-bestuurder nader bekeken aan de hand van diverse onderwerpen. Dit hoofdstuk en het vorige hoofdstuk vormen samen de basis voor de beantwoording van de onderzoeksvragen die zijn geformuleerd. In hoofdstuk zes zullen de belangrijkste analyses en antwoorden van de daaraan voorafgaande hoofdstukken bijeen worden gebracht.

In par. 4.14 heb ik aangegeven dat ik, in afwijking van wat uit de parlementaire geschiedenis en de literatuur als gangbare opvatting kan worden afgeleid, het uitoefenen door een persoon van beslissende invloed op het beleid, met de macht en ook met de intentie om dat te doen, als een kernelement zie van het begrip quasi-bestuurder. Dat betekent dat ook personen die als titulaire directeur of filiaalhouder onder verantwoordelijkheid van het formele bestuur functioneren, als quasi-bestuurder kunnen worden aangemerkt als zij (al dan niet tezamen met anderen) beslissende invloed op het beleid van de rechtspersoon hebben. Dus ook als zij binnen de grenzen van hun opdracht blijven en ook als op het aanwenden van die invloed nog een besluit van het formele bestuur volgt. De in par. 3.4 besproken rechtspraak laat een wisselend beeld zien.

In dit hoofdstuk komen onder meer de volgende vragen aan de orde. Kwalificeren leden van een Executive Committee die geen formele bestuurder zijn als quasi-bestuurder (par. 5.2)? Kan een vennootschap functioneren als deze enkel een volledig informele (bestuurs)structuur heeft (par. 5.3)? Wat is de positie van quasi-bestuurders in een enquêteprocedure (par. 5.4)? Hoe verhoudt zich de relatie tussen trustkantoren en quasi-bestuurders (par. 5.5)? Kan een rechtspersoon quasi-bestuurder zijn (par. 5.6)? Kan een bestuursverbod jegens een quasi-bestuurder worden uitgesproken (par. 5.7)? Kunnen de Staat, een Land, een Minister of een Gedeputeerde worden aangemerkt als quasi-bestuurder (par. 5.8)? Moet een quasi-bestuurder ook met een formele bestuurder gelijkgesteld worden als het gaat om de vraag welke rechter bevoegd is (par. 5.9)? Werkt een aan het bestuur verleende kwijting ook jegens een quasi-bestuurder (par. 5.10)?

5.2 Het Executive Committee

Een apart (in de zin van niet in de wet geregeld) bestuursmodel is het Executive Committee (ExCo). Bij dit bestuursmodel maken naast de statutaire bestuurders ook leden van het hoger management deel uit van het ExCo. De precieze status van het ExCo is onduidelijk, al wordt aangenomen dat het geen orgaan van de rechtspersoon is.[1] Niet-statutaire leden van een ExCo zouden als quasi-bestuurder kunnen worden aangemerkt. Of zij quasi-bestuurder zijn zal (mede) afhangen van hoe het ExCo (binnen de governance-structuur) is georganiseerd en of de leden daarvan die geen formele bestuurder zijn, (incidenteel of structureel) meebeslissen over het beleid, en de formele bestuurders aan de uitkomst van de binnen dit gremium genomen beslissingen zijn gebonden (en de bestuursautonomie dus vrijwillig is ingeperkt) dan wel 'slechts' een adviserende stem hebben.[2] Worden zij als quasi-bestuurder aangemerkt dan lopen zij vervolgens een bestuurdersaansprakelijkheidsrisico, zij het dat dan de ernstig verwijt-maatstaf van toepassing is.

Het is 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. Het gaat steeds om het antwoord op de vraag of de (mede)beleidsbepaling plaatsvond door een persoon als ware hij bestuurder, dus of hij heeft deelgenomen aan de besluitvorming inzake het beleid.

Relevant is mijns inziens echter of een persoon, al dan niet tezamen met anderen, in algemene zin meebeslist en (al dan niet tezamen met anderen) beslissende invloed op de (uitkomst van de) besluitvorming (beleidsbepaling) heeft, en zijn wil in algemene zin ook is gericht op deelname aan de besluitvorming. Is dat het geval dan dient hij als quasi-bestuurder te worden aangemerkt.[3] Als een ExCo, bestaande uit formele bestuurders en (andere) managers, het gremium is waarin het beleid wordt bepaald, dan hebben alle leden daarvan per definitie de wil om aan de beraadslaging

1 Bulten (2014), p. 20-22; Brandjes (2014); Vletter-Van Dort (2017); Honée (2017); en Honée (2018). Vletter-Van Dort (2017), p. 217 merkt op dat een ExCo gemiddeld genomen uit negen personen bestaat: twee statutaire bestuurders samen met zeven leden uit het hoger management.

2 Degenen die als (principieel) uitgangspunt hanteren dat het manoeuvreren binnen (wettelijk, statutair, reglementair en/of contractueel) gegeven bevoegdheden (per definitie) niet kan leiden tot een kwalificatie als (mede)beleidsbepaler, zullen tot een andere analyse komen wat betreft de leden van een ExCo die geen statutaire bestuurder zijn. Vgl. Van Nuland (2021), nr. 4.2.3.1.

3 Volgens Vletter-Van Dort (2017), p. 223 is de kans niet groot dat leden van het ExCo (die geen formele bestuurder zijn) met succes kunnen worden aangesproken op grond van art. 2:138/248 lid 7 BW, omdat de kans dat de bevoegdheden van het ExCo zodanig groot zijn eerder uitzondering dan regel lijkt. Volgens Dumoulin (2017) zijn leden van een ExCo in beginsel of per definitie geen feitelijke beleidsbepalers. Hij legt de nadruk op de verantwoordelijkheid van het formele bestuur. In een latere publicatie (Dumoulin (2018), p. 82) merkt hij op dat hij vermoedt dat een verschil van perspectief tot een verschil in waardering leidt, en dat het hem niet zou verbazen als advocaten een andere kijk op een ExCo hebben dan bedrijfsjuristen.

en besluitvorming deel te nemen, en dus (mede) het beleid te bepalen. In het ExCo is dan de beslissende invloed op het (te bepalen) beleid georganiseerd. Het op deze wijze georganiseerd zijn van een ExCo veronderstelt dat wat betreft de beraadslaging en besluitvorming binnen het ExCo een eventuele hiërarchische verhouding tussen een manager en een formele bestuurder geen rol speelt.

Als een lid van het ExCo, niet zijnde een formele bestuurder, niet heeft ingestemd met het voorstel dat voorwerp van de besluitvorming is, dan is de vraag of hij desondanks valt in de categorie van personen die beslissende invloed hebben uitgeoefend.[4] Gesteld zou kunnen worden dat hij in dat geval niet als quasi-bestuurder is aan te merken. Het argument zou dan zijn dat hij niet als quasi-bestuurder kan worden aangemerkt, omdat hij het (op dat punt aan de orde zijnde) beleid niet mede heeft bepaald.

Een andere benadering is denkbaar en ligt mijns inziens meer voor de hand. Gesteld zou kunnen worden dat een lid van het ExCo, niet zijnde een formele bestuurder, als quasi-bestuurder moet worden aangemerkt omdat hij in algemene zin en dus op meerdere beslismomenten zijn invloed heeft (kunnen) doen gelden. Met andere woorden: in het ExCo als gremium is de beslissende invloed georganiseerd, en als lid daarvan draagt hij op grond van het collegialiteitsbeginsel medeverantwoordelijkheid voor alle besluiten. Dat hij ten aanzien van één bepaald onderwerp tegen heeft gestemd of zich heeft onthouden, maakt in die benadering niet dat hij niet langer als quasi-bestuurder dient te worden aangemerkt. Als mijn benadering wordt gevolgd dan lijkt het mij redelijk deze quasi-bestuurder gelijk te stellen met een formele bestuurder die zich binnen het bestuur geconfronteerd ziet met een meerderheid die een andere koers vaart. Als gekozen wordt voor een ExCo waarin het beleid wordt bepaald, is er veel voor te zeggen dan ook het collegialiteitsbeginsel – in de zin van collegiale verantwoordelijkheid – tot uitgangspunt te nemen. Het collegialiteitsbeginsel beperken tot het statutaire bestuur doet geen recht aan de wijze waarop de besluitvorming in een ExCo is vormgegeven, namelijk als een (mede het formele bestuur omvattend) gremium waarin het beleid wordt bepaald. In het geval dat de rechtspersoon failliet wordt verklaard en sprake is van onbehoorlijk bestuur, betekent dat bijvoorbeeld dat het ExCo-lid (als quasi-bestuurder) niet aansprakelijk is als hij bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden (vgl. art. 2:138/248 lid 3 BW). Dat hij als individueel lid van het ExCo waarschijnlijk weinig tot geen mogelijkheden heeft tot het treffen van maatregelen, zal hem dan in de regel disculperen.

Vletter-Van Dort[5] wijst er op dat de leden van het ExCo die geen formele bestuurder zijn, vermoedelijk altijd een werknemer van de vennootschap zullen zijn, en dat een tot oordelen geroepen rechter als het gaat om de interne aansprakelijkheid

4 Blijkens Hof Amsterdam 27 juni 2017, *JOR* 2018/173 m.nt. Van Thiel (*Janssen-Van Kesteren q.q./ The 5*) kan voor de vraag of een werknemer als quasi-bestuurder moet worden aangemerkt, relevant zijn dat de werknemer en de formele bestuurder lid zijn van het managementteam, waarvan de leden met elkaar de knopen doorhakken.

5 Vletter-Van Dort (2017), p. 220.

derhalve rekening dient te houden met de hoge drempel van art. 7:661 BW (een werknemer is alleen jegens de werkgever aansprakelijk indien sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid). Die drempel is volgens haar aanzienlijk hoger dan die van art. 2:9 BW. Het lijkt mij in beginsel juist dat een werknemer die toetreedt tot een ExCo, jegens de vennootschap geen afstand doet van de genoemde arbeidsrechtelijke bepaling die werknemers een bepaalde mate van bescherming biedt. Of die drempel daadwerkelijk hoger is dan de ernstig verwijt-maatstaf betwijfel ik, maar zou een onderwerp van nader onderzoek kunnen zijn. Overigens zou een lid van een ExCo bij de holding slechts werknemer kunnen zijn bij een groepsmaatschappij. In dat geval speelt de bescherming op grond van het arbeidsrecht sowieso geen rol.

In mijn benadering is dus relevant of een lid van het ExCo, niet zijnde een formele bestuurder, in algemene zin invloed uitoefent op het door het ExCo vast te stellen beleid, dus als lid van het ExCo deelneemt aan de beraadslaging en besluitvorming. Als dat zo is dan is hij als quasi-bestuurder aan te merken, met name ook in relatie tot art. 2:138/248 lid 7 BW. Schiet het formele bestuur tekort in de nakoming van de administratie- en jaarrekeningplicht, dan brengt dat voor de overige leden van het ExCo mee dat de bewijsvermoedens van art. 2:138/248 lid 2 BW aan hen kunnen worden tegengeworpen. Dit ondanks het feit dat als uitgangspunt heeft te gelden dat de verplichting een deugdelijke administratie te voeren en de jaarrekeningplicht (in beginsel) enkel op het formele bestuur rusten, en de andere leden van het ExCo in de regel ook niet de bevoegdheid zullen hebben deze taken uit te voeren (zie verder par. 3.2.4. en par. 4.11.1).[6] Overigens kan in mijn benadering een lid van het ExCo, zijnde geen formele bestuurder, ook quasi-bestuurder zijn als het maar één (grote gevolgen hebbende) bestuurshandeling zou betreffen.

Een lid van het ExCo 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). In dit verband kan gewezen worden op de Fortis-zaak.[7] De zaak was aangespannen door gedupeerde beleggers en draaide om openbaarmaking van onjuiste en misleidende informatie over de solvabiliteitspositie van Fortis. Ik ga hier enkel in op het ExCo van Fortis. Blijkens het vonnis (r.o. 2.4) had de Raad van Bestuur van Fortis, zoals in de statuten voorzien, een ExCo ingesteld. De CEO was tevens voorzitter van het ExCo. Het ExCo bestond verder uit personen binnen de organisatie van Fortis die waren belast met directiefuncties, waaronder in ieder geval de CEO's van de verschillende business units binnen Fortis (Retail Banking, Merchant Banking, Private Banking & Asset Management en Insu-

6 Vgl. de noot van Blanco Fernández bij HR 23 november 2001, *JOR* 2002/4 (*Mefigro/Wind q.q.*), die overigens (mijns inziens ten onrechte) meent dat de administratie- en jaarrekeningplicht niet op feitelijke bestuurders kunnen rusten.

7 Vgl. Rb Utrecht 15 februari 2012, *JOR* 2012/243 m.nt. Willems (*Kortekaas e.a./Lippens e.a.*). De rechtbank heeft, maar dat terzijde, in dit vonnis ten onrechte de verzwaarde maatstaf van 'ernstig verwijt' niet toegepast waar het betreft overtreding van de Wft. Zie Timmerman (2017), p. 37. Zie over deze zaak ook Kreileman (2020), nr. VII.4.2.3. met een uitvoerige beschouwing over de (rol en positie van de) niet-uitvoerend bestuurder Lippens.

rance), alsmede de Chief Risk Officer (CRO), de Chief Financial Officer (CFO) en de Chief Operating Officer (COO). Het ExCo had tot taak de CEO te ondersteunen bij het voeren van het dagelijks bestuur over Fortis. Het ExCo had in dit kader onder meer de volgende verantwoordelijkheden:

1. het onder leiding van de CEO onderzoeken, definiëren en uitwerken van de strategische opties van Fortis;
2. het opstellen en uitwerken van beleidsvoorstellen die ter goedkeuring aan de Raad van Bestuur moeten worden voorgelegd;
3. het zorgdragen voor het management van Fortis onder leiding van de CEO;
4. het beheren en organiseren van de ondersteunende functies van Fortis; en
5. het ondersteunen van de CEO bij het dagelijks bestuur van de groepsvennootschappen van Fortis en bij de uitoefening van zijn andere verantwoordelijkheden.

Een zekere Mittler was van eind 2004 tot 1 januari 2008 CFO binnen Fortis. Hij maakte als zodanig deel uit van het ExCo, maar was geen lid van de Raad van Bestuur. Mittler is per 1 januari 2008 benoemd tot Chief Finance Risk and General Counsel. Hij bleef toen lid van het ExCo, maar maakte ook toen geen deel uit van de Raad van Bestuur. Hij werd op 1 augustus 2008 ontslagen. In zijn laatstgenoemde functie was Mittler verantwoordelijk voor Performance Management, Reporting & Accounting, M&A en Tax, waarbij de CFO, de CRO en de General Counsel aan hem rapporteerden. De eindverantwoordelijkheid voor de werkzaamheden van het ExCo berustte bij de CEO, die daarvoor verantwoording aflegde aan de Raad van Bestuur.

De rechtbank overweegt (r.o. 4.72) dat Mittler weliswaar vanaf 1 januari 2008 Chief Finance Risk en General Counsel was en in die functie lid van het ExCo, en als zodanig beleidsvoorbereider, maar dat hij geen lid was van de Raad van Bestuur. Mittler droeg dan ook geen verantwoordelijkheid voor de besluitvorming ten aanzien van het door Fortis gevoerde beleid, zoals binnen de Raad van Bestuur vastgesteld. Volgens de rechtbank kan hij niet worden aangemerkt als feitelijke bestuurder.[8]

8 In r.o. 4.56 heeft de rechtbank een inleidend kader geschetst: "*De rechtbank zal voor zover het de vordering ten opzichte van Mittler betreft allereerst, ten aanzien van de vordering die samenhangt met artikel 5:59 (oud) Wft, en de vordering die samenhangt met 5:58 (oud) Wft (voor zover het uitlatingen van andere gedaagden betreft), hebben te beoordelen of Mittler als feitelijke bestuurder van Fortis is opgetreden, aldus dat hij met gehele of gedeeltelijke terzijdestelling van haar formele bestuurders, naast hun of in hun plaats, bestuursmacht heeft uitgeoefend en aldus het beleid van de vennootschap (mede) heeft bepaald. Als dat niet het geval is, moeten die vorderingen jegens hem reeds op die grond worden verworpen, nu het gestelde bestuurderschap door [eiser sub 1] c.s. als enig kader is gekozen waarbinnen zij de desbetreffende grondslag van hun vordering hebben gepresenteerd. In zoverre komt daarom geen betekenis toe aan het door Mittler gevoerde verweer dat hij, ervan uit gaande dat hij geen feitelijke beleidsbepaler binnen Fortis was, slechts als werknemer van Fortis jegens [eiser sub 1] c.s. aansprakelijk zou zijn indien hij opzettelijk of roekeloos zou hebben gehandeld. Ook voor de vordering ten aanzien van Mittler op grond van artikel 5:58 (oud) Wft (ziende op de uitlatingen van Mittler zelf) is deze norm niet relevant, nu de norm van artikel 5:58 (oud) Wft zich rechtstreeks richt op Mittler, ook als hij niet als feitelijk beleidsbepaler moet worden aangemerkt.*"

De rechtbank overweegt (r.o. 4.75) echter ook dat uit de feiten blijkt dat Mittler, mede gezien zijn functies, in de relevante periode een intensieve feitelijke rol heeft gespeeld ten behoeve van de besluitvorming bij Fortis. Uit zijn functie en de wijze van uitoefening daarvan moet, aldus de rechtbank, worden afgeleid dat hij telkens van de relevante feiten en omstandigheden rond de financiële positie van Fortis op de hoogte is geweest: "*Daaruit vloeit dan voort dat ook hij wist of redelijkerwijs moest vermoeden dat de door hem verstrekte informatie onjuist was en dat daarvan – kort aangeduid – misleiding van (potentiële) beleggers in Fortis te duchten was. In die zin heeft hij met deze mededelingen onrechtmatig gehandeld ten opzichte van eisers als beleggers in Fortis.*"

In zijn noot bij de hier besproken uitspraak stelt Willems wat betreft de aansprakelijkheid voor misleidende mededelingen als bedoeld in de Wet financieel toezicht, dat voor een vennootschapsfunctionaris die geen bestuurder is, voor de "afgeleide" aansprakelijkheid van art. 6:162 BW geen lichter criterium zou dienen te gelden dan voor een bestuurder. Met andere woorden: die functionaris zou evenzeer een beroep op de ernstig verwijt-maatstaf moeten kunnen doen.[9]

Op basis van de feiten zoals die uit de uitspraak blijken is het nog maar de vraag of Mittler wel of niet als quasi-bestuurder kan worden aangemerkt. Als lid van het ExCo in combinatie met zijn andere functies was zijn invloed op het beleid van Fortis kennelijk groot. Hoe groot precies zijn invloed was is uit de uitspraak niet af te leiden, zij het dat het kennelijk ging om een intensieve feitelijke rol, en dat noopt op zichzelf tot voorzichtigheid. Maar het enkele feit dat hij geen verantwoordelijkheid droeg voor de (formele) besluitvorming ten aanzien van het door Fortis gevoerde beleid, zoals binnen de Raad van Bestuur vastgesteld, is in mijn benadering niet voldoende voor het oordeel dat hij geen quasi-bestuurder is.

Tot 1 juli 2021 zou op grond van de per die datum vervallen art. 2:151/261 lid 2 BW verdedigd kunnen worden dat, indien sprake is van een ExCo waarbij bepaalde bestuurstaken in een op de statuten gebaseerd reglement mede zijn opgedragen aan de leden daarvan die geen statutaire bestuurder zijn, deze leden met formele bestuurders gelijkgesteld dienen te worden en als formele bestuurders hebben te gelden.[10] Op grond van die, dus vervallen, gelijkstelling zouden zij in mijn benadering niet als quasi-bestuurders zijn aan te merken. Onder het huidige recht zijn zij in mijn benadering wel als quasi-bestuurders aan te merken. Blijkens de wetsgeschiedenis heeft de wetgever hier niet bij stilgestaan.

5.3 Een informele bestuursstructuur

In de praktijk zal niet bij iedere vennootschap even scherp worden gelet op de eisen die de wet en de statuten stellen aan het functioneren van organen. Ik beschik niet

9 Zie ook Timmerman (2017), p. 35-37.
10 Vgl. Honée (2018), p. 133-134.

over gegevens op dat punt, maar heb geregeld moeten constateren dat bijvoorbeeld oproepingsformaliteiten niet in acht worden genomen of dat niet alle personen die daartoe gerechtigd zijn in de gelegenheid worden gesteld om aan de beraadslagingen en besluitvorming deel te nemen. Dat leidt maar zelden tot procedures. Aan de hand van een aan de praktijk ontleend geval wijd ik enkele beschouwingen aan een volledig informele bestuursstructuur.

De wet stelt eisen aan de bestuursstructuur en het functioneren van het bestuur van een rechtspersoon. Zo zijn er bijvoorbeeld bepalingen inzake de benoeming en het ontslag van bestuurders, inzake de vertegenwoordiging van een rechtspersoon en inzake tegenstrijdig belang. In de praktijk komt de vraag naar de correcte naleving van dergelijke bepalingen doorgaans pas aan de orde als de geldigheid van een besluit of een rechtshandeling in twijfel wordt getrokken of wanneer het gaat om de mogelijke aansprakelijkheid van een bestuurder. Intussen kunnen de ogen niet worden gesloten voor het feit dat bij het be- en aansturen van een rechtspersoon de wettelijke (en statutaire) bepalingen niet altijd strikt in acht worden genomen. Op grond van eigen ervaring weet ik dat bij de ene persoon meer en bij de andere minder naar de formele regels wordt gekeken. Aan dat laatste kunnen allerlei redenen ten grondslag liggen: onervarenheid, ongeïnteresseerdheid, de voorkeur voor informeel overleg, onvoldoende bekendheid met (de strekking of precieze betekenis van) de regels en dergelijke. Het zal ook verschil maken of het gaat om een grote internationaal opererende onderneming of een vereniging die wordt gerund door vrijwilligers. Ook bij op dat vlak wel goed georganiseerde rechtspersonen zal het ongetwijfeld voorkomen dat een bestuurder (soms dan wel geregeld) het besluit tot het aangaan van een rechtshandeling neemt zonder dat eerst met de andere leden van het bestuur af te stemmen. Als het om niet te belangrijke besluiten gaat zal de redenering waarschijnlijk zijn dat deze mogelijkheid in de aan hem opgedragen taak besloten ligt en het bestuur geacht kan worden daarmee in algemene zin (impliciet) te hebben ingestemd. Hoe dit alles ook zij, dat sprake kan zijn van een informeel functionerend bestuur of een bestuur dat (af en toe) ook minder formeel functioneert, is op zich geen opzienbarend fenomeen. Meer bijzonder is het geval waarin de algemene vergadering maar zelden formeel bijeenkomt, er geen formeel bestuur is, maar wel een titulaire bestuurder (een feitelijke bestuurder) en sprake is van vertegenwoordigers van de aandeelhouders die maandelijks informeel met de feitelijke bestuurder de algemene gang van zaken binnen de onderneming bespreken.

Ook een (volledig) informele bestuursstructuur kan zakelijk succesvol zijn, zoals blijkt uit de Forexx-zaak.[11] In die zaak had (uitsluitend) een quasi-bestuurder de dagelijkse algemene leiding (zie par. 3.4.1). Na zijn ontslag spande Forexx een zaak aan tegen de ex-quasi-bestuurder, omdat hij onrechtmatig gelden aan de rechtspersoon zou hebben onttrokken. De rechtbank oordeelde dat art. 2:9 BW niet kan dienen

11 Rb Limburg (zp Roermond) 30 mei 2018, *JOR* 2018/208 m.nt. Frielink (*Forexx Company/Y*). De analyse in deze paragraaf stemt voor een groot deel overeen met mijn noot.

als grondslag voor de aansprakelijkheid van de gedaagde, omdat hij nimmer als statutaire bestuurder was benoemd. Echter, de rechtbank heeft tevens overwogen dat bij de beoordeling van de aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW inhoudelijk wel aansluiting dient te worden gezocht bij de bepalingen uit het vennootschapsrecht, zoals art. 2:8 BW en art. 2:9 BW. De reden daarvoor is volgens de rechtbank dat weliswaar in formele zin veel handelingen niet hebben plaatsgevonden door de statutaire bestuurder of de algemene vergadering, maar partijen de betrokken handelingen wel hebben bedoeld als handelingen van de bestuurder dan wel de aandeelhouders. In die zin is sprake van een intern geschil binnen de vennootschap, aldus de rechtbank, en dient acht geslagen te worden op de regels die de interne vennootschapsverhoudingen beheersen. Dat betekent naar het oordeel van de rechtbank ook dat de identiteit van de formele procespartijen in wezen niet weerspiegelen wie in materiële zin als partijen in het conflict zijn aan te duiden. Die partijen zijn enerzijds de (gezamenlijke) meerderheidsaandeelhouders, die (inmiddels) niet alleen aandeelhouder zijn maar ook statutair bestuurder, en daarmee volgens de rechtbank het doen en laten van de vennootschap (ook als formele procespartij) kunnen bepalen, en anderzijds gedaagde als gewezen feitelijke bestuurder én als minderheidsaandeelhouder. Deze partijen hebben een geschil dat voortvloeit uit de omstandigheid dat de meerderheidsaandeelhouders enerzijds en gedaagde anderzijds op enig moment onenigheid hebben gekregen over de wijze waarop de in de vennootschap gedreven onderneming zou moeten worden voortgezet, althans zou moeten gaan groeien.

Er was bij Forexx sprake van wat de rechtbank aanduidt als een informele bestuursstructuur: een bestuursstructuur die de instemming had van de (overgrote meerderheid van dan wel alle) aandeelhouders, waarbij gedaagde optrad als ‘dagelijks bestuur’ en de maandelijks gehouden informele aandeelhoudersbijeenkomsten functioneerden als ‘algemeen bestuur’. De rechtbank overweegt dat de informele bestuursstructuur in de periode van het feitelijke bestuurderschap van gedaagde weliswaar juridisch niet conform het vennootschapsrecht was (en dat ook anderszins sprake was van schendingen van het recht), maar wel de gewenste bedrijfsresultaten opleverde: de in de vennootschap gedreven onderneming was op 1 januari 2010 niet winstgevend maar is tijdens het bestuurderschap van gedaagde wel weer flink winstgevend geworden. Dat de bepalingen van het vennootschapsrecht niet werden nageleefd geeft de rechtbank aanleiding tot de constatering dat een goede aansluiting ontbreekt tussen enerzijds de identiteit van de formele procespartijen en anderzijds de identiteit van de partijen betrokken bij het materiële geschil. Volgens de rechtbank kan het geschil niet worden gezien als een geschil tussen de vennootschap en de gedaagde partij. De verwijten die de vennootschap maakt aan de gedaagde hebben immers (voor een deel) niet te gelden als handelen van gedaagde als feitelijke bestuurder jegens de vennootschap, maar moeten worden aangemerkt als handelen van de vennootschap zelf. Volgens de rechtbank geldt voor een deel van de verwijten van de vennootschap dat zij die verwijten aan zichzelf maakt en dat betekent dat die niet kunnen leiden tot aansprakelijkheid van gedaagde jegens de vennootschap:

> "*Het is immers de vennootschap zelf die door haar (feitelijk) bestuurder en door haar (feitelijke) vergadering van aandeelhouders – dat wil zeggen: door al haar (feitelijke) organen die haar doen en laten vormen – heeft gewild (a) dat zij werd bestuurd op informele wijze onder voorbijgaan aan hetgeen het vennootschapsrecht ter zake voorschrijft en (b) dat bij de uitoefening van dat informele bestuur vooral (winst)resultaatgericht werd geacteerd, waarbij ook onregelmatigheden niet werden geschuwd, en dat (c) in het licht van de omstandigheid dat die gang van zaken de onderneming weer fors winstgevend heeft gemaakt.*"

De hier geschetste vennootschappelijke benadering dient naar het oordeel van de rechtbank uitgangspunt te zijn bij de verdere beoordeling van het gevorderde. Dat houdt volgens de rechtbank in dat alle gestelde onrechtmatige gedragingen, die zijn te relateren aan de informele bestuursstructuur en de bedrijfscultuur, niet tot toewijzing van het gevorderde kunnen leiden, omdat toewijzing daarvan in dit geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Dat betekent dat slechts die gestelde onrechtmatige gedragingen die niet zijn te relateren aan de bestuursstructuur en bedrijfscultuur voor toewijzing in aanmerking zouden kunnen komen, aldus de rechtbank.

De rechtbank merkt zowel gedaagde als de vertegenwoordigers van de aandeelhouders aan als feitelijke bestuurders. Tussen de feitelijke bestuurders bestaat een taakverdeling, waarbij gedaagde met de dagelijkse leiding belast is. Deze bestuursstructuur met bijbehorende taakverdeling moet niet worden verward met (die inzake) het monistisch bestuursmodel van art. 2:129a/239a BW (vgl. art. 2:18 BWC). De informele bestuursstructuur waar het bij Forexx om gaat lijkt meer op de bestuursvorm die veelvuldig bij verenigingen voorkomt, waarbij (doorgaans in de statuten) een onderscheid wordt gemaakt tussen het bestuur (als orgaan) en een daarbinnen functionerend dagelijks bestuur, zij het dat bij Forexx enkel sprake was van een feitelijk bestuur en een feitelijk dagelijks bestuur.

Algemeen wordt aangenomen dat het begrip feitelijke bestuurder geen rol speelt bij de interne aansprakelijkheid van art. 2:9 BW.[12] De benadering van de rechtbank geeft echter steun aan mijn opvatting dat wat de interne verhoudingen betreft, als norm heeft te gelden dat een quasi-bestuurder tegenover de rechtspersoon is gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak (en dus een zorgplicht heeft), en dat de vraag naar zijn aansprakelijkheid moet worden beoordeeld als ware hij een formele bestuurder (zie par. 4.4). De bedoelde taak kan de quasi-bestuurder zich eigenmachtig hebben toebedeeld dan wel voortvloeien uit een overeenkomst met de rechtspersoon waarbij hij bijvoorbeeld als titulaire bestuurder is benoemd.

Volgens de rechtbank gaat Forexx ervan uit dat sprake is van een geschil tussen haar en gedaagde, maar kan de situatie niet zo worden gezien. De verwijten die Forexx maakt aan gedaagde hebben naar het oordeel van de rechtbank voor een deel niet te gelden als handelen van gedaagde (als feitelijke bestuurder) jegens Forexx, maar moeten worden gekwalificeerd als handelen van Forexx zelf. Voor een deel van de

12 Schutte-Veenstra (2017), p. 129 en Van Nuland (2021), nr. 4.2.4.2.

verwijten van Forexx geldt, aldus de rechtbank, dat zij in wezen aan zichzelf verwijten maakt en dat zulks niet kan leiden tot aansprakelijkheid van gedaagde jegens Forexx. Toepassing van de door de rechtbank gehanteerde maatstaf leidt, om één voorbeeld te noemen, tot de volgende uitkomst: Forexx vordert dat gedaagde wordt veroordeeld tot betaling aan haar van een bedrag van € 3.591,00, aangewend voor de aanschaf van tafels en stoelen. Volgens gedaagde is sprake van een aankoop van tafels en stoelen om daarmee een advocaat (wiens naam hij niet wil noemen) in natura te kunnen betalen voor enkele diensten die aan Forexx zijn verricht. Dit zou volgens gedaagde zo zijn afgesproken, omdat de advocaat deze diensten eigenlijk niet had mogen verrichten. De vennootschap heeft, aldus de rechtbank, geen feiten of omstandigheden aangevoerd waaruit zou kunnen blijken dat deze verklaring van gedaagde onwaar zou zijn. Aangezien volgens de rechtbank de stelplicht en bewijslast ten aanzien van de onrechtmatigheid van de betrokken uitgave bij Forexx ligt, wordt uitgegaan van de lezing van gedaagde. De vordering wordt op dit punt afgewezen.

Bij deze aanpak kunnen vraagtekens worden geplaatst. In een "standaard" geval wordt een (feitelijke) bestuurder die onrechtmatig geldbedragen aan de rechtspersoon onttrekt ontslagen en vervolgens wordt in rechte van hem – afhankelijk van de grondslag – terugbetaling dan wel schadevergoeding gevorderd. De rechtspersoon hoeft in beginsel niet méér aannemelijk te maken dan dat voor de onttrekking een grondslag ontbreekt en dat sprake is van een (niet toegestane) persoonlijke, en dus geen zakelijke uitgave. Het is dan aan de ontslagen bestuurder om aannemelijk te maken dat het wél om een zakelijke uitgave gaat. Als, populair gezegd, bij de rechtspersoon al jaren een jatcultuur bestaat die door relevante anderen (aandeelhouders bijvoorbeeld) stilzwijgend wordt gedoogd, of waaraan door die anderen wordt deelgenomen, ontneemt dat niet het onrechtmatige karakter aan een onttrekking die als persoonlijke uitgave kwalificeert. Die uitgave dient niet op grond van die cultuur opeens als zakelijk te worden aangemerkt. Waait er een nieuwe wind door de rechtspersoon omdat er een nieuwe bestuurder is benoemd, waardoor de rechtspersoon (nu wel) in staat is zich tegen die praktijk te verzetten, dan ligt het niet in de rede dat de vorderingen van de rechtspersoon door de rechter worden afgewezen enkel op de grond dat die nu eenmaal binnen de genoemde cultuur passen.

Het gaat in dit verband ook niet om de vraag of de rechtspersoon kennis droeg van (onrechtmatige) onttrekkingen of van een jatcultuur binnen zijn organisatie (in de onderhavige zaak kan de rechtspersoon sowieso bezwaarlijk als onwetend worden aangemerkt),[13] maar of de rechtspersoon bij machte was daartegen passende maatregelen te nemen. Wordt een rechtspersoon jarenlang volledig door fraudeurs

13 Katan (2017), nr. 557 geeft er de voorkeur aan, waar het betreft de verjaring van een vordering van de rechtspersoon op een frauderende bestuurder, om kennis van de frauderende bestuurder niet aan de rechtspersoon toe te rekenen. Dit is wellicht verdedigbaar indien de bestuurder zijn wetenschap voor anderen binnen de rechtspersoon verborgen heeft weten te houden, maar mijns inziens niet in een geval als dat van Forexx, waarin de leden van alle organen bij onrechtmatige handelingen waren betrokken. Uiteraard kan ook de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid aan een beroep op verjaring in de weg staan.

gecontroleerd die de rechtspersoon met hun handelen enorme schade berokkenen, dan ontneemt dat op zichzelf de rechtspersoon niet de mogelijkheid om onder een nieuw (hopelijk integer) bestuur met succes juridische actie tegen de fraudeurs te initiëren, althans behoren tegen hen ingestelde vorderingen niet te worden afgewezen op de enkele grond dat de rechtspersoon de fraude zelf heeft gewild. De rechtspersoon is in wezen een willoos instrument, ook wanneer de rechtspersoon volledig door fraudeurs wordt beheerst (gegijzeld) en het dus ontbreekt aan een deugdelijk systeem van checks & balances. Wordt deze situatie geredresseerd dan verandert de rechtspersoon als het ware van kleur, verwerft corrigerende macht waar tot dan toe machteloosheid bestond, en kan de rechtspersoon de schade verhalen op degenen die hem hebben misbruikt. Die benadering past mijns inziens goed bij de institutionele leer, waarin de rechtspersoon als zelfstandig instituut wordt beschouwd en de rechtspersoon een eigen, zelfstandige positie inneemt tegenover alle belanghebbenden, inclusief (quasi-)bestuurders, interne toezichthouders, leden en aandeelhouders.

De vraag of gedaagde onrechtmatig jegens Forexx heeft gehandeld moet mijns inziens worden beantwoord aan de hand van een meer concrete en meer objectieve maatstaf dan met behulp van een algemene verwijzing naar een informele bestuursstructuur en bedrijfscultuur. Het enkele feit dat gegeven de informele bestuursstructuur en bedrijfscultuur wel vaker wettelijke normen werden geschonden, ontneemt aan een – in objectieve zin vast te stellen – onrechtmatige handeling van gedaagde op zichzelf niet de onrechtmatigheid. Dat zou immers betekenen dat degenen die onrechtmatig handelen en/of een cultuur van onrechtmatig handelen gedogen, daaraan namens de rechtspersoon hun zegen kunnen geven, met als gevolg dat het voor de rechtspersoon blijvend onmogelijk wordt gemaakt daartegen (ergens in de toekomst) actie te ondernemen.[14] Wellicht dat bepaalde onrechtmatige handelingen, bijvoorbeeld wanneer deze zijn verwerkt in vastgestelde jaarrekeningen en alle relevante betrokkenen van de details op de hoogte zijn, niet (meer) aan de gedaagde kunnen worden tegengeworpen. Bij de vervolgvraag, of en in hoeverre gedaagde aansprakelijk is voor de ontstane schade, zouden de informele bestuursstructuur en bedrijfscultuur in het kader van bijvoorbeeld het leerstuk eigen schuld (van de vennootschap) een rol kunnen spelen. Bij "eigen schuld" (art. 6:101 BW) gaat het zowel om feiten en omstandigheden die voor rekening van de gelaedeerde behoren te komen (zonder dat sprake hoeft te zijn van schuld of verwijtbaarheid aan de zijde van die partij), als om de vraag of de gelaedeerde heeft voldaan aan de plicht om zijn schade te beperken. Als sprake is van eigen schuld (in de hier bedoelde zin) dan blijft (een deel van) de vastgestelde schade voor rekening van de gelaedeerde.[15]

---

14 Zie in dit verband over (onder andere) vragen rondom verjaring Katan (2017), nr. 542 e.v.

15 Van belang is dat de vennootschap niet los kan worden gezien van de meerderheidsaandeelhouders, die immers de informele bestuursstructuur hebben geaccepteerd alsmede zelf betrokken waren bij tal van onregelmatigheden. Het ligt dan ook voor de hand dat een juridisch correctiemechanisme wordt gehanteerd om te voorkomen dat zij zich ten nadele van de ex-quasi-bestuurder bevoordelen waar het gaat om handelingen ten aanzien waarvan ook aan hen verwijten kunnen worden gemaakt.

Van de onderhavige zaak zijn slechts de feiten en omstandigheden bekend zoals die uit het vonnis blijken, maar in zijn algemeenheid kan wel de vraag worden opgeworpen of een andere benadering (en dus mogelijk een – deels – andere uitkomst) niet meer voor de hand zou hebben gelegen. Het is niet erg waarschijnlijk dat alle in het vonnis besproken uitgaven in detail in de (informele) aandeelhoudersvergaderingen (lees: in vergaderingen van het feitelijke algemeen bestuur) aan de orde zijn gekomen, laat staan daarin zijn geaccordeerd. Zou dat anders zijn geweest dan zou gedaagde op dat punt ongetwijfeld verweer hebben gevoerd, maar een dergelijk verweer is niet in het vonnis terug te vinden. Deze uitgaven kunnen niet geacht worden zonder meer (al dan niet stilzwijgend) door Forexx te zijn geaccepteerd op grond van een bij Forexx gehanteerde informele bestuursstructuur en bedrijfscultuur. Van een bestuurder (ook van een feitelijke bestuurder die op grond van enkel een overeenkomst de dagelijkse leiding heeft) mag bovendien worden verwacht dat die op een adequate wijze verantwoording aflegt over ten behoeve van de rechtspersoon gedane uitgaven. Daarnaast geldt dat de wettelijke administratieplicht – die mijns inziens ook geldt voor quasi-bestuurders die gedurende zekere tijd de dagelijkse leiding in handen hebben en dus feitelijk wat langer, en dus niet slechts incidenteel, op de stoel van het formele bestuur zitten – ook inhoudt dat te allen tijde een deugdelijke en dus controleerbare administratie wordt bijgehouden. Als een (feitelijke) bestuurder niet onderbouwd kan aantonen met welk doel bepaalde uitgaven zijn gedaan, en daarmee vaststaat dat hij in zijn verantwoordingsplicht tekortschiet, is verdedigbaar dat op hem in een gerechtelijke procedure de bewijslast (en dus het bewijsrisico) dient te rusten om het zakelijke (en dus geoorloofde) karakter van de uitgaven aan te tonen.

5.4 De quasi-bestuurder en wanbeleid

Nederland, Curaçao, Sint Maarten en Aruba kennen een onderling vergelijkbaar recht van enquête; de BES-eilanden hebben een vergelijkbaar recht nog niet ingevoerd.[16] Het enquêterecht zal hier niet worden besproken. Alleen enkele kwesties die met quasi-bestuurders samenhangen komen aan de orde.[17] Voor de volledigheid

16 Frielink (2017b), nr. 8.1. Zie over die regelingen en hun onderlinge verschillen Jager (2014). Zie voor Aruba Van Veen (2020), nr. 9.4.

17 Blijkens HR 9 juli 2010, *JOR* 2010/228 m.nt. Van Ginneken (*ASMI*) betreft de uitoefening door de Stichting Continuïteit van de haar verleende optie (als beschermingsmaatregel) niet het beleid van de vennootschap (als bedoeld in art. 2:350 BW). Anders dan de OK, oordeelt de Hoge Raad dat ook voor de doeleinden van het enquêterecht de Stichting Continuïteit niet als medebeleidsbepaler van de vennootschap (wiens handelen gegronde redenen oplevert om aan een juist beleid te twijfelen) heeft te gelden voor zover het de uitoefening van die optie betreft. Daaraan voeg ik toe, met het oog op mijn onderzoek, dat de stichting wat betreft de uitoefening van genoemde optie, niet als een quasi-bestuurder kan worden aangemerkt. Terzijde: het begrip beleid in enquêteprocedures wordt in de wet in één zin genoemd met de gang van zaken bij de rechtspersoon. Dit begrip beleid heeft een ruimere strekking dan het "(mede)beleidsbepalen" in de zin van art. 2:138/248 lid 7 BW.

merk ik op dat de door de rechter (in Nederland: de Ondernemingskamer) benoemde tijdelijke bestuurder niet als quasi-bestuurder dient te worden aangemerkt.[18]

Wat de rechtspersoon zelf betreft zijn bevoegd tot het indienen van een enquêteverzoek de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij, de NV, de BV alsmede de stichting en de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid die een onderneming in stand houden waarvoor ingevolge de wet een ondernemingsraad moet worden ingesteld (art. 2:344 juncto art. 2:346 lid 1 onder d BW).[19] Het verzoek wordt ingediend door het statutaire bestuur en vereist is derhalve een bestuursbesluit. De vraag of in het geval van een patstelling, en er derhalve geen bestuursbesluit tot stand kan komen, een bestuurder op grond van zaakwaarneming desondanks een dergelijk verzoek zou kunnen indienen kwam in par. 4.13 aan de orde. Het verzoek kan namens de rechtspersoon ook worden ingediend door de RvC[20] of, indien sprake is van een monistisch bestuursmodel, door de niet-uitvoerende bestuurders.[21] Een schaduwbestuurder maakt geen deel uit van het statutaire bestuur en is derhalve niet bevoegd een enquêteverzoek in te dienen. Voor de feitelijke bestuurder dient hetzelfde te worden aangenomen. Een uitzondering is verdedigbaar als de feitelijke bestuurder de bestuursfunctie uitoefent op basis van zaakwaarneming. De rechtspersoon heeft dan immers geen bestuur (ontstentenis van alle bestuurders) of geen van de bestuurders kan dan wel mag de bestuursfunctie uitoefenen (belet), terwijl er een noodzaak kan zijn om een enquêteverzoek in te dienen.

In art. 2:351 lid 1 BW is bepaald dat de bestuurders, en de commissarissen als die er zijn, alsmede degenen die in dienst zijn van de rechtspersoon of de vennootschap, verplicht zijn desgevraagd alle inlichtingen te verschaffen die nodig zijn voor de uitvoering van het onderzoek. Diezelfde verplichting rust op hen die bestuurder of commissaris van de rechtspersoon of vennootschap waren, of bij deze in dienst waren, gedurende het tijdvak waarover het onderzoek zich uitstrekt. Wat Curaçao betreft is in art. 2:277 lid 1 BWC bepaald dat de bestuurders, commissarissen en

18 Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 7 april 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:2861, *JOR* 2020/140 m.nt. Josephus Jitta (*OK functionaris*). Het hof overwoog dat het feit dat een door de OK benoemde aandelenbeheerder in nauw contact stond met de door de OK benoemde tijdelijke bestuurder, onvoldoende is om hem als feitelijke bestuurder aan te merken. Als beheerder van aandelen is hij alleen aansprakelijk voor geleden schade als hij niet heeft gedaan wat van een redelijk handelend en redelijk bekwame aandelenbeheerder mocht worden verwacht.

19 Met ingang van 1 januari 2021 is ook in Curaçao de rechtspersoon zelf bevoegd een enquêteverzoek in te dienen (art. 2:272 lid 2 onder e BWC). Dit kan slechts worden gedaan krachtens een besluit van het bestuur of, zo dat er is, het toezichthoudend orgaan. Daarbij kan direct of in een later stadium door hetzelfde orgaan ter zake van de aan te spannen of aangespannen procedure een bijzondere vertegenwoordiger worden aangewezen (art. 2:273 lid 2 BWC). In Sint Maarten bestaat deze mogelijkheid sinds 20 november 2019. In Aruba is een met Curaçao vergelijkbaar enquêterecht ingevoerd op 1 januari 2021. De BES-eilanden hebben geen vergelijkbare regeling.

20 Met een RvC is gelijkgesteld een toezichthoudend orgaan dat bij of krachtens de statuten van de rechtspersoon is ingesteld.

21 Zie Kreileman (2020), nr. VI.4.7 over de vraag of deze bevoegdheid ook toekomt aan individuele niet-uitvoerende bestuurders.

werknemers van de rechtspersoon, de voormalige bestuurders, commissarissen en werknemers daaronder begrepen, én de in art. 2:7 lid 1 BWC genoemde personen, zijn gehouden aan het onderzoek alle vereiste medewerking te verlenen. De verplichting inlichtingen te verstrekken geldt ook voor (voormalige) quasi-bestuurders en voor (voormalige) quasi-commissarissen.

Uit de beschikking van 13 juni 2017[22] van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie in de Curaçaose enquêteprocedure inzake drie overheidsvennootschappen blijkt dat ook quasi-bestuurders zich aan wanbeleid schuldig kunnen maken. In Nederland geldt hetzelfde, zoals blijkt uit de beschikking van de Hoge Raad van 13 april 2018.[23] De Hoge Raad heeft geoordeeld dat een feitelijke bestuurder door de OK op grond van art. 2:354 BW (hoofdelijk) kan worden veroordeeld in de onderzoekskosten. In Curaçao bestaat wat betreft de veroordeling in (een deel van) de kosten van het onderzoek geen vergelijkbare bepaling. Wel zou daar, net als in Nederland, in het kader van de enquêteprocedure zelf (door het Gemeenschappelijk Hof) kunnen worden vastgesteld dat (bepaalde) quasi-bestuurders (mede)verantwoordelijk zijn voor het geconstateerde wanbeleid. In de enquêtezaak met betrekking tot de Curaçaose overheidsvennootschappen heeft het Gemeenschappelijk Hof in zijn beschikking van 13 juni 2017 enkel de verantwoordelijke organen van de betrokken vennootschappen aangewezen.

Verdedigbaar is dat het niet behoorlijk functioneren van organen van een rechtspersoon en in het bijzonder het toestaan dat quasi-bestuurders mede de dienst uitmaken, terwijl zij aan het toezicht van de RvC en/of de algemene vergadering zijn onttrokken, kan leiden tot het oordeel dat sprake is van wanbeleid.[24] Dat oordeel zal steeds van de concrete feiten en omstandigheden afhangen, maar daarvan zal in de regel sprake zijn als daardoor inbreuk wordt gemaakt op rechten en bevoegdheden van één of meer organen van de rechtspersoon alsmede wanneer daardoor wettelijke verplichtingen worden geschonden of ontdoken. In de enquêteprocedure inzake Van der Moolen Holding N.V.[25], besproken in par. 3.4.9, is door de OK vastgesteld dat een zekere K als feitelijke medebestuurder diende te worden aangemerkt. Het feit dat K deze feitelijke positie bekleedde zonder tot bestuurder te zijn benoemd, moet volgens de OK worden aangemerkt als wanbeleid van de vennootschap, omdat (a) K zich schuldig maakte aan onbehoorlijke belangenvermenging, (b) deze gang van zaken inbreuk maakte op de bevoegdheid van de aandeelhoudersvergadering tot benoeming van bestuurders, (c) het functioneren van K zich aldus onttrok aan het toezicht door de RvC, en (d) het op grond van de Wet op het financieel toezicht ontoelaatbaar is dat een persoon waarvan de betrouwbaarheid niet is vastgesteld door de AFM, functioneert als feitelijke beleidsbepaler van een financiële onderneming

22 GHvJ (Curaçao) 13 juni 2017, *JOR* 2017/316 m.nt. Van den Heuvel en Van Hees (*OM & Aqualectra/ Aqualectra c.s.*). Zie voor een uitvoerige weergave van deze zaak Frielink (2017b), nr. 8.10.

23 HR 13 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:597, *JOR* 2018/171 m.nt. Overkleeft (*Leaderland*).

24 Een dergelijke gang van zaken getuigt bovendien niet van good corporate governance.

25 Hof Amsterdam 15 februari 2013, *JOR* 2013/102 m.nt. Strik (*Van der Moolen*).

als de vennootschap. Dat K als feitelijke bestuurder heeft gefunctioneerd en onder de gegeven omstandigheden – en met de gevolgen als genoemd – kon functioneren wordt als wanbeleid aangemerkt. De OK oordeelt dat de CEO, de RvC en K voor dit wanbeleid verantwoordelijk zijn. De OK heeft ook ten aanzien van andere feiten wanbeleid vastgesteld. Daar waar K als feitelijke medebestuurder direct betrokken was bij de hoofdlijnen van dit wanbeleid, is hij daarvoor medeverantwoordelijk. K en de CEO worden hoofdelijk veroordeeld in de door de onderzoekers gemaakte, maar door de curatoren betaalde kosten van het onderzoek, alsmede in de proceskosten.

Op grond van art. 2:349a lid 2 BW kan de OK in elke stand van de enquêteprocedure onmiddellijke voorzieningen treffen als vereist is in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek.[26] Indien uit het verslag van wanbeleid is gebleken, kan de OK een of meer voorzieningen treffen, die zij op grond van de uitkomst van het onderzoek geboden acht (art. 2:255 lid 1 BW). Die voorzieningen staan opgesomd in art. 2:256 BW. In het kader van mijn onderzoek kan de vraag worden gesteld welke onmiddellijke voorzieningen dan wel welke voorzieningen na gebleken wanbeleid (specifiek) in relatie tot een quasi-bestuurder kunnen worden getroffen.[27]

Gaat het om een aandeelhouder die bijvoorbeeld met intimiderende ontslagdreigementen het bestuur zijn wil tracht op te leggen, dan kan worden gedacht aan een tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer. Commissarissen die hun wil ten aanzien van bestuursaangelegenheden trachten door te drukken, bijvoorbeeld door in het kader van aan de goedkeuring van de raad onderworpen besluiten stelselmatig de goedkeuring daaraan te onthouden, kunnen tijdelijk worden geschorst of (na gebleken wanbeleid) worden ontslagen. Een tijdelijke afwijking van de statuten, waardoor het goedkeuringsrecht van de RvC buiten werking wordt gesteld, is ook denkbaar. Verder noem ik hier dat de OK kan overgaan tot het tijdelijk aanstellen van één of meer bestuurders, die weerstand kunnen bieden aan quasi-bestuurders. Een dergelijke tijdelijke bestuurder kan bijvoorbeeld niet door de algemene vergadering worden ontslagen (art. 2:357 lid 6 BW). Ten slotte noem ik hier dat in het kader van een onmiddellijke voorziening een verbod aan quasi-bestuurders zou kunnen worden opgelegd om zich met het bestuur in te laten, eventueel gekoppeld aan een dwangsom.

5.5 Trustkantoren en quasi-bestuurders

Nederland en de Caribische delen van het Koninkrijk kennen het fenomeen trustkantoren.[28] Tot de diensten die trustkantoren doorgaans aanbieden behoort het optreden

26 Zie Eikelboom (2017) en voor Curaçao: Frielink (2017b), nr. 8.7.

27 Zie Eikelboom (2017), hfdst. 8 voor mogelijkheden en restricties wat betreft door de OK te treffen (onmiddellijke) voorzieningen.

28 Vgl. Frielink, Van Eersel en Van der Wulp (2020).

als bestuurder van een cliëntentiteit. In dat verband zijn de in dat kader gemaakte afspraken van trustkantoren met hun opdrachtgever (principaal, doorgaans de *ultimate beneficiary*) van belang. De bedoelde afspraken kunnen zodanig zijn dat de opdrachtgever valt in de eerder genoemde categorie van de formele schaduwbestuurder: een persoon die – niet zijnde een statutair bestuurder – met het statutaire bestuur (of een meerderheid van de bestuurders) heeft afgesproken dat zijn wensen (in beginsel) zullen worden uitgevoerd.[29] Deze opdrachtgever kan dan als (mede) beleidsbepaler en dus als quasi-bestuurder worden aangemerkt.

In het kader van de Curaçaose Stichting Particulier Fonds (SPF) komen veelvuldig constructies voor waarbij de buitenlandse inbrenger van het vermogen (de opdrachtgever/principaal van het trustkantoor) formeel nauwelijks of geen zeggenschap heeft.[30] Het trustkantoor richt in een dergelijk geval een SPF op en wordt daarvan de bestuurder. In de statuten worden dan bepaalde rechten toegekend aan de oprichter, die door het trustkantoor aan de principaal worden overgedragen (doorgaans oprichtersrechten genoemd). Het kan bijvoorbeeld gaan om goedkeuring die het bestuur nodig heeft voor het aanwijzen van de personen aan wie uitkeringen worden gedaan en voor de hoogte van de uitkeringen. Verder is in een dergelijk geval vaak goedkeuring van de houder van de oprichtersrechten (inmiddels de principaal) nodig voor de benoeming van de bestuurders. Er kan ook een 'letter of wishes' zijn, waarmee de principaal wensen kenbaar kan maken die (doorgaans) betrekking hebben op het doen van uitkeringen. Daarbij wordt standaard bepaald dat deze wensen het statutaire bestuur niet binden. Fiscale overwegingen spelen bij dit soort constructies niet zelden een rol. Maar de constructie kan zo zijn vormgegeven dat (door de rechter) wordt geoordeeld dat de principaal een zodanige contractueel gevestigde zeggenschap over de SPF heeft en over het vermogen van de SPF, dat sprake is van in Curaçao aanwezig vermogen dat (bijvoorbeeld) tot de failliete boedel van de principaal behoort, en dat de (buitenlandse) curatoren van de principaal met betrekking tot dat vermogen beheers- en beschikkingshandelingen kunnen verrichten. Met andere woorden: alleen op papier heeft het trustkantoor als bestuurder de zeggenschap over de SPF, maar in feite berust die bij de principaal. In een procedure in Curaçao ging het om een in Zuid-Afrika failliet verklaarde persoon (een principaal), die vermogen in een SPF te Curaçao had ingebracht. Twee

29 In concernverband maken Bartman/Dorresteijn/Olaerts (2020), nr. 3.3.2 een onderscheid tussen de bestuurdersovereenkomst (waarmee een individuele bestuurder van een dochtervennootschap zich jegens de moeder verbindt om zich te voegen naar de aanwijzingen van de moeder) en een beheersovereenkomst (waarmee het orgaan bestuur van de dochter zich jegens de moeder verbindt zich te voegen naar de aanwijzingen van de moeder). In het kader van trustdienstverlening kan het gaan om een beheersovereenkomst tussen de principaal als aandeelhouder van de cliëntvennootschap en het trustkantoor in de hoedanigheid van bestuurder van de cliëntvennootschap. Dat, zoals zij betogen, voor het aangaan van een dergelijke overeenkomst op grond van art. 2:107/217 lid 1 BW een besluit van de algemene vergadering vereist zou zijn, vermag ik niet in te zien. Heeft de cliëntvennootschap slechts één aandeelhouder (principaal) dan speelt deze kwestie niet.

30 Vgl. Frielink (2017b), nr. 7.3.

in Zuid-Afrika aangestelde curatoren hebben via de rechter de controle over die SPF weten te verwerven. De principaal heeft – in de kern – aangevoerd dat hij geen zeggenschap had over de SPF en het (door hem ingebrachte) vermogen van de SPF. Hij wees er kort gezegd op dat die zeggenschap berust bij het trustkantoor als bestuurder van de SPF en dat het trustkantoor zelfstandig de statutaire bevoegdheden kan uitoefenen. Het Gemeenschappelijk Hof[31] overweegt echter dat, gelet op (onder andere) de inhoud van de statuten van de betrokken SPF, en gelet op de aard van de dienstverlening van een trustkantoor, aan die (statutaire) bevoegdheid in normale omstandigheden geen of geringe betekenis toekomt. De aard van de dienstverlening van een trustkantoor brengt (in een zaak als deze) dus mee dat aan zijn positie als formele bestuurder geen of geringe betekenis toekomt. Met andere woorden: het beleid van de rechtspersoon (in een constructie als hier beschreven) wordt (in hoofdzaak) niet door de trustdirecteur bepaald, maar door de principaal. Dat maakt de principaal tot quasi-bestuurder.

In de zaak die heeft geleid tot een vonnis van het Gemeenschappelijk Hof,[32] waarin een trustbestuurder in Sint Maarten aansprakelijk werd gehouden voor het tekort in de failliete boedel van een SPF, had het trustkantoor onder meer aangevoerd dat een derde (de principaal / ultimate beneficiary) feitelijk het bestuur over de SPF had gevoerd en dus als medebeleidsbepaler (quasi-bestuurder) aansprakelijk diende te worden gehouden. Het Gemeenschappelijk Hof overweegt dat als er een dergelijke quasi-bestuurder is, dit de formele bestuurder niet van haar eigen verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid ontslaat. Met andere woorden: de formele bestuurder kan zich niet disculperen met de stelling dat feitelijk (materieel) iemand anders het bestuur voerde. Het Gemeenschappelijk Hof voegt daaraan toe dat ook niet is gebleken dat het trustkantoor maatregelen heeft genomen om de gevolgen van het handelen van die quasi-bestuurder af te wenden. Naar Nederlands recht zou het oordeel niet anders hebben geluid.

Het trustkantoor heeft zich in deze zaak beroepen op het feit dat in zijn optiek de principaal de enige beleidsbepaler was (en het trustkantoor zelf dus niet) en dus de principaal (als quasi-bestuurder) zou moeten worden aangesproken. Deze poging om aansprakelijkheid af te wenden werd door het Gemeenschappelijk Hof dus niet gehonoreerd. De kwestie roept wel de vraag op hoe in meer algemene zin naar de relatie tussen een trustkantoor en zijn opdrachtgever moet worden gekeken. Het is immers niet ongebruikelijk dat trustkantoren als bestuurder van een cliëntentiteit opdrachten (instructies) van hun principaal uitvoeren en contractueel hun bestuursvrijheid inperken. Of partijen zich in dat verband realiseren dat de opdrachtgever mogelijk als quasi-bestuurder kan worden aangemerkt, en (mede) op hem bijvoorbeeld de administratieplicht zou kunnen komen te rusten, is mij niet bekend. Het

31 GHvJ (Curaçao) 12 december 2017, *JOR* 2018/131 m.nt. Veder (*RSA/Gainsford q.q.*). Zie nader over deze zaak in eerste aanleg Frielink (2017b), nr. 7.3.

32 GHvJ (Sint Maarten) 13 maart 2015, ghis 69560 – H 300/14, Rechtspraakbundel (2020), nr. 24 (*Standard Trust/Seferina en Le Poole q.q.*). Zie nader over deze zaak Frielink (2017b), nr. 4.2.6.

beroep van het trustkantoor op de principaal als (enige) beleidsbepaler zou overigens wel relevant kunnen zijn voor zover het schade betreft die de principaal stelt te hebben geleden en op het trustkantoor zou willen verhalen, en in het geval dat door het trustkantoor een actie uit hoofde van regres zou worden ingesteld. Dat laatste zal vaak moeilijk zijn, omdat principalen in de regel in andere landen wonen (met een niet altijd even toegankelijke rechtsgang) en het dan nog maar zeer de vraag is of een aan het einde van de rit verkregen vonnis succesvol ten uitvoer kan worden gelegd.

Wat de aansprakelijkheid van een trustkantoor als bestuurder van een rechtspersoon betreft moet worden gewezen op het arrest van de Hoge Raad van 8 juli 2011 inzake MeesPierson.[33] In dat arrest is kort gezegd bepaald dat er voor trustkantoren als bestuurder geen verlicht regime bestaat wat betreft bestuurdersaansprakelijkheid: een trustbestuurder heeft als een volwaardige bestuurder te gelden. Dat dit ook in Sint Maarten geldt is in het hier besproken vonnis van het Hof bevestigd. Dit geldt gezien het vergelijkbare normenkader en het uitgangspunt van concordantie van rechtspraak evenzeer voor Aruba, Curaçao en de BES-eilanden.

5.6 De rechtspersoon als quasi-bestuurder

Bij de rechtspersoon als quasi-bestuurder kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een rechtspersoon die aandeelhouder is en een bepaald door het bestuur te nemen besluit door het uitoefenen van intense druk afdwingt. Er is geen overtuigend argument om de rechtspersoon-aandeelhouder in dat geval niet als quasi-bestuurder aan te merken en aansprakelijk te houden op grond van onrechtmatig handelen. Voor zover nodig kan de schade op de betrokken natuurlijke persoon worden verhaald met een beroep op de 'doorschakelregeling' (art. 2:11 BW/art. 2:17 BWC).[34] De bepaling in Curaçao is ontleend aan de Nederlandse wetsbepaling[35] en dient overeenkomstig te worden uitgelegd en toegepast. Beide regelingen zijn van toepassing bij zowel de interne

33 HR 8 juli 2011, *JOR* 2011/285 m.nt. Tekstra (*MeesPierson/Ontvanger*).

34 Zie HR 14 maart 2008, *JOR* 2008/152 m.nt. Borrius (*Lammers/Aerts q.q.*). Art. 2:248 lid 7 BW en art. 2:11 BW hebben volgens de Hoge Raad beide de strekking misbruik van rechtspersoonlijkheid te voorkomen. Het maakt volgens de Hoge Raad voor de toepassing van art. 2:11 BW geen verschil of de rechtspersoon die op grond van art. 2:248 BW aansprakelijk is, formele bestuurder dan wel beleidsbepaler van de failliete vennootschap is. Ook de wetsgeschiedenis van beide artikelen duidt erop dat art. 2:11 BW niet beperkt moet worden uitgelegd. Hetzelfde moet wat betreft de vergelijkbare bepalingen in Curaçao worden aangenomen. Zie Hanegraaf (2017), nr. 4.8 voor een uitvoerige bespreking van deze uitspraak.

35 Murray (2016), p. 431.

aansprakelijkheid als bij aansprakelijkheid jegens derden op basis van art. 6:162 BW.[36]

Is een buitenlandse rechtspersoon de 'directe' bestuurder van de rechtspersoon naar het recht van Nederland respectievelijk Curaçao, dan geldt op grond van de incorporatieleer dat van doorwerking geen sprake kan zijn.[37] Anders gezegd: er kan geen doorwerking op grond van art. 2:11 BW respectievelijk art. 2:17 BWC plaatsvinden als zich tussen de (primair aansprakelijke) rechtspersoon naar het recht van Nederland dan wel Curaçao en de uiteindelijke natuurlijke persoon of personen, een buitenlandse rechtspersoon bevindt. In dat verband geldt een rechtspersoon naar Nederlands recht in Curaçao als een buitenlandse rechtspersoon, en omgekeerd. De vraag kan nog worden gesteld of de natuurlijke persoon die bestuurder is van de buitenlandse bestuurder-rechtspersoon van een rechtspersoon naar het recht van Nederland dan wel Curaçao niet toch aansprakelijk zou kunnen zijn als quasi-bestuurder. Het antwoord op die vraag wordt op grond van de incorporatieleer beheerst door het recht van Nederland respectievelijk Curaçao. In dat verband zou (mede) een rol kunnen spelen of de betrokken natuurlijke persoon een buitenlandse rechtspersoon heeft tussengeschoven met het oogmerk om de werking van art. 2:11 BW dan wel art. 2:17 BWC te frustreren. In dat geval zou dienen te gelden dat misbruik van rechtspersonenrecht in rechte niet dient te worden gehonoreerd. Bovendien zou in dat geval de 'gewone' toetsingsnorm van art. 6:162 BW dienen te gelden.

Volgens Asser/Kroeze[38] kan uit de rechtspraak van de Hoge Raad worden afgeleid dat de aansprakelijkheid uit hoofde van art. 2:11 BW niet kan doorgrijpen naar de feitelijke beleidsbepaler (de quasi-bestuurder) van de rechtspersoon-bestuurder, maar enkel kan doorgrijpen naar de formele bestuurders van een rechtspersoon-feitelijk beleidsbepaler. Naar mijn mening zou doorgrijpen ook in het eerstgenoemde geval voor de hand liggen, omdat de ratio van de bepalingen is om de natuurlijke personen die (uiteindelijk) verantwoordelijk zijn voor de schending van de aan de orde zijnde norm(en), aansprakelijk te kunnen houden.[39] Dit laat uiteraard de mogelijkheid open

36 Vgl. HR 17 februari 2017, *JOR* 2017/121 m.nt. Leijten (*Le Roux Fruit Exporters*). Volgens de Hoge Raad volgt uit de aard van de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW, dat als een rechtspersoon-bestuurder aansprakelijk is op die grond, een bestuurder van die rechtspersoon-bestuurder aansprakelijkheid op grond van art. 2:11 BW (art. 2:17 BWC) (alsnog) kan voorkomen door te stellen, en zo nodig te bewijzen, dat hem persoonlijk geen ernstig verwijt kan worden gemaakt van de gedragingen waarop de aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder is gebaseerd. Deze bewijslastverdeling doet volgens de Hoge Raad recht zowel aan de ratio van art. 2:11 BW (art. 2:17 BWC) als aan de vereisten voor bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW. Zie over deze uitspraak Hanegraaf (2017), nr. 5.10.1.

37 HR 21 juni 2013, *JOR* 2013/238 m.nt. Verhagen (*My Guide*). Over deze uitspraak uitvoerig Hanegraaf (2017), nr. 6.6.

38 Asser/Kroeze 2-I (2021), nr. 212; Bulten en Leijten (2013); en Assink/Slagter (2013), nr. 15. Zie ook Lennarts (2017), p. 175-178 en Timmerman (2017), p. 38.

39 Vgl. Hanegraaf (2017), nr. 4.10.3.2.

dat de feitelijke beleidsbepaler van de rechtspersoon-bestuurder ook als eerstegraads beleidsbepaler zou kunnen worden aangemerkt.[40]

5.7 Bestuursverbod

5.7.1 Het bestuursverbod in Nederland

Op grond van art. 2:298 lid 3 BW, zoals dat met ingang van 1 juli 2021 luidt, kan een door de rechter ontslagen bestuurder van een stichting, gedurende vijf jaar na het ontslag geen bestuurder of commissaris van een stichting worden, tenzij de bestuurder mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt.[41]

Op grond van de artikelen 106a e.v. Faillissementswet is het mogelijk dat een bestuursverbod wordt opgelegd aan een bestuurder of gewezen bestuurder van een failliet verklaarde rechtspersoon.[42] Het verbod kan worden verzocht door de curator en het openbaar ministerie. Vereist is, voor zover hier relevant, dat tijdens of in de drie jaren voorafgaand aan het uitspreken van het faillissement van die rechtspersoon door de rechter bij onherroepelijk geworden uitspraak is geoordeeld dat de (gewezen) bestuurder voor zijn handelen of nalaten bij die rechtspersoon aansprakelijk is als bedoeld in de art. 2:138/2:248 BW.[43] Een bestuursverbod kan mede worden uitgesproken jegens de bestuurder van een rechtspersoon-bestuurder. Is aan een bestuurder een bestuursverbod opgelegd, dan kan hij gedurende vijf jaar nadat de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan, of zoveel korter als in de uitspraak is bepaald, niet tot bestuurder of commissaris van een in art. 2:3 BW genoemde rechtspersoon worden benoemd.[44] Een benoeming tot bestuurder of commissaris

40 Vgl. nr. 2.14 van de Conclusie van A-G Timmerman d.d. 14 maart 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BC1231 (*Lammers/Aerts q.q.*): "*Daarbij komt dat de formele bestuurder van een rechtspersoon feitelijke bestuurder niet altijd vrijuit gaat, ook al kan art. 2:11 BW niet op hem worden toegepast. Ten aanzien van hem kan immers aannemelijk worden gemaakt dat hij feitelijk bestuurder van de gefailleerde vennootschap is.*" In gelijke zin Hanegraaf (2017), nr. 4.10.3.1.

41 In Curaçao is het bestuursverbod geregeld in art. 2:55 lid 3 BWC. Het verbod strekt zich niet uit tot het zijn van commissaris, en ook het zinsdeel inzake het ernstig verwijt komt daar in de wet niet voor. Zie verder Frielink (2017b), nr. 7.2.

42 Zie Van Nuland (2021), nr. 4.2.1.5 en Kreileman en Bulten (2016). Carrière-Verlinden & Baas (2021) bespreken de jurisprudentie wat betreft de periode 2016 tot en met 2020. Voor zover zij konden nagaan werd negen keer over een civielrechtelijk bestuursverbod geoordeeld.

43 Bestuursverboden worden door de Kamer van Koophandel gepubliceerd: https://www.kvk.nl/over-kvk/overzicht-civielrechtelijk-bestuursverbod/.

44 Tenzij in de uitspraak anders is bepaald, vormt het bestuursverbod tevens een beletsel voor de uitoefening van de functie van bestuurder of commissaris bij alle in de procedure betrokken rechtspersonen (art. 106b lid 2 Fw). Op grond van art. 106c Fw dienen deze andere rechtspersonen in de gelegenheid te worden gesteld om hun zienswijze over het gevraagde bestuursverbod en de mogelijke gevolgen daarvan naar voren te brengen. Zie Rb Rotterdam 21 juli 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:7898 (*HV Bouw*).

in strijd met een onherroepelijk opgelegd bestuursverbod is nietig. Voor de toepassing van deze regeling wordt als bestuurder tevens aangemerkt degene die het beleid van de rechtspersoon heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder (art. 106d lid 1 Fw). Voor de toepassing van deze regeling wordt met een bestuurder gelijkgesteld de uitvoerende bestuurder en met een commissaris de niet-uitvoerende bestuurder, indien de bestuurstaken zijn verdeeld over uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders (art. 106d lid 2 Fw).

Voor de volledigheid wordt er op gewezen dat andere wettelijke regelingen ook de mogelijkheid van een bestuursverbod bevatten. Verwezen wordt naar onder meer art. 1:87 Wft, art. 53 Wet toezicht trustkantoren 2018[45] en art. 28 lid 1 onder 5° Wetboek van Strafrecht.[46] Aan deze regelingen wordt hier verder geen aandacht besteed.

5.7.2 Het bestuursverbod en de quasi-bestuurder

In het geval dat aan een quasi-bestuurder een bestuursverbod wordt opgelegd, heeft dat tot gevolg dat de betrokkene gedurende vijf jaar nadat de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan, of zoveel korter als in de uitspraak is bepaald, niet tot bestuurder of commissaris kan worden benoemd van een rechtspersoon als bedoeld in art. 2:3 BW (art. 106b juncto 106d Fw). Maar dit betekent evenzeer dat het de betrokken persoon niet is toegestaan om feitelijk leiding te geven aan een dergelijke rechtspersoon. Dit staat niet met zoveel woorden in de wet, maar is blijkens de parlementaire geschiedenis wel de bedoeling.[47] Gelet op de formulering van art. 106d Fw valt mijns inziens ook de schaduwbestuurder onder het verbod en niet enkel de feitelijke bestuurder. De wetgever zou deze bedoeling bij een volgende wetswijziging vrij simpel expliciet kunnen maken door aan art. 106b lid 1 Fw een zin toe te voegen: “Het bestuursverbod strekt zich uit tot de uitoefening van het bestuur als bedoeld in artikel 106d.”

---

45 Zie Frielink, Van Eersel en Van der Wulp (2020), nr. 3.3.3.2.

46 Zie over het strafrechtelijk bestuursverbod Doorenbos (2008). Zie ook HR 8 september 2020, *JOR* 2021/54 m.nt. Hornman (*Frauderende incasso-ondernemer*). De Hoge Raad overwoog (r.o. 2.4) dat op grond van art. 28 lid 1 Sr een verdachte kan worden ontzet uit onder meer het recht bepaalde beroepen uit te oefenen en dat die mogelijkheid bestaat in de bij de wet bepaalde gevallen en indien het strafbare feit is begaan in de uitoefening van dat beroep. Deze ontzetting dient, aldus de Hoge Raad, betrekking te hebben op het recht op uitoefening van een beroep dat in voldoende verband staat met het beroep waarin het strafbaar feit is begaan. Op grond van de parlementaire geschiedenis kan de ontzetting van het recht bepaalde beroepen uit te oefenen zich ook uitstrekken tot de beroepsuitoefening als het gaat om een persoon die op grond van het rechtspersonenrecht is benoemd als bestuurder van een rechtspersoon. Het zijn van bestuurder van een rechtspersoon wordt als een beroep aangemerkt. De Hoge Raad overweegt verder (r.o. 2.5.2) dat feitelijk leidinggeven als zodanig niet kan worden aangemerkt als de uitoefening van een voldoende bepaald beroep als bedoeld in art. 28 lid 1, aanhef en onder 5°, Sr.

47 *Kamerstukken II*, 2013-2014, 34 011, 3, p. 29-30 (MvT); *Kamerstukken II*, 2014-2015, 34 011, 6, p. 23 (NV); en *Kamerstukken I*, 2015-2016, 34 011, B, p. 1 (MvA).

De naleving van het bestuursverbod is moeilijk te controleren wanneer het gaat om het verbod om als quasi-bestuurder op te treden, nog los van de vraag – in het bijzonder in relatie tot schaduwbestuurders – wanneer een persoon (net) wel of (net) niet als zodanig kwalificeert. Dit neemt niet weg dat van een door de rechter uitgesproken bestuursverbod een zekere preventieve werking kan uitgaan. Naar ik aanneem zal in de loop van de procedure bij de rechtbank wel enig gevoel ontstaan wat betreft de betrokken persoon en een inschatting kunnen worden gemaakt of die zich vrijwillig aan het bestuursverbod zal houden. Zonodig kan de rechtbank ter verzekering van de naleving van haar uitspraak een dwangsom opleggen (art. 106b lid 5 Fw). Het 'ter verzekering' is wellicht iets te sterk uitgedrukt als de pakkans laag is, maar een zekere afschrikwekkende werking zal van een dwangsom in de regel wel uitgaan.

Dat een bestuursverbod tevens inhoudt een verbod om quasi-bestuurder te zijn betekent dat de betrokkene feitelijke noch schaduwbestuurder mag zijn. Dit heeft bijvoorbeeld gevolgen voor de contractuele afspraken die een principaal, aan wie een bestuursverbod is opgelegd, heeft gemaakt met het trustkantoor dat het bestuur vormt van de rechtspersoon (als bedoeld in art. 2:3 BW) waarvan hij de uiteindelijke gerechtigde is. Voor zover die afspraken een zodanige invloed van de principaal op het bestuur inhouden dat hij als quasi-bestuurder moet worden aangemerkt, moeten die afspraken als zijnde in strijd met het bestuursverbod, met ingang van de dag waarop dat verbod van kracht wordt, als nietig worden aangemerkt. Het bestuursverbod is echter territoriaal begrensd. Afspraken die een principaal heeft gemaakt met een trustkantoor dat optreedt als bestuurder van bijvoorbeeld een rechtspersoon naar het recht van Curaçao, worden door het bestuursverbod opgelegd door een rechter in Nederland niet geraakt; het gaat dan immers niet om een rechtspersoon als bedoeld in art. 2:3 BW. De territoriale begrenzing van het bestuursverbod betekent ook dat de principaal een buitenlandse rechtspersoon kan tussenschuiven: de afspraken over de wijze waarop het trustkantoor het bestuur over de Nederlandse rechtspersoon zal voeren, worden dan gemaakt met de tussengeschoven buitenlandse rechtspersoon. Dat de principaal (ook) daarvan de uiteindelijk gerechtigde is, maakt dat in beginsel niet anders. Ik sluit echter niet uit dat een dergelijke constructie als misbruik wordt aangemerkt, en dat de principaal, ook al handelt hij formeel via die buitenlandse rechtspersoon, toch als schaduwbestuurder van de Nederlandse rechtspersoon wordt aangemerkt.

Blijkens art. 106d Fw kan in het geval van een monistisch bestuursmodel aan een niet-uitvoerend bestuurder geen bestuursverbod worden opgelegd. Dat kan wel indien de niet-uitvoerend bestuurder als quasi-bestuurder van de failliete rechtspersoon kan worden aangemerkt. Voor commissarissen geldt hetzelfde.[48]

48 Zie voor kritiek op de regeling Kreileman en Bulten (2016), p. 539 en Carrière-Verlinden & Baas (2021).

5.7.3 Het bestuursverbod in Curaçao

Heeft de bestuurder van een stichting het te bont gemaakt dan kan de rechter bepalen dat een door hem ontslagen statutaire bestuurder gedurende vijf jaar nadat het ontslag onherroepelijk is geworden, geen bestuurder van een stichting kan zijn: een bestuursverbod (art. 2:55 lid 3 BWC).[49] Dit verbod om bestuurder te zijn strekt zich niet uit tot andere rechtspersonen dan stichtingen: dat hoeft volgens de wetgever ook niet, omdat aangenomen mag worden dat er bij die andere rechtspersonen in de regel andere organen zijn die het bestuur daadwerkelijk controleren. Is de betrokkene reeds bestuurder van andere stichtingen dan roept dat de vraag op naar de reikwijdte van de beschikking van de rechter: is de bestuurder ten aanzien van die andere stichtingen van rechtswege bestuurder af of moet hij aftreden? Het laatste lijkt mij meer voor de hand te liggen. Uitgangspunt dient mijns inziens te zijn dat in geval de rechter oordeelt dat de betrokkene bepaald ongeschikt is om bestuurder van een stichting te zijn, hij ook moet terugtreden uit het bestuur van andere stichtingen waarvan hij deel uitmaakt. Die andere stichtingen zijn niet bij de hier genoemde procedure betrokken en moet enige tijd worden gegund om zonodig in de vacature te voorzien. Ik zou derhalve willen aannemen dat, tenzij de rechter anders bepaalt, de bestuurder met bekwame spoed bij die andere stichtingen moet aftreden (binnen twee weken nadat de uitspraak onherroepelijk is geworden of zoveel eerder als door de rechter bepaald) en dat het Openbaar Ministerie zonodig actie kan ondernemen op de voet van art. 2:55 BWC dan wel in kort geding. Wellicht kunnen we art. 2:55 lid 3 BWC zo lezen, dat de rechter die het verbod oplegt – voor zover mogelijk – ook de gevolgen daarvan mag (of dient te) regelen, zij het dat die door de rechter te formuleren gevolgen geen werking kunnen hebben jegens stichtingen die geen partij in de procedure waren.

Het verbod kan door de rechter worden opgelegd in geval de bestuurder iets heeft gedaan of nagelaten in strijd met de bepalingen van de wet of de statuten, dan wel zich schuldig heeft gemaakt aan wanbeleid, of in geval hij niet of niet behoorlijk voldoet aan zijn verplichting om inlichtingen te verschaffen en desgevraagd ook inzage in de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers te geven aan het Openbaar Ministerie en de deskundigen. De vraag of een bestuursverbod moet worden opgelegd komt immers aan de orde in het kader van een ontslagprocedure als bedoeld in art. 2:55 lid 1 BWC. De schendingen waarom het hier gaat zijn van uiteenlopende aard, en kunnen ernstig en minder ernstig zijn. De wet biedt verder voor de rechter geen houvast om te beoordelen of een dergelijk verbod geboden is. Met name als het gaat om ernstig wanbeleid waarbij de belangen van derden zijn geschaad, of wanneer sprake is van bepaalde (financiële) strafbare feiten van een zekere ernst, zou een

49 Op grond van art. 1:64 lid 1 onder b Wetboek van Strafrecht van Curaçao kan de rechter in bepaalde gevallen een persoon ontzetten in de uitoefening van bepaalde beroepen. Onder 'beroep' moet mede worden begrepen het zijn van bestuurder van een rechtspersoon. Dit strafrechtelijke bestuursverbod betreft een veel ruimere categorie dan het hier besproken civielrechtelijke bestuursverbod.

bestuursverbod aan de orde kunnen zijn, temeer wanneer sprake is van een (begin van een) patroon of gevaar daarvan is te duchten.

Intussen moet van een bestuursverbod niet te veel worden verwacht. Het verbod is zeer eenvoudig te omzeilen door een andersoortige rechtspersoon tussen te schuiven dan wel gebruik te maken van een buitenlandse rechtspersoon die dan bestuurder wordt van een stichting, terwijl degene aan wie het bestuursverbod is opgelegd bestuurder van de bestuurder wordt. Deze regeling roept verder nog wel een aantal vragen op. Hoe en door wie wordt gecontroleerd of de betrokkene bestuurder van andere stichtingen is? Wie informeert die andere stichtingen? Wie schrijft de bestuurder uit wanneer hij enig bestuurder is? Bovendien zou het defungeren van de (enige) bestuurder van die andere stichtingen wel eens ongewenste consequenties kunnen hebben, die de rechter bij zijn afweging niet heeft kunnen betrekken. Een zekere terughoudendheid bij het uitspreken van deze sanctie ligt dan ook in de rede. Het is daarnaast de vraag of deze punitieve sanctie wel in het civiele recht thuishoort. Ten slotte roept de regeling de vraag op of het bestuursverbod ook zou kunnen worden opgelegd aan een quasi-bestuurder van een stichting. De tekst van de wet lijkt die ruimte niet te bieden, net zomin als de letterlijke tekst verbiedt dat degene aan wie een bestuursverbod is opgelegd zich als quasi-bestuurder van een stichting gaat gedragen. Denkbaar is dat de nieuwe bestuurder van de stichting of een belanghebbende in kort geding een dergelijk bestuursverbod als voorlopige voorziening vraagt, met daaraan gekoppeld een dwangsom.

5.8 De Staat, het Land en de Minister als quasi-bestuurder

Er is overheidsbemoeienis met rechtspersonen van uiteenlopende aard. Een belangrijk deel van die bemoeienis is van publiekrechtelijke aard en heeft veelal te maken met wetgeving (denk aan het Burgerlijk Wetboek en hinder- en milieuwetgeving), vergunningen en ontheffingen, subsidies en noem maar op. Als de Staat of het Land door middel van wet- en regelgeving een bepaald beleid of bepaalde handelingen bij privaatrechtelijke rechtspersonen afdwingt, en in zoverre dus als het ware (mede) beleidsbepalend is, dan kan de Staat of het Land niet als quasi-bestuurder worden aangemerkt. In dit soort gevallen treedt de Staat of het Land op in zijn staats- en publiekrechtelijke hoedanigheid en staat in zoverre niet in een privaatrechtelijke verhouding tot de betrokken rechtspersonen.

Er is ook een andere vorm van bemoeienis, namelijk wanneer de Staat der Nederlanden, het Land Curaçao[50] of enige Minister binnen het Koninkrijk zich (intensief) bemoeit met het beleid en de gang van zaken binnen een rechtspersoon, en binnen ondernemingen in het bijzonder.[51]

50 Het kan uiteraard ook gaan om (een Minister van) het Land Aruba of het Land Sint Maarten, of om een Gedeputeerde op een van de BES-eilanden.

51 Zie Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond (2013), nr. 291 over de overheidscommissaris.

Ik noem hier enkel de tot de verbeelding sprekende kwestie Rijn-Schelde-Verolme (RSV), een medio jaren zeventig van de vorige eeuw in zwaar weer verkerende scheepsbouwer, waarin de Staat veel geld had gestoken. Er was een (later fataal gebleken) reddingsplan waarvoor nog meer geld van de Staat nodig was, die bereid was die middelen beschikbaar te stellen, maar onder de voorwaarde dat een topambtenaar van het Ministerie van Economische Zaken, de heer Joseph Molkenboer, als regeringswaarnemer zou worden aangesteld.[52] Deze kwestie, die de Staat honderden miljoenen guldens aan staatssteun heeft gekost, wordt hier verder niet besproken.[53]

In Curaçao kennen we ook voorbeelden van bemoeienis, in het hier te bespreken geval in relatie tot enkele overheidsvennootschappen.[54] Dit heeft zelfs tot een enquêteprocedure geleid. Daarin kwam ook de vraag aan de orde naar, kort gezegd, het primaat van het staats- en publiekrecht (of: de politiek) dan wel het privaatrecht. In zijn beschikking van 13 juni 2017[55] heeft het Gemeenschappelijk Hof in deze enquêteprocedure inzake drie overheidsvennootschappen wat betreft het beroep op niet-ontvankelijkheid (gedaan door een voormalige Minister-President) overwogen dat voor niet-ontvankelijkverklaring slechts plaats is in gevallen waarin de rechter op processuele gronden niet toekomt aan een behandeling van de zaak ten principale. Uit het feit dat het hier om overheidsvennootschappen gaat, en de aandeelhouder wordt vertegenwoordigd door een lid van de regering (in dit geval de Minister-President), in welk verband door de betrokken belanghebbende een beroep op het "primaat van de politiek" is gedaan, kan volgens het hof geen processuele grond worden afgeleid die aan behandeling van de zaak ten principale in de weg staat. Aan de ontvankelijkheid staat in elk geval niet in de weg dat de verzoeken mede verband houden met politieke beraadslagingen en besluitvorming. De publiekrechtelijke verantwoordelijkheden en interne besluitvorming van (de organen, vertegenwoordigers en/of diensten van) het Land Curaçao (en de daarbij betrokken politici, ambtenaren en andere personen) kunnen de verantwoordelijkheid van het Land Curaçao als enig aandeelhouder van (onder andere) Aqualectra, zoals deze mede wordt bepaald door art. 2:7 BWC, volgens het hof niet aantasten.

Het hof overweegt in r.o. 4.1.3 dat "*de wijze waarop het Land aan deze verantwoordelijkheid invulling geeft, mede (kan) bijdragen tot het oordeel dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twijfelen. De wijze waarop het Land aan deze verantwoordelijkheid invulling geeft, kan tevens bijdragen tot het oordeel dat er sprake is van wanbeleid. Dit kan in een civiele enquêteprocedure worden onder-*

52 De regeringswaarnemer is een toezichthouder bij ondernemingen die staatssteun ontvangen, specifiek met het oog op de bescherming van de belangen van de Staat. Zie verder Honeé (1983), en Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond (2013), nr. 290.

53 Zie nader Slagter (1985).

54 Zie voor andere gevallen Frielink (2020), p. 493-494.

55 GHvJ (Curaçao) 13 juni 2017, *JOR* 2017/316 m.nt. Van den Heuvel en Van Hees (*OM & Aqualectra/ Aqualectra c.s.*). Zie voor het vervolg HR 6 juli 2018, *NJ* 2019/394 m.nt. Van Solinge (*X c.s./OM & Aqualectra*).

zocht. Het "primaat van de politiek" maakt dus niet dat bij een naamloze vennootschap waarvan alle aandelen door het Land worden gehouden, geen sprake kan zijn van wanbeleid. Het maakt ook niet dat politieke ambtsdragers niet kunnen worden aangewezen als daarvoor verantwoordelijke personen."

Uit deze beschikking vloeit voort dat bijvoorbeeld een minister die zich als quasi-bestuurder heeft gedragen, zich in een enquêtezaak niet op niet-ontvankelijkheid van de verzoeker kan beroepen met het argument dat hier het 'primaat van de politiek' heeft te gelden. In een eventuele procedure waarin van die minister schadevergoeding wordt gevorderd kan dit verweer mijns inziens evenmin slagen. Het gaat hier immers om een doen en laten in de privaatrechtelijke sfeer, waaronder bijvoorbeeld de uitoefening van stemrecht verbonden aan door het Land gehouden aandelen, of het feitelijk door een Minister (of andere vertegenwoordiger van het Land) bij het bestuur van de vennootschap afdwingen van bepaalde handelingen of bepaald beleid.[56]

Dat het hier om overheidsvennootschappen gaat maakt geen verschil. Als de overheid er voor kiest om bepaalde activiteiten (en dan kan het gaan om publieke taken) in een naamloze vennootschap onder te brengen, waarvan de aandelen of nagenoeg alle aandelen door de overheid worden gehouden, dan is dat een bewuste keuze voor het gebruik maken van een privaatrechtelijke entiteit. Bij een dergelijke entiteit hoort een eigen rechtssfeer, namelijk het privaatrecht, waarmee de overheid rekening behoort te houden; de overheid heeft de normen van die rechtssfeer in acht te nemen. Dat de overheid (lees: de regering) zich onder omstandigheden geroepen kan voelen bepaalde instructies aan het bestuur van een vennootschap te geven maakt dat niet anders. Ook het feit dat de overheid dat (doorgaans) vanuit een algemeen of publiek belang zal zeggen te doen, maakt niet dat het handelen van de overheid niet (in bijvoorbeeld een enquêteprocedure) getoetst zou kunnen worden. Dat over het doen en

56 Zie voor een bijzonder geval, waarin Gedeputeerden van (toen nog) het Eilandgebied Curaçao, bestuurslid waren van de Stichting DC Beheer, via welke stichting het Eilandgebied Curaçao middellijk de enig aandeelhouder was van luchtvaartmaatschappij DCA: Gerecht in Eerste Aanleg, zittingsplaats Curaçao, 20 november 2006, AR 2004/2030, Rechtspraakbundel (2020) nr. 8 (*American Sales/Evertsz e.a.*). Het Gerecht is in deze zaak niet toegekomen aan de vraag of de (relevante) gedaagden kunnen worden aangemerkt als feitelijke bestuurders en/of beleidsbepalers van DCA. Zie voor een andere zaak rondom (deels) hetzelfde feitencomplex: Gerecht in Eerste Aanleg, zittingsplaats Curaçao, 7 mei 2007, AR 2004/1520, Rechtspraakbundel (2020), nr. 10 (*Vereniging van Nederlandse Verkeersvliegers c.s./Land de Nederlandse Antillen c.s.*). In deze zaak hebben de eisers alle (rechts)personen in rechte betrokken die in de periode vanaf 1998 direct bij het beleid van ALM97 en DCA betrokken zijn geweest: de bestuurders en commissarissen van ALM97 en van DCA, twee procuratiehouders van DCA die na 6 september 2004 gezamenlijk met het bestuur van DCA waren belast, het bestuur van DC Beheer, het Land als aandeelhouder/financier en medebeleidsbepaler van ALM97, het Eilandgebied als aandeelhouder/financier en medebeleidsbepaler van DCA, en DC Beheer als de rechtspersoon die belast was met de privatisering van DCA. Omdat reeds op grond van de door eisers gestelde feiten en omstandigheden volgens het Gerecht geen bestuurdersaansprakelijkheid kan worden aangenomen, behoeft de vraag of een (of meer) gedaagde(n) kan (kunnen) worden aangemerkt als feitelijke bestuurders van ALM97 en DCA niet meer te worden beantwoord.

laten van de regering of een Minister mogelijk ook verantwoording in het parlement moet worden afgelegd is van andere orde, en staat niet in de weg aan toetsing door de burgerlijke rechter.[57]

In België is in een extreem geval de Staat als feitelijke bestuurder veroordeeld nadat een door de Staat opgedrongen crisismanager het beleid van de vennootschap op beslissende (desastreuze) wijze had bepaald.[58] Naar het recht van Nederland en Curaçao moet een dergelijke aansprakelijkheid van de Staat respectievelijk het Land, zoals uit het voorgaande blijkt, in beginsel ook mogelijk worden geacht. Het hoeft niet om een opgedrongen (crisis)manager te gaan wiens doen en laten tot diens persoonlijke aansprakelijkheid leidt. Voor aansprakelijkheid van de Staat of het Land is voldoende dat die de betrokken bestuurder zodanig (dwingend) heeft geïnstrueerd of onder druk gezet, dat de Staat of het Land als het ware op de stoel van de bestuurder is gaan zitten. Voor de Staat of het Land kan bijvoorbeeld ook een individuele Minister worden gelezen. Degene die in opdracht van de Staat of het Land heeft gehandeld of zich door de Staat of het Land heeft laten aansturen, ook in het geval dat een enkele Minister als quasi-bestuurder zou worden aangemerkt, zal in een dergelijk geval naast de Staat of het Land (of die Minister) aansprakelijk zijn. Wellicht dat de betrokkene een regresrecht jegens de Staat respectievelijk het Land toekomt.[59]

Of de Staat respectievelijk het Land (secundair) aansprakelijk is voor gedragingen van een Minister die als quasi-bestuurder wordt aangemerkt, is een vraag in de categorie risicotoerekening. Hier speelt het Kleuterschool Babbel-criterium wellicht een rol: wat heeft in het concrete geval in het maatschappelijk verkeer te gelden als gedraging van de Staat of het Land? Bij de bestuurder van een privaatrechtelijke rechtspersoon rechtvaardigen diens informatiepositie en instructiemacht mede de toerekening van zijn kennis aan de rechtspersoon.[60] Betreft het een Minister dan zou dezelfde gedachtegang kunnen worden gevolgd. Belangrijker is wellicht dat het doen en laten van een Minister in relatie tot een privaatrechtelijke rechtspersoon, door die

57 De Staat of het Land kan zich, bijvoorbeeld in de hoedanigheid van aandeelhouder, als quasi-bestuurder gedragen en uit dien hoofde aansprakelijk zijn. De Minister die (min of meer toevallig) is belast met de stemuitbrenging in de algemene vergadering en dus met de uitvoering van dit deel van het overheidsbeleid, is niet reeds op die grond persoonlijk aansprakelijk (de regeling van art. 2:11 BW/art. 2:17 BWC is hier niet van toepassing). Daarin verschilt dit voorbeeld van het geval dat een Minister of Gedeputeerde zich persoonlijk bemoeit met het beleid van een overheidsvennootschap, bijvoorbeeld door bij het bestuur af te dwingen dat allerlei bevriende relaties op de loonlijst worden geplaatst. In laatstgenoemd voorbeeld begeeft de Minister of Gedeputeerde zich persoonlijk in de sfeer van Boek 2 BW.

58 Zie Ronse e.a. (1986), p. 1319-1320.

59 Indien de Staat of het Land tot vergoeding van schade zou worden veroordeeld, is denkbaar dat hij een regresrecht jegens de betrokkene heeft. Aan laatstgenoemde zou in dat geval niet zonder meer het verweer moeten toekomen dat zijn kennis aan de Staat of het Land dient te worden toegerekend. Vgl. Katan (2017), nr. 5.3.3, die op p. 453 een vergelijkbare stelling inneemt naar aanleiding van de zaak *Van Vliet Beheer/Van Galen q.q.* (HR 20 oktober 2006, *RvdW* 2006/979). Zie voor de feiten in die zaak de conclusie van A-G Huydecoper van 11 augustus 2006 (ECLI:NL:PHR:2006:AY9219).

60 Katan (2017), nr. 2.5.4.

rechtspersoon en door derden, niet wordt opgevat als een persoonlijk doen en laten van de Minister, maar als een doen en laten van de Staat of het Land.

5.9 Enkele aspecten van procedures tegen quasi-bestuurders

De quasi-bestuurder als fenomeen komt voornamelijk tot ons via rechterlijke uitspraken en, voor wie daarmee te maken hebben, het voeren van procedures inzake aansprakelijkheid die al dan niet uitmonden in een rechterlijke uitspraak. Zoals bij de voorbereiding van elke rechtszaak kunnen zich vragen aandienen waarvan het antwoord (mede) bepalend kan zijn voor bijvoorbeeld de vraag voor welke rechter zal worden geprocedeerd of welke verweren in dat verband zullen worden aangevoerd. De procedurele aspecten van procederen tegen of het voeren van verweer namens een quasi-bestuurder[61] worden hier niet uitvoerig besproken. In par. 4.13 kwam reeds het leerstuk zaakwaarneming aan de orde in relatie tot enquêteprocedures.

5.9.1 De bevoegde rechter

In artikel 2:131 BW is bepaald dat de rechtbank, binnen welker rechtsgebied de vennootschap haar woonplaats heeft, kennis neemt van alle rechtsvorderingen betreffende de overeenkomst tussen de vennootschap en de bestuurder, daaronder begrepen de vordering bedoeld in artikel 2:138/2:248 BW, waarvan het bedrag onbepaald is of € 25.000 te boven gaat.[62] Onder overeenkomst is hier ook begrepen een eventuele arbeidsovereenkomst. Voor de BV is hetzelfde bepaald in art. 2:241 BW.

Dat in art. 2:131 BW, wat betreft de duiding van de relatie tussen de vennootschap en de bestuurder, enkel wordt gesproken over rechtsvorderingen met betrekking tot de overeenkomst tussen de vennootschap en de bestuurder, acht ik niet heel gelukkig. Tussen de bestuurder en de rechtspersoon bestaat primair een organisatierechtelijke betrekking, een betrekking van eigen aard, geregeld in Boek 2 BW. Daarnaast kán sprake zijn van een contractuele relatie, maar dat hoeft niet. De verplichting tot behoorlijk bestuur is gebaseerd op de organisatierechtelijke betrekking, en dat geldt evenzeer voor een eventuele vordering die door de curator wordt ingesteld op basis van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Dat in art. 2:131 BW is bepaald dat de vordering gebaseerd op art. 2:138 BW 'daaronder' is begrepen, dat wil zeggen onder het begrip overeenkomst, wekt verwarring en is systematisch onjuist. Dit punt is ook niet zonder belang. Zo wordt bijvoorbeeld in de literatuur verdedigd dat art. 2:131 BW niet van

61 De quasi-bestuurder als eisende partij is natuurlijk ook mogelijk, maar de nadruk in deze studie ligt nu eenmaal op de aansprakelijkheid en verplichtingen van quasi-bestuurders, en dan zal de quasi-bestuurder doorgaans de verwerende partij zijn (eventueel in reconventie).

62 In het wetsartikel stond tot 1 juli 2021 abusievelijk een verwijzing naar het per 1 januari 2015 vervallen art. 7:685 BW. Deze fout is hersteld en thans wordt verwezen naar art. 7:671b BW en art. 7:671c BW. Zie hierover en over de aanvankelijk voorgenomen maar later ingetrokken wens om de regeling in het algemeen deel van Boek 2 BW op te nemen *Kamerstukken II*, 2018-2019, 34 491, nr. 6 en 7.

toepassing is op de feitelijke bestuurder, omdat tussen hem en de vennootschap in de regel geen overeenkomst in de zin van deze bepaling bestaat.[63] Op grond van de gelijkstelling van de quasi-bestuurder met de statutaire bestuurder (art. 2:138/248 lid 7 BW) is op zich verdedigbaar dat die ook art. 2:131/241 BW omvat, maar mijn voorkeur gaat uit naar een andere redactie van de betreffende wettelijke bepalingen. Mede gelet op de tekst van art. 9 lid 1 BWC, is mijn voorstel om de wet als volgt aan te passen.

De eerste volzin van art. 2:131 BW zou als volgt kunnen luiden:

> "*De rechtbank, binnen welker rechtsgebied de vennootschap haar woonplaats heeft, neemt kennis van alle rechtsvorderingen die krachtens dit Boek of de statuten worden ingesteld tegen een bestuurder of de rechtspersoon, waarvan het bedrag onbepaald is of € 25.000 te boven gaat, daaronder begrepen de vordering bedoeld bij artikel 138 van dit Boek, alsook van de rechtsvorderingen waartoe de overeenkomst tussen een bestuurder en de rechtspersoon aanleiding geeft.*"

Als de wet zou worden aangepast is het te overwegen om ook vorderingen gebaseerd op onrechtmatige daad onder deze bepaling te brengen. Relevant is immers primair de relatie tussen de (quasi-)bestuurder en de rechtspersoon, niet de grondslag van de vordering.

De eerste zin van lid 7 van art. 2:138 BW kan als volgt worden aangepast:

> "*Met een bestuurder wordt voor de toepassing van dit artikel en van artikel 131 van dit Boek gelijkgesteld degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder.*"[64]

De voor de BV geldende bepalingen zouden dan in gelijke zin moeten worden aangepast. Aanpassing wat betreft de overige rechtspersonen is niet nodig, aangezien gebruik wordt gemaakt van schakelbepalingen.

In Curaçao bevat de wet in artikel 2:9 BWC een regeling voor alle rechtspersonen.[65] Het Gerecht in Eerste Aanleg neemt kennis van alle rechtsvorderingen die krachtens Boek 2 BWC of de statuten tegen een bestuurder of de rechtspersoon worden ingesteld. Dit geldt ook voor alle rechtsvorderingen waartoe de overeenkomst tussen een bestuurder en de rechtspersoon aanleiding geeft.[66] Hetzelfde geldt voor alle overige in Boek 2 BW geregelde procedures en voor procedures die voortvloeien

---

63 Vgl. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb (2019), nr. 174. Zie ook Frielink (2021a), p. 469-470.

64 Ik zou verder de voorkeur geven aan deze formulering: "*Met een bestuurder wordt voor de toepassing van dit artikel en van artikel 131 van dit Boek gelijkgesteld de persoon die als feitelijke bestuurder of als schaduwbestuurder is opgetreden*". Zie par. 6.7.2.

65 Bij de omzetting van Boek 2 BW van de Nederlandse Antillen naar (in dit geval) dat van Curaçao zijn enkele fouten in de tekst geslopen. Deze fouten zijn ingaande 1 januari 2021 hersteld.

66 Rb Rotterdam 26 juni 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5150 (*Meva Formworks Caribbean/X*) overweegt dat de partijen in die zaak het erover eens zijn dat deze rechtbank bevoegd is van de onderhavige geschillen kennis te nemen en dat de rechtbank ambtshalve geen reden ziet daar anders over te denken. Meva Formworks Caribbean is gevestigd in Curaçao en de gedaagde is woonachtig in het arrondissement Rotterdam.

uit een vennootschappelijke overeenkomst, met uitzondering van de enquêteprocedure. Verder is bepaald dat de statuten van een rechtspersoon kunnen bepalen dat alle of bepaalde geschillen tussen twee of meer van de in artikel 2:7 lid 1 BWC bedoelde personen als zodanig worden beslist door arbitrage of bindend advies.

In deze bepalingen wordt de bestuurder genoemd. Verdedigbaar is dat de gelijkstelling van de quasi-bestuurder met de formele bestuurder meebrengt dat ook een procedure tegen de quasi-bestuurder bij de hier genoemde rechter moet worden aangebracht, maar het is wellicht beter de volgende zin aan het eerste lid van art. 2:9 BWC toe te voegen:

> "*Het bepaalde in dit lid is van overeenkomstige toepassing op de feitelijke bestuurder en de schaduwbestuurder.*"

Of iemand als quasi-bestuurder dient te worden aangemerkt zal pas blijken als een beroep op onbevoegdheid van de rechter is gedaan en daarover een debat is gevoerd.[67] De vraag of iemand quasi-bestuurder is kan (en zal doorgaans) uiteraard ook aan de orde komen in het geval dat een curator een persoon in rechte betrekt, stellende dat hij quasi-bestuurder is, en in dat kader daarvoor het bewijs moet leveren.[68]

Ik hanteer als eerder uiteengezet (par. 4.14) in deze studie een ruim begrip 'bestuurder':

(i) iedere persoon die de bestuursfunctie formeel uitoefent;
(ii) iedere persoon die de bestuursfunctie feitelijk uitoefent (en daarmee – al dan niet tezamen met anderen – beslissende invloed uitoefent); en
(iii) iedere persoon die door middel van instructies of op basis van gemaakte afspraken beslissende invloed uitoefent op het handelen en/of de besluitvorming van het formele bestuur.

Er kunnen zich verschillende gevallen voordoen. Zo kan degene die als gedaagde/verweerder wordt betrokken in een rechtszaak voor de rechter van de plaats van de rechtspersoon, zich op de onbevoegdheid beroepen met de stelling dat hij geen

67 De Bock (2017), nr. 6.3.1 vermeldt dat het zijn ervaring is dat een kantonrechter in zaken die op bestuurders van rechtspersonen betrekking hebben, zijn absolute bevoegdheid niet of nauwelijks toetst als hij daartoe niet expliciet wordt uitgenodigd en dat, indien partijen een bestuurdersgeschil aanbrengen bij de sector kanton en er niet gerept wordt over het statutaire bestuurderschap, de kantonrechter de zaak zal afdoen als elke andere zaak. Hij verwijst in dit verband naar HR 8 oktober 1993, *NJ* 1994/211 m.nt. PAS (*De Waard/Mooij Verf*).

68 Hof Den Bosch 28 januari 2020, *JOR* 2021/2 m.nt. Roest (*Lückers q.q./Incassobemiddeling*) kent wat betreft de stelling van de curator dat een bepaalde persoon als feitelijke bestuurder dient te worden aangemerkt, betekenis toe aan het feit dat de curator door het ontbreken van een (deugdelijke) administratie de mogelijkheid is ontnomen om voldoende inzicht in de onderneming te verkrijgen en om zijn stellingen nader te onderbouwen. Annotator Roest heeft bezwaren tegen dit uitgangspunt, "*omdat een ondeugdelijke administratie in beginsel geen rol kan spelen in het kader van de bewijslast van de curator dat de werknemer feitelijk bestuurder zou zijn. Immers, voor de werknemer van wie gesteld wordt dat hij feitelijk bestuurder is, geldt eenzelfde beperking: ook hij heeft geen toegang tot de administratie ter adstructie van zijn betwistingen*".

quasi-bestuurder is en derhalve niet met een formele bestuurder kan worden gelijkgesteld, en dat er overigens geen gronden zijn voor het aannemen van bevoegdheid van deze rechter. Dit beroep zou alleen kunnen slagen indien naast hem geen anderen zijn gedagvaard die de aangezochte rechter reeds bevoegd maken.

Het andere geval is dat de betrokkene als gedaagde/verweerder wordt betrokken in een rechtszaak voor een andere rechter dan die van de plaats van de rechtspersoon. Een beroep op onbevoegdheid ligt misschien niet voor de hand, maar is niet ondenkbaar. Als deze persoon weet dat de kans groot is dat hij (toch) als quasi-bestuurder wordt aangemerkt, zou hij uit tactische overwegingen een dergelijk beroep kunnen doen, bijvoorbeeld om de voortgang van de procedure (enigszins) af te remmen.

In zijn algemeenheid geldt dat de rechter die onderzoek naar de bevoegdheid doet, zich niet beperkt en ook niet behoort te beperken tot de stellingen van de eisende of verzoekende partij.[69] De rechter moet acht slaan op alle ter beschikking staande gegevens inzake de hoedanigheid van partijen, of ruimer gezegd, de tussen partijen bestaande rechtsverhouding (en in dit geval specifiek de vraag of de betrokken persoon voor wat betreft de vraag naar de bevoegdheid als quasi-bestuurder kan worden aangemerkt) en daarin, indien aanwezig, de stellingen van de verwerende partij betrekken. Laat de gedaagde verstek gaan dan kunnen enkel de stellingen van de eiser in het oordeel worden betrokken.[70] De rechter hoeft echter geen gelegenheid tot het leveren van bewijs te geven. Een en ander betekent niet dat de rechter reeds in dit stadium, waarin het gaat om een oordeel over zijn bevoegdheid, een definitieve beslissing moet nemen over de vraag of de betrokken persoon als een quasi-bestuurder is aan te merken. Wat betreft het wel of niet aannemen van zijn bevoegdheid heeft het oordeel, behoudens hoger beroep en cassatie, als definitief te gelden, maar wat betreft het materiële geschil is de kwalificatievraag daarmee nog niet beantwoord.

Blijkens de MvT rust de bewijslast dat een bepaalde persoon als quasi-bestuurder dient te worden aangemerkt, in beginsel op de curator.[71] Is door de gedaagde de exceptie van onbevoegdheid opgeworpen[72] en is derhalve de vraag naar de relatieve bevoegdheid van de rechtbank aan de orde, dan zullen aan de bewijslevering door de curator minder hoge eisen worden gesteld dan wanneer de vraag ten gronde aan de orde komt. Deze procedurele voorfase biedt immers in de regel minder gelegenheid

69 Zie voor het geval dat de eisende partij stelt geen statutaire bestuurder te zijn HR 8 oktober 1993, *NJ* 1994/211 m.nt. PAS (*De Waard/Mooij Verf*). Daaruit volgt dat de kantonrechter zich bevoegd kan achten als de (gewezen) bestuurder aangeeft dat hij geen statutaire bestuurder is of was.

70 Verder volsta ik hier met te verwijzen naar de art. 69 e.v. Rv die betrekking hebben op herstel van verkeerd ingeleide procedures, en de verwijzing door of naar de kantonrechter en verwijzing bij absolute onbevoegdheid.

71 Zie *Kamerstukken II*, 1980-1981, 16 631, nr. 3, p. 6: "*De bewijslast dat een bepaalde persoon het beleid heeft bepaald als ware hij bestuurder, rust in beginsel op de curator.*"

72 De exceptie van onbevoegdheid moet vóór alle weren ten gronde worden opgeworpen (art. 110 lid 1 Rv). Dat houdt in dat het verweer in het eerste door de gedaagde ingediende processtuk moet zijn opgenomen; of dat voor of na andere (principale) verweren gebeurt is niet relevant. Zie HR 29 april 1994, *NJ* 1994/488 (*Edelsyndicaat/Van Hout*).

tot debat en bewijsgaring en -levering dan de hoofdfase.[73] De vraag of iemand (ten gronde) als quasi-bestuurder behoort te worden aangemerkt, dient te worden beantwoord aan de hand van alle feiten en omstandigheden van het voorliggende geval. Het kan dus voorkomen dat de gedaagde in de voorfase – en dan gaat het om de processuele vraag of de geadieerde rechtbank relatief bevoegd is – als quasi-bestuurder wordt aangemerkt, maar ten gronde wordt geconcludeerd dat er geen redenen zijn om hem als zodanig te kwalificeren.[74] In het eerste geval gaat het om een procesrechtelijk oordeel, in het tweede om een materieelrechtelijk oordeel.

5.9.2 Incorporatiestelsel

Het incorporatiestelsel (ook wel de incorporatieleer genoemd) houdt in dat inzake bepaalde vragen met betrekking tot een rechtspersoon, toepasselijk is het recht van het land van de statutaire zetel van de rechtspersoon. De incorporatieleer geldt zowel in Nederland als in Curaçao. In allerlei andere landen wordt een ander stelsel gehanteerd, te weten het stelsel van de *werkelijke zetel* (het *siège réel*-stelsel); niet de plaats van de statutaire zetel is dan bepalend voor het toepasselijk recht, maar de plaats van de werkelijke zetel (het centrum van de bestuursactiviteiten – niet de *bedrijfs*activiteiten – van de rechtspersoon) is bepalend voor het antwoord op de vraag welk recht van toepassing is. In dit verband wordt ook wel gesproken over de plaats waar de 'hoofdadministratie' plaatsvindt of waar het 'hoofdbestuur' gevestigd is.[75]

In Nederland is de incorporatieleer vastgelegd in Boek 10 BW. Onder een corporatie wordt in dit verband verstaan: een vennootschap, vereniging, onderlinge waarborgmaatschappij, coöperatie, stichting en ieder ander als zelfstandige eenheid of organisatie naar buiten optredend lichaam en samenwerkingsverband (art. 10:117 sub a BW). Onder functionaris wordt in dit verband verstaan: hij die, zonder orgaan te zijn, krachtens het op de corporatie toepasselijke recht en haar statuten of samenwerkingsovereenkomst bevoegd is deze te vertegenwoordigen (art. 10:117 sub b BW). Hier zal verder over rechtspersonen worden gesproken. Een rechtspersoon die ingevolge de akte van oprichting zijn zetel heeft op het grondgebied van de staat naar het recht waarvan deze is opgericht, wordt beheerst door het recht van die staat

73 Gaat het bijvoorbeeld om een relatief eenvoudige vraag, denk aan de vraag of de ene dan wel de andere set algemene voorwaarden houdende verschillende forumkeuzebedingen met een offerte zijn meegestuurd, dan kan bewijslevering zonder meer aan de orde zijn. Vgl. Rb Gelderland 24 september 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:4406 (*Indicia Carréma/Dolfinarium Harderwijk*). Wat betreft de vraag of een gedaagde als quasi-bestuurder dient te worden aangemerkt, zijn er vergelijkbare, eenvoudig te beantwoorden vragen denkbaar, die zich voor bewijslevering in deze voorfase kunnen lenen. Heeft de gedaagde zich bijvoorbeeld zelf als formele bestuurder van de rechtspersoon in het handelsregister laten inschrijven hoewel hij niet als zodanig is benoemd?

74 Voor de vraag naar de relatieve bevoegdheid van de rechtbank maakt dat laatste geen verschil, omdat tegen het vonnis in het bevoegdheidsincident geen hoger beroep is toegestaan (art. 110 lid 3 Rv).

75 In bijvoorbeeld Luxemburg, Frankrijk en Spanje geldt de leer van de werkelijke zetel. Met ingang van 1 mei 2019 is België overgestapt van de leer van de werkelijke zetel op de incorporatieleer.

(art. 10:118 BW). Een in Nederland opgerichte rechtspersoon kan uitsluitend zijn statutaire zetel in Nederland hebben en wordt dus beheerst door Nederlands recht.

In artikel 10:119 BW worden de onderwerpen opgesomd die naast de oprichting worden beheerst door het toepasselijke recht:

a. het bezit van rechtspersoonlijkheid, of van de bevoegdheid drager te zijn van rechten en verplichtingen, rechtshandelingen te verrichten en in rechte op te treden;
b. het inwendig bestel van de corporatie en alle daarmee verband houdende onderwerpen;
c. de bevoegdheid van organen en functionarissen van de corporatie om haar te vertegenwoordigen;
d. de aansprakelijkheid van bestuurders, commissarissen en andere functionarissen als zodanig jegens de corporatie;
e. de vraag wie naast de corporatie, voor de handelingen waardoor de corporatie wordt verbonden, aansprakelijk is uit hoofde van een bepaalde hoedanigheid zoals die van oprichter, vennoot, aandeelhouder, lid, bestuurder, commissaris of andere functionaris van de corporatie;[76] en
f. de beëindiging van het bestaan van de corporatie.

Het gaat hier om een niet uitputtende opsomming.[77] In het kader van deze studie is in het bijzonder het onderwerp aansprakelijkheid van bestuurders, commissarissen en andere functionarissen relevant, zowel de aansprakelijkheid jegens de rechtspersoon (sub d. hierboven) als die jegens derden (sub e. hierboven). Het onderdeel 'inwendig bestel' wordt gevolgd door 'alle daarmee verband houdende onderwerpen'. Blijkens de MvT gaat het daarbij niet alleen om vrijwel alle in Boek 2 BW geregelde onderwerpen van rechtspersonenrecht (inrichting, structuur en organisatie van de rechtspersoon, in het bijzonder wat betreft de organen en hun taken en bevoegdheden), maar ook om enkele niet in Boek 2 BW geregelde maar wel nauw verwante onderwerpen, zoals bijvoorbeeld de geldigheid van een stemovereenkomst.[78]

In Curaçao bestaat wat betreft het incorporatiestelsel geen met Nederland vergelijkbare wettelijke bepaling. Het *incorporatiestelsel* houdt ook hier in dat wordt

76 Rb Amsterdam 7 november 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:7930 (*Tranquillitas/Vandutch*) past Nederlands recht toe op de vraag naar de aansprakelijkheid van een functionaris van een Engelse limited, en knoopt niet aan bij de incorporatieleer, omdat het in deze zaak "*niet gaat om vennootschapsrechtelijke mede-aansprakelijkheid van een vennootschapsfunctionaris*". Het gaat volgens de rechtbank, als ik het goed begrijp, om de aansprakelijkheid van een persoon die eerst feitelijk bestuurder was van een Engelse vennootschap en daarna een formele bestuurder, en wel "*op grond van een eigen onrechtmatige daad, zodanig dat hij mede-aansprakelijk wordt voor hetgeen waarvoor (slechts) de vennootschap reeds was verbonden*".

77 *Kamerstukken II*, 2009–2010, 32 137, nr. 3, p. 68.

78 *Kamerstukken II*, 2009–2010, 32 137, nr. 3, p. 69.

uitgegaan van het land van de *statutaire zetel*.[79] Bepalend is het recht van het land waar de rechtspersoon is opgericht en (dus) zijn statutaire zetel heeft, dan wel het recht van het land waar de statutaire zetel zich op een later moment (bijvoorbeeld na een zetelverplaatsing of grensoverschrijdende omzetting) bevindt.[80]

Het incorporatiestelsel ziet onder meer op het bezit van (i) rechtspersoonlijkheid, (ii) de bevoegdheid rechtshandelingen aan te gaan en in rechte op te treden, (iii) de interne huishouding van de rechtspersoon (waaronder de bevoegdheidsverdeling, maar evenzeer de administratieplicht en de jaarrekeningplicht), (iv) de bevoegdheid van organen van een rechtspersoon om hem te vertegenwoordigen, (v) de aansprakelijkheid van (quasi-)bestuurders en commissarissen jegens de rechtspersoon, (vi) de vraag wie naast de rechtspersoon, voor de handelingen waardoor de rechtspersoon wordt verbonden, aansprakelijk is uit hoofde van een bepaalde hoedanigheid zoals die van oprichter, aandeelhouder, lid, bestuurder, commissaris of andere functionaris van de rechtspersoon, (vii) de beëindiging van het bestaan van de rechtspersoon, en (viii) de vraag naar de geldigheid van een door een aandeelhouder verstrekte volmacht tot het uitoefenen van aandeelhoudersrechten, waaronder het stemrecht, ongeacht een eventuele rechtskeuze.

De rechtspersoon wordt dus in al zijn rechtspersonenrechtelijke aspecten beheerst door het recht van het land waaraan het zijn rechtspersoonlijkheid ontleent. De regeling in Curaçao is materieel gelijk aan die in Nederland. Opgemerkt wordt dat de wet in art. 2:16 lid 11 BWC voor wat betreft buitenlandse rechtspersonen die zich in Curaçao hebben gevestigd en aldaar failliet worden verklaard, de regeling van de aansprakelijkheid van bestuurders en feitelijke beleidsbepalers jegens de boedel van overeenkomstige toepassing verklaart.[81]

---

79 Landsverordening van 30 augustus 1960 inzake erkenning rechtspersoonlijkheid vreemde vennootschappen (*P.B.* 1960, 166), in werking getreden op 10 september 1960; HR 20 april 1990, *NJ* 1991/560; *TAR-Justicia* 1991/1, p. 34-35 (*Natco Trust/mr Thesseling q.q.*) en HR 19 maart 1999, *NJ* 2000/99 (*IBC/Grenoble*). Zie Frielink (2017b), nr. 2.3.11. en Lewin (2014), p. 78 e.v. Zie ook Gerecht in Eerste Aanleg Curaçao 9 december 2019, ECLI:NL:OGEAC:2019:280, Rechtspraakbundel (2020), nr. 35 (*Chisinau Private Foundation/TKC*).

80 Zie voor Nederland art. 10:120 BW: Indien een rechtspersoon zijn statutaire zetel verplaatst naar een ander land en het recht van de staat van de oorspronkelijke zetel en dat van de staat van de nieuwe zetel op het tijdstip van de zetelverplaatsing het voortbestaan van de rechtspersoon als rechtspersoon erkennen, wordt zijn voortbestaan als rechtspersoon ook naar Nederlands recht erkend. Vanaf de zetelverplaatsing beheerst het recht van de staat van de nieuwe zetel de in art. 10:119 BW bedoelde onderwerpen, behoudens indien ingevolge dat recht daarop het recht van de staat van de oorspronkelijke zetel van toepassing blijft.

81 In art. 10:121 BW is bepaald dat in afwijking van de art. 10:118 en 10:119 BW de art. 2:138 en 2:149 BW van toepassing dan wel van overeenkomstige toepassing zijn op de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen van een ingevolge art. 10:118 of art. 10:120 BW door buitenlands recht beheerste rechtspersoon die in Nederland aan de heffing van vennootschapsbelasting onderworpen is, indien de rechtspersoon in Nederland failliet wordt verklaard. Als bestuurders zijn eveneens aansprakelijk degenen die met de leiding van de in Nederland verrichte werkzaamheden zijn belast. Verder is bepaald dat de rechtbank die het faillissement heeft uitgesproken bevoegd tot is de kennisneming van alle vorderingen in dit verband.

Aangezien in Nederland en Curaçao de vraag of een persoon (rechtsgeldig) bestuurder is van een rechtspersoon, moet worden beantwoord overeenkomstig de bepalingen van het op grond van het incorporatiestelsel toepasselijke recht, dus het recht van het land van de statutaire zetel, zal de vraag of een persoon als quasi-bestuurder van een rechtspersoon moet worden aangemerkt overeenkomstig datzelfde recht moeten worden beantwoord. De wettelijke regeling in Nederland heeft een zeer ruim toepassingsbereik en wat Curaçao betreft mag – in het kader van het onderwerp van deze studie – hetzelfde worden aangenomen, aangezien er geen argumenten voor het tegendeel zijn te bedenken. Gaat het om een rechtspersoon met statutaire zetel in Nederland, dan is het Nederlandse recht van toepassing. Gaat het om een rechtspersoon met statutaire zetel in Curaçao, dan is het recht van Curaçao van toepassing. Dat betekent tegelijkertijd dat vragen van bestuurdersaansprakelijkheid – aansprakelijkheid van de quasi-bestuurder jegens de rechtspersoon, jegens de boedel en jegens derden – op grond van het recht dat ingevolge het incorporatiestelsel van toepassing is, moeten worden beantwoord.

De incorporatieleer zelf zegt niets over de vraag welke rechter bevoegd is om geschillen inzake bijvoorbeeld bestuurdersaansprakelijkheid te beslechten. Dat kan in beginsel elke rechter waar ook ter wereld zijn, die zichzelf op basis van zijn interne bevoegdheidsregels bevoegd acht. Een rechter binnen het Koninkrijk zal wat het toepasselijke recht betreft de incorporatieleer toepassen en komt dan uit bij het recht van het land waar de rechtspersoon statutair is gevestigd.[82] Er is geen enkele regel die zich ertegen verzet dat een rechter in Nederland zich, met toepassing van het recht van Curaçao, uitspreekt over bijvoorbeeld het al dan niet bestaan van een Curaçaose rechtspersoon.[83] Het omgekeerde geldt uiteraard ook. Er bestaat evenmin enige regel die voorschrijft dat de rechter te Curaçao in dat opzicht exclusief bevoegd zou zijn, los wat dat zou betekenen voor de vraag of aan een dergelijke bepaling extraterritoriale werking zou kunnen worden toegekend. Welk recht rechters buiten het Koninkrijk toepassen hangt af van hetgeen het internationaal privaatrecht van hun land voorschrijft.

---

82 Vgl. Rb Rotterdam 26 juni 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5150 (*Meva Formworks Caribbean/X*). De procedure betreft een door de vennootschap (Meva Formworks Caribbean, gevestigd in Curaçao) aangespannen aansprakelijkheidsprocedure tegen haar voormalige bestuurder (X), die in Nederland woont. De rechtbank overweegt als volgt: "*In Nederland gelden (in beginsel) geen geschreven regels over het toepasselijke recht in zaken binnen Koninkrijksverband. Analoog aan artikel 3 onder d van de Wet Conflictenrecht Corporaties (thans art. 10:119 BW) geldt dat Antilliaans (thans Curaçaos) recht van toepassing is op de rechtsverhouding tussen MFC en [gedaagde] als haar statutair bestuurder. Wat betreft hun rechtsverhouding, voor zover deze is gebaseerd op onrechtmatige daad, geldt dat naar analogie van artikel 3 van de Wet Conflictenrecht Onrechtmatige Daad/artikel 4 van de zgn. Rome II-Verordening, daarop ook het recht van Curaçao van toepassing is, hetgeen de rechtbank als volgt zal toepassen.*" De rechtbank past hier derhalve de incorporatieleer toe in een interregionaal geval. Vgl. Lewin (2014), p. 78 e.v.

83 Vgl. GHvJ (Curaçao) 20 juli 2020, ECLI:NL:OGHACMB:2020:189 (*Ontvanger/Kroon Affiliates*).

Waar het betreft de vraag naar de persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder, ziet de incorporatieleer enkel op het doen en laten van een bestuurder in die hoedanigheid. Als een rechtspersoon aansprakelijk is op grond van wanprestatie of een onrechtmatige daad, dan bepaalt de incorporatieleer of daarvoor ook een bij die rechtspersoon betrokken persoon in een bepaalde hoedanigheid kan worden aangesproken. Maakt de betrokken formele bestuurder zich schuldig aan een zelfstandige onrechtmatige daad, dan gelden de gewone regels van het IPR en vindt de incorporatieleer geen toepassing. Hetzelfde geldt als het gaat om een feitelijke bestuurder.[84]

5.9.3 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 aangesproken bestuurder destijds beschikte (of had behoren te beschikken).[85] Dit onderwerp betreft niet specifiek de quasi-bestuurder, maar is in het kader van aansprakelijkheidsprocedures ook voor deze figuur relevant.

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*).[86] 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 heb-

84 Zie nr. 2.9 van de conclusie van A-G Vlas van 18 maart 2016, ECLI:NL:PHR:2016:139 (*X/Chilean Lumber Company*), in een zaak die door de Hoge Raad op 10 juni 2016 op grond van artikel 81 lid 1 RO is afgedaan (ECLI:NL:HR:2016:1165).

85 Zie ook 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.

86 Zie Assink (2007), p. 19-27, alsmede zijn beschrijving van en opvatting over de zogeheten 'business judgment rule'. Zie ook Deelen (2017) en uitvoerig Perquin-Deelen (2020), nr. 5.3. Croes (2013), p. 58-60 bespreekt 'biases' en 'heuristics' in relatie tot de vraag waarom mensen (en dat kunnen uiteraard ook bestuurders zijn) verminderd doelrationeel handelen.

ben voorgedaan.[87] 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!' Ter voorkoming van misverstanden: degenen die dat doen kunnen (en zullen doorgaans) volkomen te goeder trouw zijn en volledig in hun stellingname geloven. En precies daarin schuilt meer in het algemeen het gevaar van hindsight bias.

Perquin-Deelen[88] noemt het voorbeeld van de personeelsfunctionaris die een medewerker heeft aangenomen die vervolgens slecht blijkt te functioneren. Achteraf wordt de personeelsfunctionaris voor het aannemen van deze medewerker door het management berispt, omdat er op het moment dat de medewerker werd aangenomen al signalen waren dat de medewerker wel eens problemen kon gaan vertonen. Achteraf, onder invloed van hindsight bias, zijn deze signalen volgens haar evident, terwijl dit ten tijde van het aannemen van de werknemer helemaal niet zo hoefde te zijn.

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.

Daarbij moet rekening worden gehouden met het zogeheten Knobe-effect: de menselijke neiging om bij een negatief resultaat eerder een causaal verband te leggen met een bepaalde handeling in het verleden, dan bij een positief resultaat. Volgens Perquin-Deelen[89] is het aannemelijk dat in de (ondernemingsrechtelijke)rechtspraak de rechter, onder invloed van het Knobe-effect, aan een negatief resultaat sneller een verwijtbare handeling ten grondslag legt zonder dat daartussen noodzakelijk een causaal verband bestaat.

Vinden in het kader van een aansprakelijkheidsprocedure getuigenverhoren plaats dan moet de advocaat, maar dat geldt ook voor de rechter, bedacht zijn op het feit dat de aard van de vragen die aan de getuigen worden gesteld kan leiden tot een reconstructie van de feiten die de getuigen zich van de gebeurtenissen kunnen herinneren. Uit experimenten is gebleken dat het, in zaken van aanrijdingen tussen twee voertuigen, uitmaakt of aan hen wordt gevraagd wat zij zich kunnen herinneren van het

87 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.

88 Perquin-Deelen (2020), nr. 5.3.3.

89 Perquin-Deelen (2020), nr. 5.4.

op elkaar *knallen* van de voertuigen of van het in *botsing* komen van de voertuigen. Het ging in dit experiment om personen die na het bekijken van een film over een aanrijding (als 'getuigen') werden ondervraagd. De getuigen aan wie de vraag met 'knallen' werd gesteld konden zich vaker glasscherven herinneren dan de getuigen die de vraag met 'botsing' kregen, terwijl er in de film helemaal geen glasscherven te zien waren.[90] Zo zou het dus bij getuigen die over een quasi-bestuurder moeten verklaren, kunnen uitmaken of wordt gevraagd wat zij zich van diens bemoeienis met het bestuur van de rechtspersoon kunnen herinneren dan wel wat zij zich kunnen herinneren van diens optreden als zogenaamde bestuurder, die handelde in strijd met de wet en de statuten.

Behalve dat rechters zich indringend bewust moeten zijn van de gevaren die op de loer liggen,[91] kan ook de advocaat die de gedaagde partij bijstaat het nodige doen om het risico van hindsight bias te voorkomen.[92] 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 misging, 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.

In aansprakelijkheidszaken is het voor de advocaat die de aansprakelijk gestelde partij bijstaat van belang om te letten op het door de wederpartij gebruiken van het woord 'signalen'. Uit de rechtspraak blijkt dat in het kader van (mogelijk) verwijtbaar handelen of nalaten, veelvuldig het begrip 'signalen' wordt gebruikt. Met een 'signaal' wordt dan een feit of samenstel van feiten bedoeld, die als een waarschuwing hadden moeten worden opgevat. Het verwijt luidt dan: gedaagde je werd gewaarschuwd, maar je hebt nagelaten daarop (prudent) te reageren. De vraag is echter wat die signalen (destijds) nou precies inhielden, en hoe duidelijk of evident

90 Van den Bos (2021), p. 99.

91 Perquin-Deelen (2020), nr. 5.6 noemt enkele concrete technieken ter beperking van het risico op hindsight bias.

92 Vgl. Frielink (2017b), nr. 4.2.8. over het toetsingskader voor besluiten.

die destijds waren. Als de gevolgen eenmaal bekend zijn, is het bijzonder lastig om signalen van hun verworven evidentie te ontdoen.

Bovendien zal de advocaat moeten stilstaan bij de vraag welke alternatieve scenario's mogelijk zijn op basis van de door de eisende partij gepresenteerde feiten en verwijten, zodat de tot oordelen geroepen rechter niet te lichtvaardig een causaal verband aanneemt op basis van de wetenschap dat er (enorme) schade *is* ontstaan. Het risico dat de gedachte van de rechter 'Het moet haast wel' stilzwijgend uitmondt in een 'Zo is het geweest' moet worden onderkend. Mijn indruk is, maar ik heb dat niet onderzocht, dat strafrechtadvocaten in het bedenken van alternatieve scenario's doorgaans beter zijn dan advocaten die enkel in civiele zaken procederen.[93] 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), en welke (reële) verwachtingen er op dat moment waren wat betreft mogelijke risico's en gevolgen. In zijn analyse voorafgaand aan het opstellen van een processtuk zal de advocaat moeten onderzoeken of de schadeveroorzakende gebeurtenissen die zijn ingetreden in redelijkheid te voorzien waren. 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 door hem moeten worden beoordeeld, zodat op basis van die analyse een procespositie kan worden bepaald. Daarbij speelt verder ook een rol of de betrokkene, zijnde geen lid van het formele bestuur, over dezelfde wetenschap beschikte als de formele bestuurders.

Overigens moet worden bedacht dat de maatschappelijke positie van een aansprakelijk gestelde partij van belang kan zijn bij de vraag of sprake is van hindsight bias. Wat voor de één slechts een *hindsight* inzicht is, zal onder omstandigheden voor de ander tot op zekere hoogte *foresight* inzicht behoren te zijn, zoals door de Ondernemingskamer aan Fortis werd tegengeworpen.[94] Naar aanleiding van deze overweging van de Ondernemingskamer overwoog de Hoge Raad (r.o. 4.2.3) dat daarmee tot uitdrukking is gebracht dat van Fortis als systeembank, gelet op haar bijzondere zorgplicht, meer kennis en inzicht (en meer inspanningen ter verkrijging daarvan) mag

93 Perquin-Deelen (2020), nr. 5.3.3. noemt in dat verband de menselijke neiging tot 'ease', wat als 'gemak' of 'gemakzucht' kan worden begrepen. Mensen vinden twee oorzaken prettiger dan tien oorzaken, en nemen er genoegen mee als er twee zijn gevonden.

94 HR 6 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1586, *JOR* 2014/65 m.nt. Holtzer (*Aegeas (voorheen Fortis)/VEB*). Het ging in deze zaak om door de Ondernemingskamer vastgesteld wanbeleid bij Fortis na de overname van ABN Amro: welbewust selectieve en onevenwichtige informatieverstrekking in het kader van een aandelenemissie; ernstige tekortkomingen in (de uitvoering van) solvabiliteitsbeleid; en tekortschietend (overig) communicatiebeleid.

worden verwacht dan van een partij in een andere positie. Het gaat dus, aldus de Hoge Raad, om kennis en inzicht die Fortis – niet achteraf beoordeeld, maar beoordeeld naar de omstandigheden ten tijde van haar handelen en besluitvorming – "behoorde te hebben" teneinde daarop haar handelen en besluitvorming te kunnen baseren.

Behalve aan het risico van hindsight bias moet in een voor de rechter gebrachte kwestie 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 (zie daarover par. 4.6).

5.10 Jaarrekening en decharge

Kwijting of decharge is een ontheffing van aansprakelijkheid van bestuurders voor gevoerd beleid dan wel toezicht als het commissarissen betreft.[95] Een decharge heeft uitsluitend interne werking, dus in de verhouding van de bestuurder of commissaris jegens de rechtspersoon. De rechtspersoon die decharge verleent aan een bestuurder doet daarmee afstand van zijn recht van verhaal. Het vaststellen van de jaarrekening strekt op zichzelf niet tot kwijting aan een bestuurder of commissaris.[96] Het onderwerp decharge dient derhalve afzonderlijk op de agenda te worden geplaatst. Indien decharge wordt verleend in samenhang met de jaarrekening geldt dat die niet verder strekt dan voor zover de informatie uit de jaarstukken blijkt of anderszins aan de algemene vergadering bekend is.[97] Die informatie zal in zijn algemeenheid zodanig moeten zijn dat, indien de bestuurder in rechte aansprakelijk wordt gesteld en hij zich met succes op de decharge wil kunnen beroepen, de dragende feiten die aan de vordering ten grondslag zijn gelegd, bekend waren bij het orgaan[98] dat tot de decharge

95 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II (2009), nr. 479 e.v.; Bulten en Kreileman (2017), Assink/Slagter (2013), p. 725 e.v. en 1149 e.v.; en Kreileman (2020), nr. VII.6.

96 Art. 2:49 lid 4, art. 2:58 lid 1, art. 2:101 lid 3 en art. 2:210 lid 3 BW. Zie voor een uitzondering als alle aandeelhouders tevens bestuurder van de vennootschap zijn art. 2:210 lid 5 BW. Zie echter voor Curaçao Frielink (2017), nr. 5.2.7.

97 HR 10 januari 1997, *JOR* 1997/29; *NJ* 1997/360 m.nt. Maeijer, en Rechtspraakbundel (2020), nr. 2 (*Staleman/Van de Ven*).

98 Dat orgaan is (behalve bij de stichting) de algemene vergadering. Vgl. Kreileman (2020), nr. VII.6.2 en nr. VII.6.3. Volgens haar dient aan finale kwijting, die bijvoorbeeld wordt verleend aan een bestuurder die (gedwongen) tussentijds vertrekt en onderdeel uitmaakt van een meer omvattende beëindigingsovereenkomst, een rechtsgeldig dechargebesluit van de algemene vergadering ten grondslag te liggen. Gezien het feit dat finale kwijting in de regel van een bredere strekking zal zijn dan decharge, onderschrijf ik haar stelling. Daarbij speelt mee dat het verlenen van decharge of finale kwijting zich niet goed verdraagt met het collegialiteitsbeginsel en de daaraan gekoppelde hoofdelijke verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid. Daarbij past niet dat individuele leden van het bestuur door de overige leden worden ontslagen van (potentiële) aansprakelijkheid.

heeft besloten, hetgeen (in de regel) zal moeten blijken uit de aan die vergadering verschafte stukken, uit de notulen van die vergadering of uit (de overwegingen van) het dechargebesluit. Een vordering wegens onbehoorlijk bestuur kan door de curator worden ingesteld tegen een (ex-)bestuurder ondanks aan hem verleende kwijting (art. 2:138/248 lid 6 BW). Dit is logisch aangezien een decharge alleen interne werking heeft.

In Curaçao is bepaald dat een bestuurder geen beroep op kwijting, verleend door de rechtspersoon, toekomt, indien de rechtspersoon failliet is verklaard en de curator een vordering instelt tegen de bestuurder op grond van interne aansprakelijkheid (art. 2:14 lid 5 BWC). Goedkeuring van de jaarrekening door de algemene vergadering strekt de bestuurders tot kwijting ter zake van hun beheer en de commissarissen, als die er zijn, ter zake van het door hen gehouden toezicht. Deze decharge, het kwijtschelden van interne aansprakelijkheid van de bestuurders voor het gevoerde beleid en van de commissarissen voor het toezicht, strekt niet verder dan voor zover de informatie uit de jaarstukken blijkt of in de algemene vergadering is verschaft.[99]

Volgens Van Nuland biedt een dechargebesluit voor de (mede)beleidsbepaler geen soelaas, omdat het besluit slechts strekt tot kwijting van de formele bestuurders.[100] De vraag is of deze opvatting niet te strikt is. Als het dechargebesluit betrekking heeft op bijvoorbeeld een jaarrekening en is gevolgd op in de algemene vergadering besproken feiten en omstandigheden, inclusief het (niet goed) functioneren van de quasi-bestuurder, dan lijkt het mij verdedigbaar dat toch minimaal sprake zou kunnen zijn van reflexwerking. Dit ligt uiteraard anders in het geval dat de quasi-bestuurder impliciet of expliciet van de verleende kwijting is uitgesloten. Het omgekeerde kan uiteraard ook: het expliciet verlenen van decharge aan een quasi-bestuurder.

99 Frielink (2017b), nr. 5.2.7.

100 Van Nuland (2021), nr. 4.2.4.4.3. Hij poneert zijn stelling in het kader van de mogelijke aansprakelijkheid van bestuurders op grond van de art. 2:207, 2:208 en 2:216 BW.

6 SYNTHESE: WAARTOE LEIDT HET ONDERZOEK?

6.1 Inleiding

Aangekomen bij deze fase van het onderzoek herinnerde ik mij het ontwerp van een wet dat in Curaçao was ingediend en waarop ik destijds in een PAO-presentatie behoorlijk wat kritiek heb geuit.[1] Het gaat hier om het ontwerp van de Landsverordening optimalisering overheidsgelieerde entiteiten dat op 15 september 2015 aan de Staten van Curaçao werd aangeboden. Het doel van de landsverordening is het verbeteren van de kwaliteit van de dienstverlening van overheidsvennootschappen en -stichtingen, het drukken van kosten voor de gemeenschap en het mitigeren van risico's voor de overheidsfinanciën.[2] Deze landsverordening is op 15 augustus 2016 door de Staten aangenomen, maar nimmer in werking getreden. Aan de inhoud en verdere geschiedenis wordt hier voorbij gegaan,[3] maar één onderdeel van het ontwerp noem ik hier wel, omdat het direct samenhangt met de vraag die ook voor mijn onderzoek relevant is: wat past wel en wat niet in het rechtssysteem en op grond waarvan?

In het ontwerp is bepaald dat een directeur van een overheidsgelieerde entiteit hoofdelijk aansprakelijk is voor alle schade die ontstaat door zijn handelingen in

1 Hier te vinden: http://www.curacao-law.com/2016/03/18/landsverordening-optimalisering-overheidsgelieerde-entiteiten/

2 Er zijn bepalingen opgenomen inzake onder meer (i) een verplicht begrotingsevenwicht en het verplicht in acht nemen van de begrotingsrichtlijnen van het Land Curaçao, (ii) een maximum dat wordt gesteld aan de reservering voor kapitaaluitgaven, (iii) restricties inzake uitgaven inzake reclame en advertenties, (iv) de verplichting voor overheidsvennootschappen om jaarlijks een rendement {(winst/eigen vermogen) x 100%} van minimaal 2% te realiseren, (v) een jaarlijks aan het Land Curaçao te betalen vergoeding van 1% van de waarde van de totale activa naar de stand per 31 december, (vi) een koppeling van primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden aan de bezoldigingsregels voor ambtenaren, en (vii) regels inzake openbare aanbesteding.

3 Wel is een op deze landsverordening geïnspireerde Ministeriële beschikking d.d. 13 mei 2020 ter vaststelling van een kader om de personeelslasten van overheid gelieerde entiteiten te optimaliseren uitgevaardigd (PB 2020, 51). Daarin is onder meer een plafond vastgesteld wat betreft de hoogte van de inkomens die bij overheidsentiteiten verdiend kunnen worden (Rhuggenaath-norm). In Sint Maarten is de Tijdelijke Landsverordening normering topinkomens en aanpassing arbeidsvoorwaarden bij (semi)publieke sector entiteiten gepubliceerd (AB 2021, 8). De Ombudsman heeft de landsverordening ter toetsing voorgelegd aan het Constitutionele Hof van Sint Maarten.

strijd met deze landsverordening. In de MvT[4] wordt daarover alleen opgemerkt dat de bestuurder een specifieke zorgplicht heeft. Waarom dat zo is wordt verder niet toegelicht. Deze aansprakelijkheidsregeling gaat veel verder dan de norm van Boek 2 BWC. Voor een verdergaand aansprakelijkheidsrisico als voorgesteld is geen rechtvaardiging gegeven. Blijkens de Nota van wijziging[5] is voorgesteld om de regeling inzake bestuurdersaansprakelijkheid (meer) in lijn met Boek 2 BWC te brengen, maar tevens wordt voorgesteld om de regeling niet alleen voor statutaire bestuurders te laten gelden, maar voor alle "*directeuren die tegenover het bestuur of een bestuurder eindverantwoordelijk zijn*".[6] Wie precies onder het begrip directeuren vallen en wat eindverantwoordelijkheid inhoudt, wordt niet toegelicht. De algemene formulering ziet niet specifiek op de categorie feitelijke bestuurders, aangezien enkel wordt gesproken over directeuren die tegenover het bestuur of een bestuurder eindverantwoordelijk zijn. Kennelijk is niet vereist dat de directeur "*het beleid van de rechtspersoon heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder*" (vgl. art. 2:16 lid 9 BWC). Los van het feit dat een dergelijke vage formulering potentieel een bron van conflicten oplevert, gaat het bij deze directeuren om werknemers en wordt met één pennenstreek ingegrepen in het systeem van werknemersaansprakelijkheid.

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt niet dat wat betreft het onderwerp aansprakelijkheid van bestuurders (en werknemers) een fundamentele analyse is gemaakt. Uit de MvT blijkt dat de Raad van Advies heeft geconstateerd dat in het ontwerp wordt afgeweken van algemene regels, zoals het BWC, zonder dat in de MvT een motivering daarvoor is aangedragen. De regering deelt deze constatering niet, en reageert daarop met de opmerking dat de voorgestelde algemene regels in de plaats treden van de veelheid van regels die anders van toepassing zijn. Het doel is om door harmonisatie van regelgeving, de regels van de overheidsgelieerde entiteiten zoveel mogelijk in overeenstemming te brengen, aldus de regering. Het enkele feit dat (alleen bepaalde?) werknemers met een leidinggevende functie (directeuren genoemd) met één zin in de Nota van wijziging met statutaire bestuurders worden gelijkgesteld wat betreft aansprakelijkheid, zonder enige motivering, laat zien

4 *Staten van Curaçao*, 2015-2016, 075, nr. 3.

5 *Staten van Curaçao*, 2015-2016, 075, nr. 6.

6 Het betreffende art. 12 luidt: "*Van een overheidsgelieerde entiteit is elk van de bestuurders en elk van de directeuren die tegenover het bestuur of een bestuurder eindverantwoordelijkheid zijn, hoofdelijk aansprakelijk voor alle schade die ontstaat door zijn handelingen die in strijd met de bepalingen van deze landsverordening zijn. Niet aansprakelijk is degene die bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling, mede gelet op diens werkkring en de periode gedurende welke hij in functie is geweest, niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.*" In de Nota naar aanleiding van het verslag (*Staten van Curaçao*, 2015-2016, 075, nr. 8) komt de regering niet verder dan op te merken dat met de aanpassing duidelijk wordt gemaakt dat handelen in strijd met de voorschriften van de landsverordening tot aansprakelijkheid leidt in het geval dat er sprake is van schade, ook als daarvan op grond van Boek 2 BWC geen sprake zal zijn. Verder wordt opgemerkt dat de aansprakelijkheid wordt uitgebreid tot directeuren met eindverantwoordelijkheid die geen bestuurder zijn.

dat ernstig moet worden betwijfeld of een analyse is gemaakt van de leerstukken bestuurders- en werknemersaansprakelijkheid. In mijn onderzoek speelt de vraag naar de systematiek en de grondslagen van het rechtssysteem, waaronder de in dat verband relevante (rechts)beginselen, een centrale rol. In mijn benadering verdient een bepaling die afwijkt van de systematiek, daarop een inbreuk maakt, bijzondere aandacht en motivering. Het rechtssysteem is immers het product van een lange ontwikkeling, waaraan bij het formuleren van nieuwe rechtsregels de nodige aandacht dient te worden geschonken.

Op basis van het onderzoek gepresenteerd in de hoofdstukken 4 en 5, en de in dat verband gemaakte analyses, worden in dit hoofdstuk enkele lijnen getrokken. Met die lijnen wordt getracht een gedachtegang (een theoretische benadering) te ontwikkelen die naar mijn overtuiging beter aansluit op het rechtssysteem en op de (blijkens de rechtspraak sterk gevarieerde) praktijk wat betreft quasi-bestuurders.

De volgende vraagstelling kwam tijdens het onderzoek bij mij op: Wie draagt nu eigenlijk feitelijk de verantwoordelijkheid voor het bestuur van de rechtspersoon? In veel gevallen gaat het om meer personen dan de formele bestuurders. En in het verlengde daarvan liggen de (al eerder genoemde) meer juridische vragen: Wie zouden in het kader van het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid aansprakelijk moeten kunnen worden gesteld en wie zouden van de hoge drempel (de ernstig verwijt-maatstaf) moeten kunnen profiteren? En op welke grond(en)? Op basis van enkel Boek 2 BW en Boek 2 BWC en de toelichting op de ontwerpen daarvan, lieten deze vragen zich niet goed beantwoorden.

Dat in de MvA[7] bij het ontwerp Wijziging van bepalingen van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet in verband met de bestrijding van misbruik van rechtspersonen, is verwoord dat er enerzijds een directe bemoeienis met het bestuur moet zijn, anderzijds een feitelijke terzijdestelling van het formele bestuur, wil er sprake zijn van een «beleidsbepaler als ware hij bestuurder», vond ik bij aanvang van het onderzoek al problematisch. Even problematisch als de voorwaarde voor de gelijkstelling van een persoon met een formele bestuurder in art. 2:138/248 lid 7 BW, namelijk dat "*die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder*". Schutte-Veenstra en Van Nuland[8] hebben in hun publicaties uitvoerig aandacht aan de rechtspraak besteed. Daaruit blijkt dat rechters soms geen (specifieke) aandacht aan de wettekst besteden bij het antwoord op de vraag of een persoon (quasi-bestuurder is en uit dien hoofde) aansprakelijk is, of aangeven dat "terzijdestellen" niet steeds of niet letterlijk aan de orde hoeft te zijn. Uit mijn eigen rechtspraakonderzoek blijkt hetzelfde.

Daarbij komt dat de begrippen quasi-bestuurder, feitelijke bestuurder en schaduwbestuurder neutrale begrippen zijn. Deze hebben geen intrinsiek negatieve inhoud of connotatie. Quasi-bestuurders zijn er in alle spreekwoordelijke soorten en maten. De

7 *Kamerstukken II*, 1983-1984, 16 631, nr. 6, p. 23-24.

8 Schutte-Veenstra (2017) en Van Nuland (2021).

wettelijke regeling is echter in de eerste plaats ontstaan vanuit de wens van de wetgever om het fenomeen misbruik van rechtspersonen aan te pakken. Maar niet iedere bestuurder of quasi-bestuurder die in die hoedanigheid in rechte aansprakelijk wordt gehouden, heeft misbruik van recht of rechtspersoonlijkheid gemaakt. Dit alles is genoeg reden om bijvoorbeeld de vraag te stellen hoe een wettelijke regeling er uit zou kunnen zien, als bij het ontwerpen daarvan niet primair de misbruikgevallen voor ogen worden gehouden. En welke rol kunnen de door mij genoemde beginselen in dat verband spelen?

Aan de hand van de meer fundamentele analyses wordt onderzocht tot welke stellingname kan worden gekomen. Met het begrip 'synthese' in de titel van dit hoofdstuk is bedoeld het systematisch bijeenbrengen van bepaalde analyses waarvan in de hoofdstukken 4 en 5 verslag is gedaan. Het gaat daarbij om mijn interpretatie van het bestaande rechtssysteem en de plaats van de quasi-bestuurder daarin.[9] Dat laat de vraag open of mijn interpretatie van het fenomeen quasi-bestuurder juist en wenselijk wordt geacht of niet, en op welke gronden. Denkbaar is dat na kennisneming van deze studie door anderen bijvoorbeeld wordt geoordeeld dat een uitbreiding van de categorie quasi-bestuurders[10] (hoogst) onwenselijk is. Daarover kan dan verder debat plaatsvinden.

6.2 Beginselen – prelude

Aan de rechtsopvattingen die voor 'juist' of 'waar' worden gehouden, liggen waarden en (rechts)beginselen ten grondslag. In rechtswetenschappelijk onderzoek dat betrekking heeft op het positieve recht dient daaraan aandacht te worden besteed. In dit onderzoek staan enkele (rechts)beginselen centraal. Die behoren tot de grondslagen van het rechtssysteem.[11] Als primair tot de wetgever gericht beginsel noemde ik het gelijkheidsbeginsel (par. 1.2): rechtsregels moeten zodanig worden geformuleerd, dat in gelijke gevallen een gelijke uitkomst wordt bereikt. Dit beginsel is evenzeer gericht tot de tot oordelen geroepen rechter. Rechtzoekenden mogen de gerechtvaardigde verwachting hebben dat dit beginsel wordt toegepast.

Het gelijkheidsbeginsel heeft in zekere zin een formeel of procedureel karakter, in die zin, dat het niet ziet op het gedrag, de houding of intentie van individuele (rechts)personen die in een rechtszaak ter verantwoording worden geroepen. Als de

9 Mijn benadering verschilt van die van bijvoorbeeld Van Nuland (2021), nr. 4.2.4.2, die opmerkt dat het kunnen aanpakken van het fenomeen 'verschuilen achter rechtspersoonlijkheid, waarvan crediteuren de dupe worden' zijns inziens de essentie van de misbruikwetgeving is en niet alleen de maatstaf voor aansprakelijkheid tekent, maar ook de figuur die deze wetgeving introduceerde: de (mede) beleidsbepaler.

10 Zie par. 4.14.

11 Foqué (2009), p. 15 stelt dat elke nationale context zijn eigen beginselen meebrengt, maar dat die context ook vooral het specifieke betekenisbereik bepaalt: "*Beginselen bewegen mee met ruimte en tijd waarin zij aan de orde zijn*".

wetgever in een wettelijke bepaling vastlegt dat een bepaalde categorie (de quasi-bestuurders) met een andere categorie (de formele bestuurders) wordt gelijkgesteld, dan beschouwt de wetgever beide categorieën als gelijke gevallen. Die gelijkheid zit hierin dat beide soorten bestuurders 'besturen' (in het geval van schaduwbestuurders 'doen besturen op de wijze die zij willen'). Dat de categorie quasi-bestuurders blijkens de wetsgeschiedenis, rechtspraak en literatuur een bonte verzameling van gevallen betreft, doet aan het vertrekpunt niet af: als de rechter tot het oordeel komt dat een (rechts)persoon als quasi-bestuurder moet worden aangemerkt, dan dient hij het voor formele bestuurders geldende aansprakelijkheidsregime toe te passen.[12] De vraag daarbij is hoever de gelijkstelling gaat. Uiteraard kan de wetgever op enig moment besluiten dat ook andere gevallen als 'gelijke gevallen' moeten worden behandeld, of in de huidige wettelijke bepalingen beperkingen aanbrengen. Het gaat dan om een rechtspolitieke keuze, waaraan normaal gesproken een inhoudelijk (politiek) debat vooraf gaat.

In relatie tot quasi-bestuurders ben ik op zoek gegaan naar beginselen die zouden kunnen bijdragen aan een antwoord op de vraag hoe hun doen en laten in rechte zou kunnen dan wel zou behoren te worden beoordeeld (par. 4.2). Dit zijn beginselen die in relatie staan tot het gedrag, de houding en de intentie van een individuele (rechts) persoon. Op basis van een zoektocht die in het Romeinse recht begon, heb ik enkele rechtsbeginselen geïdentificeerd die in relatie tot quasi-bestuurders, specifiek als het gaat om de vraag naar hun aansprakelijkheid, relevant zijn:

(i) personen zijn (in beginsel) aansprakelijk voor hun eigen doen en laten;
(ii) wat betreft goederen die aan een ander toebehoren moet dezelfde zorgvuldigheid in acht worden genomen die men ten aanzien van eigen goederen in acht pleegt te nemen (bijvoorbeeld bij de *societas* of bij bewind). Het gaat hier niet om een subjectief, maar om een geobjectiveerd beginsel. In dit verband wordt over een zorgplicht gesproken;
(iii) een persoon behoort niet te profiteren van zijn eigen onrechtmatige handelen.

Deze rechtsbeginselen 'bestaan' in de rechtswerkelijkheid, maken onderdeel uit van het rechtssysteem, en ze kunnen (daarom) mede dienen als grondslag voor beweringen die worden gedaan. Het zijn noodzakelijke elementen om tot theorievorming te kunnen komen. Het zijn de axioma's van de conclusies waartoe ik ben gekomen. Voor mij zijn die conclusies op dit moment logisch en dwingend. Dat laatste baseer ik op intuïtie en ervaring, hetgeen uiteraard geen statische grootheden zijn. Rechtsbeginselen zelf zijn evenmin statische grootheden. Ze kunnen in de loop van de

12 De rechter is natuurlijk gebonden aan de ingestelde eis. De vraag of het aansprakelijkheidsregime voor formele bestuurders dient te worden toegepast, komt dus alleen aan de orde als de ingestelde eis daarvoor een grondslag biedt.

geschiedenis opkomen, verdwijnen of van kleur veranderen. Maar ze kunnen niet, gelijk wetten, van het ene op het andere moment worden afgekondigd.[13]

De beginselen hebben verder een open karakter, in die zin, dat ze in concrete situaties nader moeten worden ingevuld of ingekleurd. Dat personen (in beginsel) aansprakelijk zijn voor hun eigen doen en laten roept onder meer de vraag op in welke gevallen zij dat niet zijn. In mijn onderzoek speelt dit beginsel maar een bescheiden rol, in die zin, dat het de basis of rechtvaardiging vormt voor de uitspraak dat quasi-bestuurders in beginsel aansprakelijk zijn voor hun eigen doen en laten. Op basis van dit uitgangspunt kan dan een debat worden gevoerd over hun motieven, de rol van het formele bestuur in relatie tot quasi-bestuurders, de aard en gevolgen van handelingen van quasi-bestuurders en wat verder maar relevant blijkt te zijn.

6.3 Grondslag voor de wettelijke gelijkstelling

In par. 1.2 is de vraagstelling bij dit onderzoek geformuleerd, namelijk of de statutaire bestuurder en de quasi-bestuurder wat betreft hun aansprakelijkheid een volledig gelijke positie innemen. De vraagstelling komt voort uit art. 2:138/248 lid 7 BW, waarin is bepaald dat voor de toepassing van dat artikel, dat handelt over bestuurdersaansprakelijkheid, met een statutaire bestuurder *wordt gelijkgesteld* degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder.[14] Een vraag die ik in dat verband stelde is waarop de gelijkstelling is gestoeld. Hoewel daarover in de parlementaire geschiedenis inzake de genoemde bepalingen niets is te vinden, is het onderliggende uitgangspunt dat alle natuurlijke en rechtspersonen (in beginsel) aansprakelijk zijn voor hun eigen doen en laten. Vervolgens is de vraag naar de maatstaf voor de beoordeling van hun – in dit geval de

13 Hart (1961), p. 171 merkt op: "*It is characteristic of a legal system that new rules can be introduced and old ones changed or repealed by deliberate enactment (...) By contrast moral rules or principles cannot be brought into being or changed or eliminated in this way*". Wat hier over 'morals' (ik vat dat hier maar even samen als waarden en morele beginselen) wordt gezegd, geldt evenzeer voor rechtsbeginselen. Dworkin (1978), p. 22 e.v. maakt een principieel onderscheid tussen 'rules' (regels) en beginselen. Regels hebben een alles-of-niets karakter, en zijn wel of niet van toepassing in een concreet geval. Als twee tegengestelde regels op een geval van toepassing zijn, dan is één van beide ongeldig. Bij beginselen is het relatieve gewicht van belang, zodat in een bepaald geval het ene beginsel voor het andere (in concreto zwaarder wegende) moet wijken, zonder dat het zijn (generieke) geldigheid verliest. De beginselen waarover Dworkin het heeft maken onderdeel uit van het rechtssysteem, en kunnen de rechter richting geven bij het interpreteren van regels.

14 In art. 2:16 lid 9 BWC is een vergelijkbare tekst te vinden. Voor de Curaçaose NV en de BV is in art. 2:138/238 BWC bepaald dat de persoon die, zonder deel uit te maken van het bestuur, voor zekere tijd of onder zekere omstandigheden, al dan niet krachtens een voor de NV/BV geldende regeling, het beleid van de NV/BV bepaalt of mede bepaalt als ware hij bestuurder, ter zake van dat optreden, voor wat betreft zijn verplichtingen ten opzichte van de NV/BV en van derden, als bestuurder wordt aangemerkt. Dit ziet op verplichtingen, maar houdt evenzeer een gelijkstelling in.

quasi-bestuurders – doen en laten, in welk verband het gelijkheidsbeginsel relevant is. Gelijkstellen impliceert immers gelijk behandelen.

Over het gelijkheidsbeginsel heb ik opgemerkt dat het zich, voor zover hier relevant, richt tot de wetgever en daarmee tot de rechter. Dit beginsel houdt in dat gelijke gevallen in het recht op gelijke wijze dienen te worden behandeld. Steeds zal dan moeten worden onderzocht welke gevallen zodanig gelijk zijn, dat toepassing van dit beginsel aan de orde is. De beoordeling betreft dan ook primair de relevantie van de verschillen tussen die gevallen. De formele bestuurder en de quasi-bestuurder verschillen vanuit het oogpunt van Boek 2 BW alleen daarin, dat de eerste wel en de tweede niet in overeenstemming met Boek 2 BW en de statuten rechtsgeldig is benoemd.[15]

Als twee personen bestuurshandelingen verrichten, waarbij het enige verschil is dat de ene persoon wel en de andere niet in overeenstemming met Boek 2 BW en de statuten rechtsgeldig tot bestuurder van een rechtspersoon is benoemd, dan dient de vraag zich aan of aan dit verschil betekenis toekomt. De vraag is dan (onder meer) of beide, indien aansprakelijk gesteld, een beroep kunnen doen op toepassing van de ernstig verwijt-maatstaf. De wetgever heeft in het kader van (onder andere) art. 2:138/248 lid 7 BW die vraag beantwoord en gekozen voor een gelijkstelling. De primaire gedachte daarachter was destijds om misbruik van rechtspersonen te voorkomen. Misbruik bestaat (en bestond) in veel gevallen hierin, dat een stroman als formele bestuurder wordt aangesteld, maar de bestuursmacht materieel in handen ligt van een (in relatie tot de betrokken rechtspersoon) niet-zichtbare persoon. Het feit dat deze niet-zichtbare persoon niet tot lid van het statutaire bestuur is benoemd, dient aan zijn aansprakelijkheid in het kader van het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid niet in de weg te staan. Met andere woorden: aan dat verschil tussen beide personen (wel en niet benoemd tot formele bestuurder) dient vanuit een oogpunt van (potentiële) aansprakelijkheid geen relevantie toe te komen.[16] Deze gevallen dienen wat betreft de vraag of de genoemde wettelijke regeling van toepassing is, gelijk te worden behandeld.

Daaruit volgt dat in relatie tot het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid onder het begrip bestuurder zowel de formele bestuurders vallen, als degenen die met hen gelijkgesteld worden. Degenen die (mede)verantwoordelijk zijn voor het falende bestuur kunnen daarvoor aansprakelijk worden gehouden: dat geldt voor formele bestuurders en voor bestuurders die niet als zodanig zijn benoemd. In mijn benadering is de mate waarin een persoon (niet zijnde een formele bestuurder) zelf bestuurt

15 Voor de volledigheid wijs ik er op dat onder het begrip formele bestuurder, zoals in dit onderzoek gehanteerd, ook de persoon valt die op grond van de statutaire regeling inzake belet en ontstentenis de bestuursfunctie uitoefent, alsmede de persoon die door de rechter tot tijdelijke bestuurder in de zin van Boek 2 BW is benoemd.

16 Vgl. *Kamerstukken I*, 1985-1986, 16 631, nr. 27b, p. 20, waarin wordt opgemerkt dat het handelen van feitelijke bestuurders zich in weinig meer onderscheidt van dat van de formele bestuurders: "*er is alleen het verschil, dat zij geen bestuurders zijn*".

dan wel invloed op het bestuur uitoefent, bepalend voor de vraag of hij als quasi-bestuurder dient te worden aangemerkt.[17] Het kenmerk van quasi-bestuurders in mijn benadering is dat zij beslissende invloed op het (te voeren) beleid uitoefenen, dit met de macht en wil om dat te doen, en bestuursdaden verrichten dan wel laten verrichten. Dat is een vaag criterium, en of daaraan wordt voldaan moet in rechte worden bepaald aan de hand van de feiten en omstandigheden van het concrete geval.[18] Dit criterium geldt ten aanzien van alle categorieën quasi-bestuurders, dus zowel voor degenen die zich geheel eigenmachtig bestuurstaken toeëigenen als voor degenen die op basis van een overeenkomst met leidinggevende taken zijn belast of die op basis van met het formele bestuur gemaakte afspraken invloed op de bestuurstaak uitoefenen.

Van de mate van invloed op het bestuur moet worden onderscheiden de vraag op welke juridische basis die invloed wordt uitgeoefend. Hier spelen begrippen als intentie en (subjectieve) goede trouw een rol. Als een persoon zich toegang tot het huis van een ander verschaft door de ruit van een buitendeur in te slaan om vervolgens met enkele kostbare schilderijen naar buiten te lopen, maakt het verschil of we te maken hebben met een ordinaire inbreker die met zijn buit naar buiten loopt, of met een buurman die heeft geconstateerd dat er een gat zit in het dak van het huis, en die voor de aankomende storm de kostbaarheden van zijn buren in veiligheid wil brengen. In dezelfde zin zijn er verschillen tussen de aandeelhouder die ongeoorloofde druk op het bestuur uitoefent om zijn zin door te drukken, degene die gebruik maakt van een stroman in het kader van het plegen van strafbare feiten, de principaal die met de trustbestuurder afspraken maakt over de uitoefening van de bestuurstaak, en de filiaalleider die op grond van afspraken met het formele bestuur een groot deel

17 Doorgaans wordt, als eerder besproken, anders geleerd. Ik noem hier slechts Bartman/Dorresteijn/Olaerts (2020), nr. 8.4.2, die opmerken dat men niet kan stellen dat 'intensieve en indringende bemoeienis' door de moeder met het beleid van de dochter zonder meer samenvalt met (mede)beleidsbepaling in art. 2:138/248 lid 7 BW. Als reden voeren zij aan dat het zeer wel mogelijk is dat dergelijke bemoeienis plaatsvindt in goed overleg en met uitdrukkelijke instemming van het bestuur van de dochter. Er is dan niet sprake van terzijdestelling. Zie over dit begrip bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 14 juni 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4726 (*niet betaalde ontbindingsvergoeding*). In deze uitspraak werd overwogen (r.o. 4.4) dat voor terzijdestelling voldoende is dat het formele bestuur feitelijk heeft toegelaten dat een persoon als bestuurder optrad en het beleid bepaalde. "*Ook indien er een formele bestuurder is die mede het beleid bepaalt, kan sprake zijn van feitelijk bestuur door een (door de formele bestuurder gedoogde) persoon die feitelijk mede het beleid bepaalt als ware hij bestuurder*", aldus het hof.

18 Op basis van de door hem vast te stellen feiten moet de rechter beoordelen of op de betrokken persoon het etiket quasi-bestuurder (of een van de specifiek daarin begrepen categorieën) dient te worden geplakt. Feiten zijn voor de rechter (en voor juristen in het algemeen) zelden "ruwe feiten", aldus Koopmans (1982), p. 7. Hij vervolgt: "*zij worden onmiddellijk gezien in verband met toepasselijke rechtsregels, met rechtens beschermenswaardige belangen, met mogelijke schending van geboden, verboden, toestemmingen, voorwaarden e.d.*". In het kader van deze studie begint het reeds met de vraag of bepaalde feiten (gedragingen) als elementen van de bestuurstaak zijn te kwalificeren. Alleen dan kunnen deze immers relevant zijn voor de vraag of een persoon quasi-bestuurder is.

van de bestuurstaken uitoefent. En als het gaat om een persoon die eigenmachtig bestuurstaken gaat verrichten dient zich evenzeer de vraag aan met welke bedoeling hij dat doet, en of hij al dan niet te goeder trouw handelt. Doet hij dat bijvoorbeeld om zichzelf of een bevriende relatie te bevoordelen, of is sprake van zaakwaarneming?[19] Het zijn de verschillen tussen de hier genoemde voorbeelden die bij mij de vraag opriepen in hoeverre deze gevallen gelijk zouden dienen te worden behandeld.

Degene die optreedt als feitelijke bestuurder of als schaduwbestuurder maakt de keuze om dat te doen. Die keuze houdt in dat de betrokkene zich direct of indirect inlaat met het bestuur van de rechtspersoon (zijn invloed uitoefent). Voor de feitelijke bestuurder die te goeder trouw meent rechtsgeldig te zijn benoemd, maar wiens benoemingsbesluit gebreken blijkt te vertonen, geldt dat hij ervoor heeft gekozen zich in te laten met en verantwoordelijk te willen zijn voor het bestuur van de rechtspersoon. Het uiteindelijke effect van het optreden als quasi-bestuurder is, kort gezegd, dat er wordt bestuurd op de wijze die de betrokken persoon wil, of dat er specifieke handelingen door hem of overeenkomstig zijn wil worden verricht, dan wel dat hij in algemene zin meebeslist over het beleid van de rechtspersoon, denk aan een ExCo, waarbij het kan voorkomen dat hij tegen bepaalde beleidsbeslissingen heeft gestemd. Met het aanvaarden van de rol van quasi-bestuurder, of met het op zich nemen van die rol, moet deze persoon geacht worden ook het voor formele bestuurders geldende normenkader van Boek 2 BW te hebben aanvaard. Dat hij, primair wat betreft het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid, met formele bestuurders wordt gelijkgesteld, sluit goed aan op hoe hij zich gedraagt: als (directe dan wel indirecte) bestuurder. Kortom: bij de keuze die wordt gemaakt zijn de positieve, maar ook de negatieve gevolgen inbegrepen.

6.4 Formele en quasi-bestuurder materieel gelijk?

Als in rechte is vastgesteld dat een persoon zodanige invloed op het bestuur heeft uitgeoefend dat hij als quasi-bestuurder is aan te merken en hij met een formele bestuurder dient te worden gelijkgesteld,[20] dient de vraag zich aan wat die gelijkstelling inhoudt.

De vraagstelling die voorwerp van dit onderzoek is, komt voort uit een in de wet vastgelegde – op het oog materiële – gelijkstelling tussen formele bestuurders en

19 De zaakwaarnemer heeft een wettelijke basis voor zijn optreden, maar ontleent zijn bevoegdheid niet aan Boek 2 BW. Daarom wordt hij in deze studie als een quasi-bestuurder aangemerkt.

20 In de praktijk zal niet altijd sprake (kunnen) zijn van een strikte scheiding tussen wat ik de formele gelijkstelling en de materiële gelijkstelling noem. Het proces zal waarschijnlijk enigszins vergelijkbaar zijn met het schrijven van een proefschrift, waarbij het eerste hoofdstuk (met de centrale vraagstelling) gedurende het onderzoek steeds wordt aangepast op basis van de verworven inzichten. Aan het einde van de rit ziet het er dan, als het goed is, allemaal kloppend en gelikt uit. De methode verschilt van het geval dat wordt gekookt uit een kookboek, en simpelweg de voorgeschreven stappen worden gevolgd. Het voorbeeld is ontleend aan Kunneman (1991), p. 34, door hem gegeven in het kader van zijn uiteenzetting van het standaardbeeld van empirische wetenschapsbeoefening.

quasi-bestuurders als aan in de wet gestelde voorwaarden is voldaan. In par. 3.2.1 heb ik er op gewezen dat de toelichting in de parlementaire stukken weinig helder is. De vraag dient zich aan of naast de toepassing van de regeling inzake bestuurdersaansprakelijkheid op grond van de wettelijke gelijkstelling, de formele bestuurders en de quasi-bestuurders ook materieel een volledig gelijke positie innemen. De wet zelf geeft daarover geen uitsluitsel. De toelichting die in de parlementaire geschiedenis is te vinden, is niet alleen niet erg helder, maar lijkt in belangrijke mate te zijn geïnspireerd door gevallen van misbruik. Het fenomeen quasi-bestuurder bestrijkt echter ook allerlei andere gevallen die niets met misbruik te maken hebben. Ook gevallen die destijds niet onder ogen zijn gezien, zoals die van de principaal die vergaande afspraken inzake de uitoefening van de bestuurstaak maakt met de trustbestuurder. Om die reden ben ik begonnen met het in kaart brengen van de verschillende soorten quasi-bestuurders, en het zoeken naar juridische beginselen of uitgangspunten die zouden kunnen bijdragen aan theorievorming en -toetsing wat betreft het – in juridische zin duiden van het – fenomeen quasi-bestuurder.

Als wordt gekeken naar het beginsel dat een persoon niet behoort te profiteren van zijn eigen onrechtmatige handelen, kan een onderscheid worden gemaakt tussen quasi-bestuurders die deze hoedanigheid te goeder trouw hebben verworven en degenen voor wie dat niet geldt, ofwel tussen degenen die met en die zonder juridische basis of rechtvaardiging handelen. Degene die te goeder trouw meent een formele bestuurder te zijn, terwijl achteraf blijkt van een gebrekkig benoemingsbesluit, moet gelijk een formele bestuurder, indien hij persoonlijk wordt aangesproken uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid, aanspraak op toepassing van de ernstig verwijt-maatstaf kunnen maken. Dat degene die zich eigenmachtig gedraagt als feitelijke bestuurder en daarmee bewust de bestuursautonomie schendt, uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid kan worden aangesproken, volgt uit de wet, maar daarmee is niet gezegd dat het logisch of zelfs gerechtvaardigd is dat hij ook moet kunnen profiteren van de hoge drempel voor aansprakelijkheid. In dat verband speelt ook, of: nog wel, de vraag met welke bedoeling de betrokken persoon zich als bestuurder is gaan gedragen. Hij kan daarvoor immers goede of zelfs nobele motieven hebben gehad. De schaduwbestuurder die gebruik maakt van een stroman als formele bestuurder om criminele activiteiten uit te oefenen, heeft allesbehalve goede, laat staan nobele motieven. Op basis van de wet wordt hij met een formele bestuurder gelijkgesteld, zodat hij met bestuurdersaansprakelijkheid kan worden geconfronteerd, maar los van de vraag of zijn handelingen niet reeds per definitie een ernstig verwijt opleveren, brengen genoemd beginsel en de ratio van de ernstig verwijt-maatstaf[21] mee dat hij daarop sowieso niet met succes een beroep zou moeten kunnen doen.

21 Zie nader par. 2.6.1: 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. Zie verder de Kroeze bundel (2017).

Op grond van het voorgaande verdedig ik de stelling dat formele en quasi-bestuurders, als het gaat om de vraag naar de beoordeling van hun doen en laten met het oog op (mogelijke) persoonlijke aansprakelijkheid, in materiële zin niet per definitie gelijkgesteld (behoren te) zijn. In mijn benadering is het mogelijk dat er (rechts)personen zijn die wel kwalificeren als quasi-bestuurder, maar die niet met succes een beroep op de ernstig verwijt-maatstaf kunnen doen. Anders gezegd: in dat geval is niet sprake van een volledige gelijkstelling van quasi-bestuurders met formele bestuurders.

6.5 Uitwerking van enkele centrale thema's

Elke door mij onderscheiden categorie van quasi-bestuurders kan worden geanalyseerd aan de hand van enkele centrale thema's:

1. Is de interne gedragsnorm die geldt voor formele bestuurders van toepassing?
2. Rust op de quasi-bestuurder een zorgplicht?
3. Is het collegialiteitsbeginsel van toepassing?
4. Rusten op de quasi-bestuurder bestuursverplichtingen?
5. Kan de quasi-bestuurder aanspraak maken op de hoge drempel voor persoonlijke aansprakelijkheid?

Elk van de thema's wordt hierna kort besproken, en vervolgens wordt voor elk thema aangegeven hoe dat zich verhoudt tot de diverse categorieën quasi-bestuurders. Bij de gekozen opzet valt aan een zekere mate van herhaling niet te ontkomen. Bij elk thema wordt verwezen naar de paragraaf waarin dit thema eerder in dit boek is besproken. In par. 6.6 worden de thema's samengebracht vanuit het perspectief van normschending en onrechtmatigheid. In par. 6.7 wordt op basis van de analyses in dit hoofdstuk bekeken op welke wijze de wet zou kunnen worden aangepast als die in lijn met mijn theorie inzake aansprakelijkheid van quasi-bestuurders zou worden gebracht.

Het volgende overzicht bevat – als geheugensteuntje bij het lezen van de volgende paragrafen – een korte aanduiding van de varianten quasi-bestuurder zoals eerder besproken en geanalyseerd, met tussen haakjes voorbeelden van gevallen die daaronder vallen (zie voor een uitgebreider overzicht par. 1.5):

- Feitelijke bestuurder te goeder trouw (ongeldig benoemingsbesluit; lid ExCo; zaakwaarnemer)
- Feitelijke bestuurder niet te goeder trouw (een commissaris of derde gaat eigenmachtig op de stoel van het bestuur zitten)
- Formele schaduwbestuurder te goeder trouw (trustkantoor – principaal)
- Formele schaduwbestuurder niet te goeder trouw (gebruik stroman)
- Feitelijke schaduwbestuurder (aandeelhouder die zijn wil doordrukt)
- Titulaire quasi-bestuurder (zelfstandig uitvoeren bestuurstaken; filiaalchef)

6.5.1 De interne gedragsnorm

Dit onderwerp kwam aan de orde in par. 4.4 en 4.5. Degene die formeel tot bestuurder wordt benoemd heeft een taak en is op grond van de wet gehouden tot een behoorlijke vervulling daarvan (art. 2:9 lid 1 BW/art. 2:14 lid 1 BWC). Wordt die taak niet behoorlijk vervuld dan is de bestuurder aansprakelijk jegens de rechtspersoon. Is sprake van kennelijk onbehoorlijk bestuur in het geval dat de rechtspersoon failliet is verklaard, dan is de bestuurder aansprakelijk jegens de boedel. In beide gevallen is sprake van hoofdelijke aansprakelijkheid, met mogelijkheden tot disculpatie. De 'kennelijk onbehoorlijke taakvervulling' (art. 2:138/248 lid 1 BW) of het 'kennelijk onbehoorlijk bestuur' (art. 2:16 lid 1 BWC) is een schending van de gedragsnorm die op dit moment in de wet als interne norm is geformuleerd (par. 4.5). De hoge drempel voor aansprakelijkheid is eveneens van toepassing in het geval dat een bestuurder (in die hoedanigheid) uit hoofde van onrechtmatige daad door een derde wordt aangesproken (par. 2.6.4).[22]

De (gedrags)norm luidt: bestuurder u moet behoorlijk besturen. Uit de aard van de norm volgt dat die niet tot de formele bestuurders beperkt kan zijn. De norm moet geacht worden zich te richten tot eenieder die de rechtspersoon direct of indirect bestuurt. Ook in het verkeer richt de norm van zorgvuldige deelname daaraan zich tot alle bestuurders van motorvoertuigen, ongeacht of zij de eigenaar zijn van het voertuig, dat hebben gehuurd dan wel gestolen. Dat door de Hoge Raad is bepaald dat alleen degene die in overeenstemming met Boek 2 BW en de statuten van de betrokken rechtspersoon als zodanig is benoemd, kan worden aangemerkt als een formele of statutaire bestuurder (par. 2.3), is in de context van die uitspraak begrijpelijk. Daarin was immers alleen de vraag aan de orde of een persoon in afwijking van de formele eisen om te kunnen worden benoemd, op grond van de vertrouwensleer als formele bestuurder zou kunnen worden aangemerkt. Dat kan niet. Daaruit mag niet worden afgeleid dat gedragsnormen die in Boek 2 BW voor bestuurders zijn opgenomen *dus* niet relevant zijn voor quasi-bestuurders.

Er is geen reden om degene die te goeder trouw, maar ten onrechte, in de veronderstelling verkeert rechtsgeldig tot formele bestuurder te zijn benoemd, wat de interne norm betreft niet met een formele bestuurder gelijk te stellen. De zaakwaarnemer neemt waar in het bestuur van de rechtspersoon en aanvaardt daarmee het voor formele bestuurders geldende normenkader.[23] De titulaire quasi-bestuurder bestuurt, en derhalve geldt de norm ook voor hem. Van een ExCo maken één of meer formele bestuurders deel uit. Het ExCo kan zodanig zijn georganiseerd dat de overige leden daarvan als quasi-bestuurder dienen te worden aangemerkt. Het ligt voor de hand de interne norm ook op hen van toepassing te achten wat betreft besluiten die als bestuurshandelingen zijn aan te merken. Als formele bestuurders en quasi-

22 Timmerman (2017), p. 25-26.

23 Ik ga hier voorbij aan het feit dat zaakwaarneming kort en lang kan duren, betrekking kan hebben op de gehele bestuurstaak of op één enkele handeling enz. Het gaat mij hier om de vraag of de gedragsnorm voor bestuurders, in algemene zin ook voor anderen dan formele bestuurders behoort te gelden.

bestuurders het beleid op deze wijze gezamenlijk bepalen dan dragen zij daarvoor ook gezamenlijk de verantwoordelijkheid. Voor hen geldt dan ook het in dit verband relevante normenkader.

De formele en de feitelijke schaduwbestuurder staan op afstand van het formele bestuur, in die zin, dat zij niet zelf (dus feitelijk) bestuurshandelingen verrichten. Voor zover zij het handelen van het formele bestuur afdwingen (de aandeelhouder die zijn zin doordrukt), over te verrichten handelingen concrete afspraken met het bestuur hebben gemaakt (de principaal die een overeenkomst sluit met de trustbestuurder) of stromannen of katvangers gebruiken (de schaduwbestuurder die de rechtspersoon gebruikt voor criminele activiteiten maar zelf buiten schot tracht te blijven), hebben zij wel beslissende invloed op het bestuur (de macht en de wil om beleid te doen vaststellen of bestuursbesluiten te doen nemen). Die bestuursdaden moeten aan de norm van behoorlijke taakvervulling voldoen, waarbij het er in de kern om gaat wie bepaalt welke bestuursdaden worden verricht. Dat kan ook iemand zijn die volledig buiten de organisatie van de rechtspersoon staat. De norm dient in mijn opvatting ook de schaduwbestuurder tot richtsnoer bij zijn doen en laten in relatie tot de rechtspersoon. Anders gezegd: als het formele bestuur op de normschending kan worden aangesproken, is het logisch dat ook degene kan worden aangesproken die de schending met het formele bestuur heeft afgesproken of bij dat bestuur heeft afgedwongen.

Concluderend: wat als de interne gedragsnorm voor bestuurders wordt aangeduid, maar die niet enkel geldt in relatie tot de rechtspersoon maar ook jegens derden, ziet niet enkel op formele bestuurders, maar is tevens gericht tot alle soorten quasi-bestuurders.

6.5.2 Zorgplicht

Aan de zorgplicht is de nodige aandacht besteed in par. 4.2.2, 4.6 en 4.7. Als juridisch verschijnsel gaat het terug tot (in ieder geval) het Romeinse recht, maar het is eerst in de twintigste eeuw tot volle wasdom gekomen. Het burgerlijk (proces)recht, inclusief het rechtspersonenrecht en het financieel recht zijn ermee doordrenkt. Dat de zorgplicht als een vage of open norm wordt omschreven betekent dat de invulling of inkleuring van die norm moet plaatsvinden in de context van een concreet geval. Daarbij gaat het om de partijen (maatschappelijke functie, expertise of het ontbreken daarvan, de al dan niet afhankelijke positie van een partij, de zwakke of sterke economische positie van een partij, de rol die een partij heeft bij het voorkomen van fraude en witwassen, e.d.) en om de bij dat geval betrokken belangen. De zorgplicht is ook een juridisch instrument om een absurde of onwenselijke uitkomst van een rechtszaak te voorkomen.

Het vermogen van een rechtspersoon kwalificeert als ‘eigen vermogen’ van die rechtspersoon, in die zin, dat er indirect – bijvoorbeeld via een aandeelhoudersrelatie – aanspraken (kunnen) bestaan in relatie tot het vermogen (de goederen) van de rechtspersoon, maar de juridische kwalificatie verandert daardoor niet. Dit volgt uit de zelfstandigheid van de rechtspersoon als rechtssubject in ons rechtssysteem: een instituut als zelfstandige drager van rechten en verplichtingen. Dit betekent dat

aan het bestuur van een rechtspersoon de zorg voor goederen van een ander is toevertrouwd, ook in het geval dat alle bestuurders, bijvoorbeeld als aandeelhouder, aanspraken op dat vermogen hebben. In relatie tot de goederen van de rechtspersoon spelen echter in bijna alle gevallen belangen van derden een rol, waaronder die van bijvoorbeeld leden, aandeelhouders, werknemers, contractuele wederpartijen en schuldeisers van de rechtspersoon. Waar meerdere belangen spelen (belangenpluralisme) en in het kader van het besturen van de rechtspersoon beslissingen moeten worden genomen, dienen die belangen te worden afgewogen. Dat afwegen moet zorgvuldig gebeuren.

In het kader van dit onderzoek ziet de zorgplicht van het bestuur derhalve op een zorgvuldig beheer van de rechtspersoon in zijn totaliteit. De zorgplicht is niet beperkt tot bijvoorbeeld passend onderhoud aan de gebouwen en het afsluiten van een brandverzekering. Het gaat om een zorgvuldig 'beheer' van de rechtspersoon wat betreft zijn rechten, verplichtingen, schulden en bezittingen. Het belangenpluralisme brengt mee dat het bestuur de belangen van de rechtspersoon en van daarbij betrokken derden, moet behartigen als ware het eigen belangen. Dit uitgangspunt is in die zin geobjectiveerd, dat het niet gaat om de vraag of de aangesproken persoon heel zorgvuldig of juist heel onzorgvuldig omgaat met zijn eigen zaken en belangen, maar (minimaal) wat een maatman zou doen (zie par. 4.2.2 onder Ad (ii)).[24] De zorgplicht maakt aldus onderdeel uit van de verplichting tot een behoorlijke uitoefening van de bestuurstaak.

Concluderend: op grond van hetgeen in deze en de vorige paragraaf is overwogen, rust de zorgplicht op de formele bestuurders, maar evenzeer op alle soorten quasi-bestuurders.

6.5.3 Het collegialiteitsbeginsel

Het collegialiteitsbeginsel kwam aan de orde in par. 4.8. Het door Timmerman[25] als beginsel aangemerkte uitgangspunt van collegialiteit is alleen relevant als sprake is van een meerhoofdig bestuur. Los van het feit dat het als een gedrags- of fatsoensnorm kan worden aangemerkt, is verplichte collegialiteit juridisch gezien de basis voor de gezamenlijke verantwoordelijkheid van het bestuur van de rechtspersoon, en daaraan gekoppeld het uitgangspunt van hoofdelijke aansprakelijkheid (art. 2:9 lid 2 BW; art. 2:14 lid 4 BWC). Het ontbreken van collegialiteit kan in het kader van bestuurdersaansprakelijkheid worden gezien als een wettelijk vermoeden van schuld, met daaraan gekoppeld disculpatiemogelijkheden voor individuele bestuurders. Als collegialiteit de norm is voor een meerhoofdig formeel bestuur als het gaat om het vaststellen en uitvoeren van het beleid, en dus sprake is van een gezamenlijke verantwoordelijkheid, waarom zou dit uitgangspunt dan niet gelden voor gevallen waarin het formele bestuur die verantwoordelijkheid met anderen deelt (denk aan het

24 Vgl. Timmerman (2017), p. 32.
25 Timmerman (2009), p. 10.

ExCo) of waarin twee of meer personen zich gezamenlijk als feitelijke bestuurders gedragen (denk aan zaakwaarneming). Het collegialiteitsbeginsel speelt overigens geen rol als het gaat om een jegens een derde gepleegde onrechtmatige daad van een formele bestuurder of een quasi-bestuurder. In een dergelijk geval wordt alleen het doen en nalaten van de individuele bestuurder beoordeeld, en is geen sprake van hoofdelijkheid.

Ook in het geval van een titulaire quasi-bestuurder (denk aan de bedrijfsleider) gaat het in de kern om een (overeengekomen) gedeelde verantwoordelijkheid voor de uitoefening van de bestuurstaak. Dat geldt evenzeer wanneer het gaat om een formele schaduwbestuurder te goeder trouw: de principaal spreekt met het formele (trust)bestuur af hoe inhoud en uitvoering aan de bestuurstaak zal worden gegeven. De bestuurstaak wordt weliswaar feitelijk door het formele bestuur uitgevoerd, maar ook hier gaat het om een gedeelde verantwoordelijkheid: de formele bestuurder en de formele schaduwbestuurder hebben dit gezamenlijk besloten. Een wijziging van die afspraken vergt vervolgens 'collegiaal' overleg en gezamenlijke besluitvorming.

De feitelijke bestuurder niet te goeder trouw gaat eigenmachtig op de stoel van het bestuur zitten en kan daarbij dat bestuur volledig negeren of opzij zetten. Dat kan worden aangemerkt als een schending 'bij voorbaat' van het uitgangspunt dat bij een meerhoofdig bestuur, collegiaal besturen de norm behoort te zijn. Van de formele schaduwbestuurder niet te goeder trouw en de formele bestuurder (stroman, katvanger) zou kunnen worden gezegd dat die in collegialiteit de wijze van uitoefening van de bestuurstaak hebben vastgesteld dan wel dat de formele bestuurder op de een of andere wijze tot het verlenen van zijn medewerking is bewogen of gedwongen, wat dan als een schending van het collegialiteitsbeginsel kan worden aangemerkt. Dat de rechtspersoon wordt misbruikt voor criminele activiteiten maakt niet dat het normenkader dat geldt voor bestuurders niet van toepassing zou zijn. Integendeel zelfs. In alle gevallen kan – uiteraard – sprake zijn van een schending van meerdere normen, civielrechtelijk en/of strafrechtelijk en/of fiscaalrechtelijk. Per aan de rechter voorliggend geval zal moeten worden bekeken welke betekenis dan aan die schendingen toekomt en of die relevant zijn voor bijvoorbeeld de vraag of de betrokken persoon aansprakelijk is en of sprake is van hoofdelijke aansprakelijkheid.[26]

26 Ik ga hier voorbij aan de mogelijkheid dat onder omstandigheden ook sprake zou kunnen zijn van aansprakelijkheid in groepsverband (art. 6:166 BW). Vgl. Rb Overijssel 30 december 2020, *JOR* 2021/59 m.nt. Bartman (*Tapijtwereld*). Zie ook De Groot (2021), nr. I.C.3.c. Bij aansprakelijkheid op deze grond geldt overigens de ernstig verwijt-maatstaf als het gaat om een (quasi-)bestuurder die in die hoedanigheid handelde. Vgl. HR 2 maart 2007, *JOR* 2007/137 m.nt. Olden (*Holding Nutsbedrijf Westland/Schieke c.s.*). Zie voor het vervolg Hof Amsterdam 17 november 2009, *JOR* 2010/89 m.nt. Olden (*Holding Nutsbedrijf Westland/Schieke c.s.*). Olden wijst er in zijn noot bij laatstgenoemde uitspraak op dat de hoofdelijke aansprakelijkheid op grond van art. 6:166 BW iets heel anders is dan de collectieve aansprakelijkheid van art. 2:9 BW. Het enkele feit dat men deel uitmaakt van het bestuur leidt volgens hem niet tot groepsaansprakelijkheid op grond van art. 6:166 BW. De kans op het toebrengen van schade behoort een bestuurder er immers in de regel niet van te weerhouden om in het bestuur zitting te nemen, aldus Olden.

Concluderend: in alle gevallen waarin sprake is van een meerhoofdig bestuur, of dat nu een combinatie van formele en quasi-bestuurders betreft of een combinatie van alleen twee of meer quasi-bestuurders, dient het collegialiteitsbeginsel het uitgangspunt te zijn.

6.5.4 Bestuursverplichtingen

De bestuursverplichtingen kwamen aan de orde in par. 3.2.4 en 4.11. Als niet aan de administratie- of de jaarrekeningplicht is voldaan dan brengt dat de aangesproken formele bestuurders in een nadelige bewijspositie (art. 2:138/248 lid 2 BW/art. 2:16 lid 2 BWC).[27] In het kader van het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid is de vraag of ook op quasi-bestuurders bestuursverplichtingen kunnen rusten, hoofdzakelijk van belang in het geval dat de rechtspersoon failliet wordt verklaard en tevens zou worden aangenomen dat een tekortschieten in de nakoming van de administratie- en jaarrekeningplicht door de formele bestuurders, niet per definitie aan quasi-bestuurders kan worden tegengeworpen.[28] Dat de administratie- en jaarrekeningplicht op feitelijke bestuurders *kan* rusten blijkt uit de uitspraak van de Hoge Raad in de zaak Mefigro (par. 3.4.4). Dat de bewijsvermoedens lang niet altijd aan quasi-bestuurders kunnen worden tegengeworpen wordt verdedigd door Van Nuland.[29]

Gezien de bewijsrechtelijke regelingen in Boek 2 BW van Nederland en dat van Curaçao voor het geval dat een rechtspersoon failliet wordt verklaard, zal ik mij hierna specifiek richten op de administratie- en jaarrekeningplicht. Dat neemt niet weg dat op een quasi-bestuurder ook tal van andere uit de bestuurstaak voortvloeiende verplichtingen kunnen rusten. Dat zal steeds per geval moeten worden beoordeeld, (mede) aan de hand van hetgeen in deze paragraaf wordt opgemerkt.

Het gaat bij bestuurdersaansprakelijkheid in het geval dat de rechtspersoon failliet is verklaard niet enkel om naamloze of besloten vennootschappen. De wettelijke regelingen in Nederland en Curaçao zien op alle rechtspersonen.[30] Van de feiten en omstandigheden op grond waarvan wordt vastgesteld of deze verplichtingen op een quasi-bestuurder rusten, kan de factor tijd een belangrijk onderdeel uitmaken. Een

27 Zie nader par. 2.6.3.

28 Als immers wordt aangenomen dat de bewijsvermoedens te allen tijde (dus per definitie) ook en altijd aan alle quasi-bestuurders kunnen worden tegengeworpen, ongeacht welke bestuurder met de nakoming van de administratie- en jaarrekeningplicht is belast en daarin is tekortgeschoten, dan boet de vraag of de administratie- en jaarrekeningplicht ook op een quasi-bestuurder kan rusten in aan relevantie. De beschouwingen blijven dan nog wel relevant voor eventuele andere verplichtingen die op quasi-bestuurders zouden kunnen rusten. Zie verder par. 6.7.2.

29 Van Nuland (2021), nr. 4.2.4.2.1.

30 In Curaçao geldt wel een aparte regeling voor enkel de NV en de BV. In de wet is bepaald dat de persoon die geen deel uitmaakt van het formele bestuur, maar bevoegd of onbevoegd voor zekere tijd of onder zekere omstandigheden 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*, als bestuurder wordt aangemerkt (art. 2:138/238 BWC). Degene die aan het criterium van art. 2:138/238 BWC voldoet, valt volgens de Curaçaose MvT a fortiori onder art. 2:16 lid 9 BWC en daarmee volledig onder laatstgenoemd artikel (par. 3.6.5).

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 in beginsel alleen op een quasi-bestuurder kunnen komen te rusten als hij zelf bestuurshandelingen verricht (feitelijk bestuurt), en niet slechts indirect, bijvoorbeeld door het geven van dwingende instructies (denk aan de schaduwbestuurder), al zijn uitzonderingen denkbaar.

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, al is niet in algemene zin te zeggen hoe lang die periode dan (ongeveer) moet zijn. 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. Als de administratie- en jaarrekeningplicht enkel op het formele bestuur rust en schiet dat bestuur tekort in de nakoming daarvan, dan brengt dat voor de overige leden van het ExCo (als die als quasi-bestuurders moeten worden aangemerkt) mee dat de bewijsvermoedens[31] van art. 2:138/248 lid 2 BW aan hen kunnen worden tegengeworpen. In par. 6.7.2 komt de andersluidende opvatting van Van Nuland wat betreft de bewijsvermoedens aan de orde.

31 Ik spreek over bewijsvermoedens (meervoud dus), omdat ook wat betreft het als onweerlegbaar geformuleerde vermoeden – dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld als niet is voldaan aan de verplichtingen uit art. 2:10 BW of art. 2:394 BW – heeft te gelden dat een bestuurder steeds onder zijn aansprakelijkheid kan uitkomen als hij aannemelijk maakt dat er een andere belangrijke oorzaak voor het faillissement is. Vgl. Timmerman (2017), p. 40.

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 deze feitelijke bestuurder rusten (par. 3.4.4, 3.4.8 en 4.11.2).

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. Desondanks zou ik de mogelijkheid niet willen uitsluiten dat in een specifiek geval op deze aandeelhouder genoemde verplichtingen wel komen te rusten. Dat zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn als door de handelwijze van de aandeelhouder het functioneren van het formele bestuur zodanig (ernstig en structureel) wordt belemmerd, dat het formele bestuur daardoor niet aan de administratie- en jaarrekeningplicht kan voldoen.

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 (par. 4.11.5). Als voorbeeld noem ik hier het geval dat de formele schaduwbestuurder verantwoordelijk is voor de benoeming tot formele bestuurder van een persoon die in het geheel niet in staat is de bestuurstaak in dit opzicht naar behoren uit te voeren, of met die persoon heeft afgesproken (hetgeen bij criminele activiteiten niet ondenkbaar is) dat bewust geen administratie wordt gevoerd. In beide gevallen ligt het voor de hand aan te nemen dat dan (ook) op de formele schaduwbestuurder niet te goeder trouw de administratie- en jaarrekeningplicht rust, zodat in geval van faillissement de bewijsvermoedens (reeds op die grond)[32] aan hem kunnen worden tegengeworpen.

32 De bewijsvermoedens kunnen hem als quasi-bestuurder immers ook worden tegengeworpen in het geval dat moet worden aangenomen dat de administratie- en jaarrekeningplicht enkel op het formele bestuur rust en het bestuur is tekortgeschoten in de nakoming daarvan. Zie verder par. 6.7.2.

Concluderend: 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.

6.5.5 De hoge drempel voor aansprakelijkheid

De ernstig verwijt-maatstaf is in de rechtspraak tot ontwikkeling gekomen in relatie tot formele bestuurders (par. 4.9). 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 (par. 2.6.1).

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 bestuurssfeer. 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 (de persoon die bewust de bestuursautonomie schendt) dus geen aanspraak maken op toepassing van de ernstig verwijt-maatstaf indien hij door de rechtspersoon dan wel de curator of 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 ExCo, die geen formele bestuurder is, op enig moment eigenmachtig feitelijk 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 per-

soon heeft gehandeld. Het verschieten van kleur hoeft immers niet te betekenen dat de quasi-bestuurder per definitie als niet te goeder trouw zou moeten worden aangemerkt. 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.

Concluderend: de feitelijke bestuurder niet te goeder trouw (de persoon die eigenmachtig 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 strijd op met het recht en is als zodanig als onrechtmatig aan te merken.

6.6 Normschending en onrechtmatigheid

In deze paragraaf wordt ingegaan op de onderwerpen normschending en onrechtmatigheid. Deze onderwerpen kwamen hiervoor reeds aan de orde, maar worden hier (deels) op andere wijze gepresenteerd om aan scherpte te winnen.

Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Dat geldt dus ook voor het bestuur als geheel. Dit wordt in de regel als een interne gedragsnorm aangeduid. Het gaat om een gedragsnorm die een bestuurder jegens de rechtspersoon in acht moet nemen op straffe van aansprakelijkheid, waarbij dan wel de ernstig verwijt-maatstaf geldt. Op grond van het collegialiteitsbeginsel dragen bestuurders van een meerhoofdig bestuursorgaan gezamenlijk de verantwoordelijkheid. Uit deze collectieve verantwoordelijkheid volgt een hoofdelijk aansprakelijkheid jegens de rechtspersoon, met toepassing van de ernstig verwijt-maatstaf en mogelijkheden voor individuele disculpatie. De gehoudenheid tot een behoorlijke taakvervulling en het collegialiteitsbeginsel hangen met elkaar samen: als sprake is van een meerhoofdig bestuur dan behoort collegialiteit tot een behoorlijke uitoefening van de bestuurstaak.

De norm van behoorlijk bestuur wordt als interne norm aangeduid omdat het doel daarvan is de rechtspersoon een zekere mate van bescherming tegen zijn bestuurders te bieden. Dat doel wordt te eng opgevat. De rechtspersoon heeft belang bij behoorlijk bestuur, en in ieder geval bij bestuur dat niet ernstig tekortschiet, maar dat geldt voor derden evenzeer, terwijl het belang van de rechtspersoon mede is gelegen in het voorkomen dat derden op de rechtspersoon verhaalbare schade lijden.

Het besturen van een rechtspersoon is aan te merken als het beheren van het vermogen dat uiteindelijk aan een ander of meerdere anderen toebehoort (bijvoorbeeld aan aandeelhouders). Het gaat daarbij om een zorgvuldig ‘beheer’ van de rechtsper-

soon wat betreft zijn rechten, verplichtingen, schulden en bezittingen. In de norm van behoorlijk bestuur ligt besloten dat die ook jegens derden in acht dient te worden genomen: de norm dient ook ter bescherming van hun belangen.[33] De norm is niet beperkt (en kan niet beperkt worden geacht) tot degenen die in formele zin tot bestuurder van de rechtspersoon zijn benoemd, maar richt zich evenzeer tot alle quasi-bestuurders. Voor alle quasi-bestuurders geldt dan ook niet enkel de norm die verplicht tot behoorlijk bestuur, maar op hen rust (in algemene zin) ook een zorgplicht.

De norm van art. 2:9 lid 1 BW (art. 2:14 lid 1 BWC), die verplicht tot behoorlijk bestuur, biedt een zekere mate van bescherming aan de rechtspersoon doordat de rechtspersoon zijn bestuurder persoonlijk aansprakelijk kan stellen voor tekortkomingen die een ernstig verwijt opleveren aan het adres van die bestuurder (art. 2:9 lid 2 BW/art. 2:14 lid 4 BWC). In het kader van art. 2:138/248 BW (art. 2:16 BWC) is een bestuurder (in beginsel) jegens de boedel (die bestaat in het belang van de crediteuren van de rechtspersoon) aansprakelijk als sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Die norm valt inhoudelijk binnen het normenkader van art. 2:9 BW (art. 2:14 BWC). Aansprakelijkheid jegens de boedel betekent immers per definitie onbehoorlijk bestuur in de zin van art. 2:9 lid 2 BW (art. 2:14 lid 4 BWC). Het omgekeerde is niet noodzakelijk het geval. In het kader van art. 6:162 BW kan een bestuurder naast de rechtspersoon aansprakelijk zijn voor een onrechtmatige daad als hem persoonlijk een ernstig verwijt treft (de drempel voor aansprakelijkheid ligt voor de bestuurder hoger dan voor de rechtspersoon zelf). Deze onrechtmatige daad levert evenzeer onbehoorlijk bestuur op in de zin van art. 2:9 lid 2 BW (art. 2:14 lid 4 BWC).

De wettelijk vastgelegde norm die van elke bestuurder (in mijn benadering ook van elke quasi-bestuurder) een behoorlijke vervulling van de bestuurstaak verlangt, is in alle genoemde aansprakelijkheidskwesties de grondnorm.[34] Die grondnorm beoogt (een zekere mate van) bescherming te bieden aan de rechtspersoon zelf, maar – en dat is evenzeer in het belang van de rechtspersoon zelf – ook aan derden. Het gaat in de meeste gevallen om het beschermen van (concrete) individuele vermogensbelangen.[35] Hier wordt over een *zekere mate* van bescherming gesproken, zowel omdat het in een concreet geval nog maar de vraag is of de vordering volledig kan worden verhaald, en omdat voor het met succes persoonlijk aansprakelijk stellen van de bestuurder de hoge drempel voor aansprakelijkheid geldt.

---

33 Dit is relevant voor het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW.

34 Vgl. *Kamerstukken II*, 1983-1984, 16 631, nr. 6, p. 20 en 34 (MvA), waaruit is geciteerd in par. 2.6.3.

35 Het kan ook om andersoortige situaties gaan. Denk bijvoorbeeld aan Rb Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, *JOR* 2021/208 m.nt. Biesmans (*Milieudefensie/Shell*). De rechtbank overweegt dat waar in het vonnis wordt gesproken over 'de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm', daarmee wordt bedoeld wat van Shell volgens deze norm (in de komende jaren) kan worden verwacht tegenover de Nederlandse ingezetenen en de inwoners van het Waddengebied waar in de collectieve acties van Milieudefensie c.s. voor wordt opgekomen. Kennelijk is sprake van een op Shell rustende bijzondere zorgplicht. Op dit moment handelt Shell wat betreft de CO^2-emissie niet onrechtmatig, aldus de rechtbank.

In mijn analyse is een relevant onderscheid tussen de verschillende soorten quasi-bestuurders of hun handelen stoelt op een juridische basis of rechtvaardiging, of niet. Dat onderscheid heb ik bestempeld als te goeder trouw respectievelijk niet te goeder trouw.

De persoon die te goeder trouw (hier in subjectieve zin) meent rechtsgeldig tot bestuurder te zijn benoemd, terwijl er achteraf sprake blijkt te zijn van een gebrekkig benoemingsbesluit, heeft een basis voor zijn optreden als bestuurder (ook al zou die basis later met terugwerkende kracht kunnen wegvallen). Het als quasi-bestuurder optreden door een zaakwaarnemer heeft een juridische basis, namelijk het leerstuk zaakwaarneming. Een lid van een ExCo, welk ExCo zodanig is georganiseerd dat in dit gremium het beleid wordt vastgesteld, vindt daarin zijn basis om als quasi-bestuurder te functioneren. De opdrachtgever (principaal) die vergaande afspraken met een trustdirecteur heeft gemaakt over het te voeren beleid in de vennootschap waarvan hij alle aandelen houdt, heeft een juridische grondslag voor het (mede)bepalen van het beleid, namelijk een overeenkomst. De titulaire quasi-bestuurder handelt evenzeer op basis van een overeenkomst (of volmacht in de ruime betekenis; zie par. 3.5.6). Voor de hier genoemde feitelijke en schaduwbestuurders geldt dat zij de bestuursautonomie respecteren (en in mijn terminologie in dat opzicht te goeder trouw zijn).

De aandeelhouder die bovenmatig dwingend zijn wil aan het bestuur oplegt en zich als feitelijke schaduwbestuurder gedraagt, doet dat zonder juridische basis of rechtvaardiging. De commissaris die zich eigenmachtig als bestuurder gaat gedragen en zelf besluit om namens de rechtspersoon een rechtshandeling aan te gaan (de feitelijke bestuurder niet te goeder trouw), doet dat zonder juridische basis of rechtvaardiging. De formele schaduwbestuurder die gebruik maakt van een katvanger als formele bestuurder van een rechtspersoon die wordt gebruikt voor het ‘opvangen’ van betalingen die consumenten doen wanneer ze denken een aankoop op een officiele website te doen, maar in feite met de website van oplichters te maken hebben, kan een overeenkomst met die katvanger hebben gesloten. Een dergelijke overeenkomst is echter (onzedelijk en) in strijd met de wet en dus nietig. Voor zijn optreden heeft hij geen juridische basis of rechtvaardiging. Het misbruik maken van het rechtspersonenrecht is per definitie onrechtmatig.

De persoon die geen juridische basis of rechtvaardiging heeft om quasi-bestuurder te zijn, behoort – los van het debat dat overigens in een aansprakelijkheidszaak zal worden gevoerd – in ieder geval geen aanspraak op toepassing van de ernstig verwijt-maatstaf te kunnen maken. De reden is dat deze persoon ervoor kiest om fundamentele regels en beginselen van het rechtspersonenrecht te schenden, en daarmee is – geheel los van de vraag tot welke gevolgen dat handelen verder heeft geleid – de onrechtmatigheid van zijn optreden (als zodanig) gegeven. Normschendingen behoren niet zonder gevolgen te blijven, en de normschender behoort in ieder geval niet van die schending te profiteren.

6.7 De theorie omgezet in wetsbepalingen

Een vraag die bij mij opkwam was of de wettelijke regeling zou moeten worden aangepast als zou worden uitgegaan van mijn conclusies naar aanleiding van de analyse van het fenomeen quasi-bestuurder tegen de achtergrond van het rechtssysteem en daaraan ten grondslag liggend beginselen. Daarbij stonden mij twee benaderingen voor ogen, die hierna zullen worden besproken.

Terzijde merk ik nog op dat ik, om elke onduidelijkheid weg te nemen wat betreft het bestuursverbod in relatie tot schaduwbestuurders, in par. 5.7.2 heb voorgesteld om aan art. 106b lid 1 Fw een zin toe te voegen:

> "*Het bestuursverbod strekt zich uit tot de uitoefening van het bestuur als bedoeld in artikel 106d.*"

Boek 2 BW van Curaçao bevat alleen een regeling inzake een mogelijk bestuursverbod in het geval dat een rechter een bestuurder van een stichting ontslaat (art. 2:55 lid 3 BW). Dit is niet de plaats om een regeling voor Curaçao uit te werken. Om maximale werking te hebben moet een bestuursverbod zich in ieder geval ook (kunnen) uitstrekken tot handelingen op grond waarvan een persoon kan worden aangemerkt als quasi-bestuurder.

6.7.1 Ruim begrip bestuur?

In de eerste benadering zou kunnen worden uitgegaan van een meer omvattend begrip 'bestuur' in Boek 2 BW wat betreft bestuurdersaansprakelijkheid en eventueel ook wat betreft op bestuurders rustende verplichtingen. Elke persoon die direct of indirect de rechtspersoon bestuurt zou dan onder het begrip bestuurder vallen, ongeacht of de betrokkene in overeenstemming met Boek 2 BW en de statuten rechtsgeldig tot bestuurder is benoemd. De bevoegdheid tot het vertegenwoordigen van de rechtspersoon zou dan moeten worden voorbehouden aan het formele bestuur respectievelijk de formele bestuurders conform de reeds bestaande wettelijke regeling in Nederland en Curaçao.

Deze benadering is minder eenvoudig dan op het eerste gezicht lijkt. De wet bevat geen definitie of omschrijving van wat besturen is, maar op basis van de wet en de rechtspraak kunnen we wel vaststellen of een (rechts)persoon een formele bestuurder is. Daarmee staat vast wie wordt bedoeld als in de wet naar 'het bestuur' wordt verwezen. Dit is naast de bevoegdheid tot vertegenwoordiging van belang voor de vraag op wie de in de wet genoemde verplichtingen rusten. De wet bevat een hele serie verplichtingen, waarvan er hier enkele worden genoemd:

- Het bestuur is belast met het besturen van de rechtspersoon.
- Het bestuur moet zorgdragen voor de administratie en het opmaken van de jaarrekening.
- Het bestuur moet de RvC de voor de uitoefening van diens taak noodzakelijke gegevens verschaffen.

- Het bestuur moet een aandeelhoudersregister bijhouden (en bij de stichting een (intern) register bijhouden waarin de namen en adressen van alle personen worden opgenomen aan wie een uitkering is gedaan die niet meer bedraagt dan 25 procent van het voor uitkering vatbare bedrag in een bepaald boekjaar, alsmede het bedrag van de uitkering en de datum waarop deze uitkering is gedaan; vgl. art. 2:290 lid 1 BW[36]).
- De besturen van te fuseren rechtspersonen stellen een voorstel tot fusie op en dit voorstel moet worden ondertekend door de bestuurders van elke te fuseren rechtspersoon.

Het is van belang dat vaststaat op wie deze en andere verplichtingen (in ieder geval) rusten en wie daarvoor kan worden aangesproken. In de par. 3.2.4 en 4.11 kwam aan de orde dat de wet voorziet in een regeling op grond waarvan op quasi-bestuurders verplichtingen kunnen komen te rusten die tot het takenpakket van het formele bestuur horen. Hierbij kan worden gedacht aan de administratieplicht en de plicht jaarlijks een jaarrekening op te stellen (en in Nederland: tijdig te deponeren). De vraag of op een quasi-bestuurder verplichtingen rusten komt (in beginsel) pas aan de orde in een procedure waarin de betrokkene persoonlijk aansprakelijk is gesteld.[37] Als er voor zou worden gekozen om in de wet van een ruim begrip 'bestuurder' uit te gaan, zou dit enkel betrekking moeten hebben op de mogelijkheid om een quasi-bestuurder als bestuurder aansprakelijk te stellen. In de huidige wettelijke regeling is

36 Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden van vennootschappen en andere juridische entiteiten (Stb. 2020, 231), die op 8 juli 2020 in werking is getreden. Deze wet betreft de invoering van het (openbare) UBO-register dat op 27 september 2020 is ingevoerd, terwijl op grond van deze wet tevens art. 2:290 BW is ingevoerd. Zie P.W.A. Goes en R. Lichtenberg, 'Artikel 2:290 BW: het uitkeringenregister voor stichtingen dat met het UBO-register is ingevoerd, is onnodig', *Ondernemingsrecht* 3 (2021), p. 124-127. Verder is art. 2:51a aan BW-BES toegevoegd. Daarin is bepaald dat het bestuur van een stichting een register bijhoudt waarin de namen en adressen van alle personen worden opgenomen aan wie een uitkering is gedaan die niet meer bedraagt dan 25% van het voor uitkering vatbare bedrag in een bepaald boekjaar, alsmede het bedrag van de uitkering en de datum waarop deze uitkering is gedaan. In Curaçao is ingaande 1 januari 2021 een nieuw artikel aan Boek 2 BW toegevoegd, waarin is bepaald dat als het doel van een stichting particulier fonds (SPF) het doen van uitkeringen is, het bestuur zich op de hoogte moet houden van de namen en adressen van alle begunstigden en wat hun toekomt, en dat de daarop betrekking hebbende gegevens door het bestuur moeten worden vastgelegd in een register (art. 2:50a BWC). Aruba, alwaar op 1 januari 2021 een Boek 2 BW in werking is getreden, kent de SPF niet. In Sint Maarten gelden voor de stichting en de SPF bijzondere voorschriften inzake de jaarrekening en het jaarverslag (art. 2:59 BW Sint Maarten). In het jaarverslag moet bijvoorbeeld worden vermeld over welke controlemiddelen het bestuur beschikt om de identiteit van haar belangrijke donoren en de identiteit en goede naam van haar begunstigden te controleren. De jaarrekening moet een gedetailleerde uitsplitsing bevatten van inkomsten en uitgaven, en bovendien een overzicht van alle transacties aan of van een persoon of rechtspersoon in het buitenland boven een waarde van ANG 25.000,- of het equivalent daarvan in vreemde valuta.

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

het immers in alle andere gevallen – in het bijzonder wat betreft de vertegenwoordiging van de rechtspersoon en de bestuursverplichtingen – duidelijk wat met bestuur en wie met bestuurder wordt bedoeld.

Bovendien, als eerder aangegeven, maak ik een onderscheid tussen quasi-bestuurders te goeder trouw en degenen bij wie de goede trouw ontbreekt. Het wel of niet te goeder trouw zijn ziet in dit verband enkel op de vraag of er een grondslag is voor hun handelen (overeenkomst met het bestuur, zaakwaarneming) of niet (eigenmachtig optreden, negeren van de bestuursautonomie). Als in de wet van een ruim begrip 'bestuur' zou worden uitgegaan, en beide hier genoemde groepen quasi-bestuurders daaronder zouden vallen, ontstaat de noodzaak om in kaart te brengen ten aanzien van welke bepalingen differentiatie nodig is. Zo is het evident dat op de quasi-bestuurder die zelf één enkele bestuurshandeling verricht of als schaduwbestuurder afdwingt, in het algemeen niet de bestuursverplichtingen van het formele bestuur rusten.

Op grond van het voorgaande is er wat voor te zeggen om het begrip bestuur, zoals dat thans in de wet wordt gehanteerd, geen andere inhoud te geven. Om met Timmerman te spreken: "*Er is ook zoiets als het belang van simpele wetteksten*".[38] Het alternatief is de regeling inzake quasi-bestuurders (enigszins) aan te passen. Deze (bescheiden) aanpassingen worden in de volgende paragraaf besproken.

6.7.2 Aanpassing regeling quasi-bestuurder in de wet?

Alvorens in te gaan op mogelijke aanpassingen met betrekking tot quasi-bestuurders, wordt eerst ingegaan op wat als de 'interne gedragsnorm' voor bestuurders bekend staat. Omdat de norm waaraan bestuurlijk doen en nalaten wordt getoetst materieel gelijk is als het gaat om de bestuurder jegens de rechtspersoon als wanneer het gaat om de bestuurder jegens derden (inclusief de failliete boedel), heb ik in par. 4.5 voorgesteld om de eerste zin van art. 2:9 BW en art. 2:14 lid 1 BWC als volgt te laten luiden:

> "*Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon en anderen gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak.*"

De aldus geformuleerde norm sluit aan op de wijze waarop aansprakelijkheid blijkens de rechtspraak wordt getoetst (par. 2.6.3 en 2.6.4). De wettelijke bewoordingen 'kennelijk onbehoorlijke taakvervulling' (art. 2:138/248 lid 1 BW) en 'kennelijk onbehoorlijk bestuur' (art. 2:16 lid 1 BWC) impliceren een schending van de gedragsnorm die op dit moment in de wet als interne norm is geformuleerd en die leidt tot persoonlijke aansprakelijkheid als sprake is van een ernstig verwijt. Met 'kennelijk' wordt dan een zekere ernst of evidentie van het onbehoorlijke bestuur bedoeld. Mijn voorstel beoogt enkel codificatie van wat op basis van mijn analyse als geldend recht

38 Timmerman (2009), p. 12.

dient te worden aangemerkt. In de kern gaat het om een zorgplicht die op bestuurders rust, en die is uit zijn aard niet beperkt tot de relatie van de bestuurder met de rechtspersoon.

Deze wettelijke norm inzake de taakvervulling is primair gericht tot de formele bestuurders, maar heeft blijkens de rechtspraak een breder toepassingsbereik (par. 3.4). De norm is evenzeer gericht tot anderen die zich direct of indirect inlaten met het bestuur 'als ware zij bestuurder'. Dit leent zich voor codificatie in art. 2:9 BW en art. 2:14 lid 1 BWC. Er zou een nieuw lid aan de genoemde wetsbepalingen kunnen worden toegevoegd:

> "*Het in het eerste lid van dit artikel bepaalde is van overeenkomstige toepassing op de feitelijke bestuurder en de schaduwbestuurder.*"

Door de twee basishoedanigheden van de quasi-bestuurder als zodanig te benoemen kan de omslachtige omschrijving als de persoon die het 'beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder' worden vermeden.[39] Het in de MvT[40] genoemde criterium van 'feitelijke terzijdestelling van het formele bestuur' om quasi-bestuurders van formele bestuurders te onderscheiden is maar beperkt bruikbaar.[41] Het criterium sluit onder meer de quasi-bestuurders uit die lid zijn van een ExCo of die handelen op basis van zaakwaarneming. Het 'feitelijk terzijdestellen' veronderstelt immers een eenzijdig handelen van de quasi-bestuurder, terwijl een persoon ook quasi-bestuurder kan zijn met de volle instemming van het formele bestuur. Voor de volledigheid wijs ik er op dat in de literatuur en de lagere rechtspraak wordt aangenomen dat onder 'terzijdestellen' ook het geval valt waarin het formele bestuur het handelen van de quasi-bestuurder gedoogt (par. 3.3 en 3.4). Gedogen kan mijns inziens worden gezien als een passieve vorm van instemmen. Tevens zou de bepaling zodanig moeten worden aangepast dat duidelijk is welke rechter bevoegd is (par. 5.9.1).

Wat betreft de administratie- en jaarrekeningplicht en de bewijsvermoedens van art. 2:138/248 lid 2 BW (art. 2:16 lid 2 BWC) dienen zich twee vragen aan. Ten eerste of op een quasi-bestuurder de administratie- en jaarrekeningplicht *kan* rusten.

---

39 Ook in art. 2:138/248 lid 7 BW, art. 2:16 lid 9 BWC en art. 2:138/238 BWC zou de formulering waarmee quasi-bestuurders worden geduid, zodanig kunnen worden aangepast dat over feitelijke bestuurders en schaduwbestuurders wordt gesproken. Ik laat hier verder in het midden of aan art. 2:138/238 BWC wel behoefte bestaat. De Nederlandse tegenhanger is met ingang van 1 juli 2021 komen te vervallen (par. 3.2.3).

40 *Kamerstukken II*, 1983-1984, 16 631, nr. 6, p. 23-24.

41 Zie ook Hanegraaf (2017), nr. 4.5.2. Volgens hem kan er *naast* het formele bestuur een (mede-) beleidsbepaler zijn of meerdere (mede-)beleidsbepalers. Voor een kwalificatie als (mede-)beleidsbepaler hoeft het bestuur volgens hem niet terzijde te zijn gesteld. Het komt er volgens Hanegraaf op aan of de besluitvorming van het formele bestuur door anderen dan de formele bestuurders op beslissende punten is bepaald of mede is bepaald.

In navolging van de Hoge Raad (zie par. 3.4.4 en 6.5.4)[42] beantwoord ik die vraag bevestigend. De uitspraak van de Hoge Raad betrof een feitelijke bestuurder, maar de plicht zou onder omstandigheden ook op een schaduwbestuurder kunnen rusten.

De tweede vraag is of de bewijsvermoedens in het geval van een tekortschieten door het formele bestuur wat betreft de administratie- en jaarrekeningplicht, aan een quasi-bestuurder kunnen worden tegengeworpen. Formele en quasi-bestuurders dragen collegiaal, derhalve gezamenlijk de verantwoordelijkheid voor het beleid. In mijn uitleg van art. 2:138/248 BW (art. 2:16 BWC) moet de tweede vraag dan ook bevestigend worden beantwoord.[43] Wat betreft een quasi-bestuurder zullen deze vermoedens derhalve ook aan hem worden tegengeworpen als het formele bestuur is tekortgeschoten in de nakoming van de administratieplicht en/of de jaarrekeningplicht. Dit geval verschilt niet principieel van het geval dat een formele bestuurder met de bewijsvermoedens wordt geconfronteerd doordat zijn formele medebestuurder, op wie specifiek de administratie- en jaarrekeningtaak rust, in de uitoefening daarvan is tekortgeschoten.

Op een feitelijke bestuurder kunnen, als hij meer structureel als zodanig functioneert, bestuursverplichtingen rusten. Als op hem de verplichting rust een deugdelijke boekhouding te voeren alsmede de jaarrekeningplicht, en is hij daarin tekortgeschoten, dan zullen de bewijsvermoedens niet alleen aan hem maar ook aan het formele bestuur worden tegengeworpen. Het formele bestuur is en blijft immers in alle gevallen verantwoordelijk voor het deugdelijk en tijdig nakomen van deze verplichtingen. De genoemde verplichtingen kunnen wel mede, maar niet exclusief op een quasi-bestuurder rusten (par. 4.11). Ik verwijs verder naar wat hiervoor inzake het collegialiteitsbeginsel en het gezamenlijk dragen van verantwoordelijkheid is opgemerkt (par. 6.5.3).

Volgens Van Nuland is toepassing van art. 2:138/248 lid 2 BW niet gerechtvaardigd in het geval dat de (mede)beleidsbepaler (de facto) niet bevoegd is om aan art. 2:10 BW en art. 2:394 BW te voldoen. Hij is van mening dat een (mede)beleidsbepaler in beginsel niet bevoegd is om zich met de boekhouding en publicatie van jaarrekeningen in te laten. De (mede)beleidsbepaler beschikt volgens hem niet *per definitie* over de bevoegdheden die een behoorlijke vervulling van zijn taak vergt.[44] Indien zijn gedachtegang zou worden gevolgd zou aan lid 7 van art. 2:138/248 BW (bijvoorbeeld) de volgende zin kunnen worden toegevoegd, waarbij wordt opge-

---

42 Schutte-Veenstra (2017), p. 138 merkt op dat de Hoge Raad in de Mefigro-zaak heeft uitgemaakt dat de administratie- en jaarrekeningplicht ook op de feitelijke bestuurders rust. De Hoge Raad heeft die vraag beantwoord in een voorliggend geval ten aanzien van de feitelijke bestuurder in die zaak (*Mefigro*). De Hoge Raad heeft (echter) niet overwogen dat de administratie- en jaarrekeningplicht per definitie op alle feitelijke bestuurders rust.

43 Dan rest hem nog slechts tegenbewijs wat betreft het causale verband en, als dat niet slaagt, een beroep op (persoonlijke) disculpatie en matiging. Vgl. Schutte-Veenstra (2017), p. 139.

44 Van Nuland (2021), nr. 4.2.4.2.1. Het 'niet per definitie' maakt hier uiteraard het verschil: een verplichting kan in dit geval niet zonder bevoegdheid bestaan. Wordt een verplichting aangenomen dan veronderstelt dat de bevoegdheid of mogelijkheid om die na te komen.

merkt dat het aan de rechter wordt overgelaten om in een voorliggende zaak te beoordelen of op de betrokken quasi-bestuurder deze bestuursplicht rust:

> "*Het bepaalde in het tweede lid van dit artikel is uitsluitend van toepassing op de feitelijke bestuurder of de schaduwbestuurder op wie, gezien de periode en omstandigheden van zijn optreden, de verplichtingen uit de artikelen 10 of 394 van dit Boek geacht worden te rusten.*"

In dit geval kan worden gedacht aan de bestuurder die te goeder trouw meent rechtsgeldig tot formele bestuurder te zijn benoemd, de zaakwaarnemer die anders dan voor (heel) korte tijd het bestuur van de rechtspersoon waarneemt, maar ook de feitelijke bestuurder te kwader trouw die zich gedurende langere tijd bestuursmacht toeëigent. Het is aan de rechter om te beoordelen of op de feitelijke bestuurder deze bestuursplicht rust en de betrokkene ook de mogelijkheid heeft gehad om daaraan te voldoen. Omdat de bedoelde verplichtingen onder omstandigheden ook op een schaduwbestuurder kunnen rusten wordt ook die in de voorgestelde tekst genoemd.

Voor Curaçao zou de gedachtegang van Van Nuland tot de volgende aanpassing kunnen leiden wat betreft de toepassing van de bewijsvermoedens. Aan lid 9 van art. 2:16 BWC zou dan de volgende zin kunnen worden toegevoegd:

> "*Het bepaalde in het tweede lid van dit artikel is uitsluitend van toepassing op de feitelijke bestuurder of de schaduwbestuurder op wie, gezien de periode en omstandigheden van zijn optreden, de verplichtingen als in het tweede lid bedoeld geacht worden te rusten.*"

De eerste volzin van lid 9 van art. 2:16 BWC zou dan als volgt kunnen luiden om uniformiteit in de formulering te bereiken:

> "*Met een bestuurder wordt voor de toepassing van dit artikel gelijkgesteld de persoon die als feitelijke bestuurder of als schaduwbestuurder is opgetreden gedurende enig tijdvak binnen de in het derde lid bedoelde periode, dan wel als oprichter kennelijk onzorgvuldig heeft gehandeld.*"

Er is een evident verschil in opvatting tussen Van Nuland en mij. Bij Van Nuland kunnen de bewijsvermoedens alleen dan aan een quasi-bestuurder worden tegengeworpen in het geval dat op hem de administratie- en jaarrekeningplicht rust én hij de facto bevoegd is om daaraan te voldoen. In mijn interpretatie van de wet zullen de bewijsvermoedens aan elke persoon die als quasi-bestuurder wordt aangemerkt worden tegengeworpen, ongeacht of (ook) op deze persoon de administratie- en jaarrekening plicht rust (waarvan alleen sprake kan zijn als hij ook de mogelijkheid heeft om die na te komen) en ongeacht wie in die plicht is tekortgeschoten.

6.8 Het onderzoek is waarde-betrokken

Eerder gaf ik aan dat het bedrijven van rechtswetenschap niet waardenvrij is, maar dat dit allesbehalve bezwaarlijk is zolang die 'waarden' maar zoveel mogelijk worden geëxpliciteerd (par. 1.4). Die waarden of (wellicht iets breder) uitgangspunten zijn (mede) bepalend voor de aard en uitkomst van het onderzoek. De keuze om van het bestaande rechtssysteem uit te gaan, om de hoge drempel voor aansprakelijkheid (de ernstig verwijt-maatstaf) als een juiste maatstaf te accepteren en de stelling dat de norm voor aansprakelijkheid van een bestuurder in het kader van een faillissement gelijk is aan de interne norm voor aansprakelijkheid, zijn daarvan voorbeelden.

Ter afsluiting van dit hoofdstuk wil ik nog één door mij gehanteerd normatief uitgangspunt expliciet benoemen. Quasi-bestuurders kunnen in verschillende categorieën worden ingedeeld. Een belangrijk onderscheid dat ik maak is tussen quasi-bestuurders die te goeder trouw deze hoedanigheid hebben verworven (of zich hebben aangemeten) en quasi-bestuurders voor wie dat niet geldt, ofwel tussen degenen die de bestuursautonomie niet schenden en degenen die dat wel doen. Vanuit de overtuiging dat er rechtens een verschil in behandeling behoort te zijn als het gaat om het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid, heb ik in het rechtssysteem, inclusief de beginselen, gezocht naar argumenten op grond waarvan aan – wat ik noem – de quasi-bestuurders niet te goeder trouw, de aanspraak op toepassing van de hoge drempel voor aansprakelijkheid kan worden ontzegd. Doordat zij de bestuursautonomie (bewust) schenden behoort toepassing van de ernstig verwijt-maatstaf aan hen te worden ontzegd. Zij behoren niet te profiteren van deze schending van de wet. Deze overtuiging is gedurende het onderzoek gegroeid. Ik heb er daarom in hoofdstuk 1 ook bewust geen melding van gemaakt. Op deze plaats doe ik dat wel. Het is evident dat deze 'keuze' implicaties heeft voor de wijze waarop het fenomeen quasi-bestuurder door mij wordt benaderd. Die benadering hoeft niet als 'juist' of 'correct' te worden aanvaard, al volgt deze naar mijn overtuiging wel uit het systeem van de wet en daaraan ten grondslag liggende beginselen, maar ik heb wel minimaal gestreefd naar een consistente toepassing.

SAMENVATTING

De samenvatting van de voorgaande hoofdstukken kan tegelijkertijd dienen als een inleiding op het onderzoek en de conclusies, in het bijzonder voor diegenen die graag eerst een globale kaart van het te betreden gebied willen bestuderen voordat ze het besluit nemen de reis al dan niet vanaf het begin te maken.

Hoofdstuk 1 Verantwoording
Naar aanleiding van de wettelijke gelijkstelling van quasi-bestuurders met formele bestuurders in art. 2:138/248 lid 7 BW is de vraag opgeworpen of dan wel in hoeverre de statutaire bestuurder en de quasi-bestuurder een volledig gelijke positie innemen. Daarbij gaat het om twee aspecten: enerzijds de materiële vraag wanneer een persoon als quasi-bestuurder kan worden aangemerkt en in hoeverre het normenkader dat geldt voor het formele bestuur (en dan gaat het met name om hun aansprakelijkheid) op quasi-bestuurders van toepassing is, anderzijds om vragen die samenhangen met quasi-bestuurders en juridische procedures. Aan deze centrale vraagstelling zijn diverse concrete onderzoeksvragen gekoppeld. Al die vragen zien op de positie van de quasi-bestuurder in het Nederlandse rechtspersonenrecht; dan gaat het niet alleen om de wet, maar ook om rechtspraak en literatuur. Tevens is aangegeven dat de (relatief geringe) verschillen met het recht van Curaçao in dit boek zullen worden besproken.

In het kader van dit onderzoek staat het (orgaan) bestuur centraal, zij het dat ook het toezichtsorgaan (RvC of RvT) zijdelings aan de orde komt. De statutaire bestuurder is belast met het besturen van de rechtspersoon en de commissaris is (primair) belast met het uitoefenen van toezicht op het bestuur. Een commissaris kan zich, net als een aandeelhouder of buiten de organisatie van de rechtspersoon staande (rechts-) persoon, zodanig gedragen dat hij als quasi-bestuurder moet worden aangemerkt.

De gevolgde onderzoeksmethode kan als klassiek worden aangemerkt. In de kern komt die neer op een techniek van argumenteren op basis van gezaghebbende teksten. In dat verband is aandacht besteed aan de criteria voor rechtswetenschappelijk onderzoek en de vraag wat rechtswetenschap inhoudt. Bij het beoefenen van rechtswetenschap gaat het om het verwerven, ontwikkelen en verspreiden van kennis op juridisch terrein, met inachtneming van door de kring van rechtswetenschappers algemeen erkende criteria en spelregels. In dat verband wordt ingegaan op onderwerpen als nauwkeurigheid, bronverantwoording, subjectiviteit, de wijze van argumenteren en de relevantie van het onderzoek. In par. 1.5 is, voorzien van voorbeelden,

een overzicht gegeven van de verschillende soorten quasi-bestuurders als hulpmiddel voor de lezer.

In hoofdstuk 4 wordt ingegaan op enkele specifieke voor mijn onderzoek relevante (rechts)beginselen of uitgangspunten. In het eerste hoofdstuk wordt vooruitlopend daarop het gelijkheidsbeginsel genoemd. In de context van deze studie heb ik het over een beginsel dat zich richt tot de wetgever: rechtsregels behoren zodanig te worden geformuleerd, dat in gelijke gevallen een gelijke uitkomst wordt bereikt. Dat het gelijkheidsbeginsel, zoals hier gehanteerd, zich tot de wetgever richt, betekent dat het evenzeer is gericht tot de tot oordelen geroepen rechter.

Hoofdstuk 2 Besturen en bestuurdersaansprakelijkheid – de stand van zaken
Het fenomeen quasi-bestuurder, in het bijzonder diens aansprakelijkheid en (mogelijk) op hem rustende verplichtingen, moet worden bekeken tegen de achtergrond van de onderwerpen besturen en bestuurdersaansprakelijkheid in relatie tot de formele (statutaire) bestuurders. Het is nodig kennis te nemen van de regels die van toepassing zijn op formele bestuurders om de vraag naar de gelijkstelling van quasi-bestuurders met formele bestuurders te kunnen beantwoorden. Met ‘de stand van zaken’ wordt aangegeven dat het in hoofdzaak gaat om een beknopte beschrijving van deze onderwerpen op basis van de wet, literatuur en rechtspraak.

Na een korte historische inleiding wordt ingegaan op het orgaan bestuur, de bestuurstaak, verplichtingen die op formele bestuurders rusten en het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid. In Nederland en Curaçao geldt een hoge drempel voor aansprakelijkheid als het gaat om de persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen. Die hoge drempel houdt in dat een bestuurder die in die hoedanigheid heeft gehandeld alleen persoonlijk aansprakelijk kan zijn als hem (persoonlijk) een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Gaat het om een vordering die door een curator is ingesteld nadat de rechtspersoon failliet is verklaard, dan moet sprake zijn van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Er is inhoudelijk geen wezenlijk verschil tussen deze begrippen.

Volgens de Hoge Raad wordt een hoge drempel voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover een derde (denk aan een wederpartij van de rechtspersoon) gerechtvaardigd (i) door de omstandigheid dat ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de rechtspersoon en (ii) door het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen.

In het kader van dit onderwerp wordt ingegaan op de vraag wanneer sprake is van een doen en laten in de hoedanigheid van bestuurder en wanneer niet. Die vraag is van belang met het oog op de vraag wanneer een bestuurder die persoonlijk aansprakelijk wordt gesteld, wel of niet met succes een beroep op de ernstig verwijt-maatstaf kan doen. Gaat het om bestuurshandelingen dan wordt de maatstaf toegepast, gaat het om andere handelingen, bijvoorbeeld het handelen in de hoedanigheid van advocaat door een persoon die tevens een formele bestuurder is, dan niet.

Hoofdstuk 3 De quasi-bestuurder: een eerste verkenning
Hoofdstuk 3 bevat een eerste terreinverkenning wat betreft het fenomeen quasi-bestuurder. Ingegaan wordt op de diverse wettelijke bepalingen waarin de quasi-bestuurder een rol speelt. Denk daarbij aan de gelijkstelling van een quasi-bestuurder met een formele bestuurder in het geval dat de rechtspersoon failliet is verklaard (art. 2:138/248 lid 7 BW/art. 2:16 lid 9 BWC). Nadat enkele relevante passages uit de parlementaire geschiedenis zijn besproken, zijn enkele opvattingen over de quasi-bestuurder uit de literatuur weergegeven.

In de rechtspraak komt de quasi-bestuurder veelvuldig voor. Het gaat in de besproken zaken om de vraag of een persoon quasi-bestuurder is en om de vraag of hij persoonlijk aansprakelijk is. Aandacht wordt besteed aan onder meer de kantoordirecteur, de titulaire financieel directeur, de adviseur, de grootaandeelhouder en aan het managementteam. Het gaat om een rijke casuïstiek. De vragen moeten steeds (door de rechter) worden beantwoord aan de hand van de concrete feiten en omstandigheden van het voorliggende geval.

Na de terreinverkenning geef ik een aanzet voor mijn benadering van de quasi-bestuurder. Ingegaan wordt op de feitelijke bestuurder, de feitelijke schaduwbestuurder en de formele schaduwbestuurder. Omdat die in de praktijk veelvuldig voorkomt is apart aandacht besteed aan de titulaire quasi-bestuurder (de filiaalhouder of bedrijfsleider), op wie overigens het etiket feitelijke bestuurder past. Deze categorieën zijn van voorbeelden voorzien in par. 1.5. Hoofdstuk 3 wordt afgesloten met een overzicht van het recht van Curaçao dat betrekking heeft op quasi-bestuurders.

Hoofdstuk 4 De quasi-bestuurder onderzocht vanuit (de beginselen van) het rechtssysteem
De onderwerpen die in hoofdstuk 4 aan de orde komen zijn de voor dit onderzoek centrale thema's die betrekking hebben op de grondslagen en leerstukken van het (rechtspersonen)recht. Aandacht wordt besteed aan beginselen. Hiermee worden algemene noties of uitgangspunten bedoeld, waarvan – gelet op de historie en de systematiek van het rechtssysteem alsmede de parlementaire geschiedenis – wordt aangenomen dat die op een breed draagvlak kunnen rekenen. Deze beginselen zijn de verklaring of rechtvaardiging van de (concrete) regel, ofwel van zijn innerlijke of intrinsieke waarde. In dat verband is het Romeinse recht bestudeerd, enerzijds om beter inzicht te krijgen in het huidige rechtssysteem, anderzijds om te onderzoeken welke fundamentele beginselen destijds en thans nog gelding hebben, en die behulpzaam zouden kunnen zijn bij het analyseren van het fenomeen quasi-bestuurder. Voor mijn onderzoek heb ik enkele rechtsbeginselen geïdentificeerd die mijns inziens voor mijn onderzoek relevant zijn:
(i) personen zijn (in beginsel) aansprakelijk voor hun eigen doen en laten;
(ii) wat betreft goederen die aan een ander toebehoren moet dezelfde zorgvuldigheid in acht worden genomen die men ten aanzien van eigen goederen in acht pleegt te nemen (bijvoorbeeld bij de *societas* of bij bewind). Het gaat hier niet

om een subjectief, maar om een geobjectiveerd beginsel. In dit verband wordt over een zorgplicht gesproken;

(iii) een persoon behoort niet te profiteren van zijn eigen onrechtmatige handelen.

Nadat die beginselen vanuit hun Romeinsrechtelijke oorsprong kort zijn besproken, mede in relatie tot formele bestuurders, wordt de vraag behandeld waarop de wettelijke gelijkstelling is gebaseerd. Wie zich gedraagt als bestuurder of anderszins (intensief) het beleid (mede) bepaalt, wordt om die reden met een formele bestuurder gelijkgesteld. Het gaat hier om een materiële toets: de feitelijke invloed die een persoon – al dan niet via een rechtspersoon – op het beleid van de rechtspersoon heeft. De achterliggende gedachte is mijns inziens, en die gaat terug tot het Romeinse recht, dat personen die een gelijke status of positie bezitten, in beginsel gelijk moeten worden behandeld.

De feitelijke bestuurder handelt als ware hij bestuurder en het ligt dan voor de hand hem wat betreft aansprakelijkheid van bestuurders (en onder omstandigheden verplichtingen van bestuurders) met een formele bestuurder gelijk te stellen. De schaduwbestuurder presenteert zich niet als bestuurder, maar oefent zodanige invloed op de formele bestuurders uit dat die (gedwongen) zijn wensen en instructies opvolgen dan wel afspraken met hem hebben gemaakt over de uitoefening van de bestuurstaak. Hoewel hij dus meer op afstand van het daadwerkelijk uitoefenen van bestuurstaken staat en die niet zelf uitoefent, wordt hij wel schaduw*bestuurder* genoemd. Dit past in de systematiek van de wet: het gaat er immers om of een persoon het beleid van de rechtspersoon heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder. Het gaat hier om de mate van invloed op de beleidsbepaling en de wil (en macht) om die invloed uit te oefenen. Het begrip beleid wordt in dat verband ruim uitgelegd en kan ook betrekking hebben op een specifieke bestuursdaad.

Vervolgens komt de norm voor toetsing van bestuurlijk gedrag aan de orde. Er is een algemene toetsingsnorm in de wet opgenomen. In art. 2:9 lid 1 BW is de norm als volgt geformuleerd: "*Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak.*" In art. 2:14 lid 1 BWC staat hetzelfde. Algemeen wordt aangenomen dat een (mede)beleidsbepaler (quasi-bestuurder) niet valt onder het bereik van art. 2:9 BW en art. 2:14 lid 1 BWC. Het argument daarvoor is dat deze artikelen niet voorzien in een bepaling op grond waarvan de quasi-bestuurder met een formele bestuurder wordt gelijkgesteld. Ik deel die opvatting niet. De (gedrags)norm luidt: bestuurder u moet behoorlijk besturen. Uit de aard van de norm volgt dat die niet tot de formele bestuurders beperkt kan zijn. De norm moet geacht worden zich te richten tot eenieder die de rechtspersoon direct of indirect bestuurt. Door mij wordt voorgesteld om die 'interne' norm expliciet ook extern te maken, zodat bestuurders ook jegens derden zijn gehouden tot een behoorlijke vervulling van hun taak. De aldus geformuleerde norm sluit aan op de wijze waarop aansprakelijkheid blijkens de rechtspraak wordt getoetst. Zo is bijvoorbeeld de 'kennelijk onbehoorlijke taakvervulling' (art. 2:138/248 lid 1 BW) of het 'kennelijk onbehoorlijk bestuur' (art. 2:16 lid 1 BWC) een schending van de gedragsnorm die

op dit moment in de wet als interne norm is geformuleerd. Mijn benadering sluit ook aan bij de in de laatste jaren gegroeide opvatting over de zorgplicht van bestuurders.

Omdat het gehele burgerlijk recht met de zorgplicht is doordrenkt, en dat begrip niet meer is weg te denken, wordt daaraan (eerst conceptueel) aandacht besteed. Het is een 'open' of 'vage' norm, en dat betekent onder meer dat een rechter, die de zorgplicht toepast, zich bewust moet zijn van het onderscheid tussen rechtsvinding en rechtsvorming. Vult de rechter een 'echte' leemte op en formuleert hij – als wetgever-plaatsvervanger – een nieuwe norm (rechtsvorming), of tracht hij te verwoorden wat (al dan niet in een relevante kring) deel uitmaakt van het rechtsbewustzijn (rechtsvinding)? De rechter moet inzichtelijk maken hoe en op grond waarvan hij tot zijn oordeel is gekomen. Hij moet daarover in zijn uitspraak rekenschap afleggen; zijn uitspraak maakt pas dan kans gezag te verwerven, ook bij degene in wiens nadeel zijn uitspraak is uitgevallen. Zonder gezag is het slechts een oordeel van iemand die het binnen ons rechtssysteem voor het zeggen heeft. De rechter heeft de plicht het ongeschreven recht op te sporen. Dat de rechter ambtshalve het recht, ook het ongeschreven recht, geacht wordt te kennen, ontslaat hem niet van die verplichting. Het ongeschreven recht komt niet uit de lucht vallen. Het vindt zijn basis in (de beginselen van) het rechtssysteem. Het moet daarin worden gezocht. Het is de rechter die zoekt, al dan niet geholpen door partijen. De rechter dient in zijn uitspraak naar behoren verslag te doen van die speurtocht, zowel wanneer hij een rechtsnorm heeft gevonden als wanneer zijn speurtocht niets heeft opgeleverd.

De vraag is op welke wijze de rechter een beroep op het ongeschreven recht behoort te motiveren om overtuigend te zijn. In de eerste plaats behoort aannemelijk te worden gemaakt dat de regel van ongeschreven recht waarop een beroep wordt gedaan, deel uitmaakt van een meer algemene rechtsovertuiging. Dat kan bijvoorbeeld door te verwijzen naar algemene tendensen in de rechtsgeleerde literatuur of naar meer algemene overeenstemming in het maatschappelijke debat, die bij alle verschil vaak wel te vinden is. In de tweede plaats behoort ook te worden verantwoord waarom de toepassing van een regel van ongeschreven recht noodzakelijk is, om onderscheid te maken met willekeurige toepassing. De rechter kan dat bijvoorbeeld doen door inzichtelijk te maken hoe het buitentoepassing laten van een regel wel móet leiden tot gevolgen die naar algemeen inzicht absurd of onaanvaardbaar zijn. Als dat niet het geval zou zijn, is de toepassing immers noodzakelijk willekeurig. Een beroep op ongeschreven recht behoort zo gemotiveerd te zijn met een beroep op een gedeeld inzicht dat de toepassing ervan niet alleen wenselijk, maar ook noodzakelijk is om te voorkomen dat gevolgen optreden waarvan ook de justitiabelen kunnen aanvoelen dat die nooit bedoeld kunnen zijn.

Op het formele bestuur van een rechtspersoon rust een zorgplicht. De tot het bestuur gerichte norm om behoorlijk te besturen is onderdeel van de zorgplicht. Hoever de bestuurlijke zorgplicht reikt is niet in algemene zin te zeggen. Voor alle categorieën quasi-bestuurders wordt geconcludeerd dat ook op hen een zorgplicht rust. Uit die zorgplicht vloeit de verplichting voort die op grond van de wet expliciet voor formele bestuurders geldt, namelijk dat de bestuurstaak behoorlijk dient te worden

uitgeoefend. Eenieder die de bestuurstaak uitoefent dan wel (overeenkomstig zijn wensen of instructies) laat uitvoeren, dient de norm van behoorlijk bestuur in acht te nemen.

Wat betreft het bestuur van een rechtspersoon is het uitgangspunt in Nederland en Curaçao collegiale besluitvorming en daaraan gekoppeld hoofdelijke aansprakelijkheid. De leden van een meerhoofdig statutair bestuur dragen derhalve een gezamenlijke verantwoordelijkheid, en de in dat verband geldende wettelijke norm van behoorlijke taakvervulling is tot hen gericht. Het collegialiteitsbeginsel houdt in termen van aansprakelijkheid in dat (bij schending) een wettelijk vermoeden van schuld van het gehele bestuur wordt gecreëerd, met daaraan gekoppeld disculpatiemogelijkheden voor individuele bestuurders. Het uitgangspunt van collegialiteit is alleen relevant als sprake is van een meerhoofdig bestuur. Als twee (of meer) personen gezamenlijk verantwoordelijkheid zijn voor naleving van de gedragsnorm dat behoorlijk moet worden bestuurd, dan dragen zij ook gezamenlijk (collegiaal) de gevolgen van de schending daarvan (los van eventuele mogelijkheden tot disculpatie). Omdat collegialiteit is voorgeschreven voor het besturen van een rechtspersoon, geldt dat uitgangspunt ook voor degenen die quasi-bestuurder zijn. Zij besturen immers mee of oefenen beslissende invloed uit op het beleid.

Voor formele bestuurders geldt dat de collegiale verantwoordelijkheid (intern, dus jegens de rechtspersoon) in beginsel hoofdelijke aansprakelijkheid meebrengt (art. 2:9 lid 2 BW; art. 2:14 lid 4 BWC). Die hoofdelijke aansprakelijkheid is – mijns inziens om dezelfde reden – ook aan de orde als de rechtspersoon failliet is verklaard (art. 2:138/248 lid 1 BW; art. 2:16 lid 1 BWC). Dat laatste geldt – wederom: om dezelfde reden – ook voor alle categorieën quasi-bestuurders. In alle gevallen kan het collegialiteitsbeginsel dienen als rechtvaardiging voor de hoofdelijke aansprakelijkheid. Gaat het om aansprakelijkheid van een formele bestuurder of quasi-bestuurder jegens een derde (onrechtmatige daad) dan speelt het collegialiteitsbeginsel geen rol en is, in beginsel, evenmin sprake van hoofdelijke aansprakelijkheid.

De hoge drempel voor aansprakelijkheid (de ernstig verwijt-maatstaf) wordt door mij niet ten gronde ter discussie gesteld. Wel wordt de vraag gesteld of het hanteren van de hoge drempel wat betreft de aansprakelijkheid van quasi-bestuurders in alle gevallen gerechtvaardigd is. Waarom zou degene die zonder als zodanig te zijn benoemd, maar te goeder trouw op de stoel van de bestuurder plaatsneemt, gelijk moeten worden behandeld als degene die zonder enige juridische basis of rechtvaardiging op die stoel plaatsneemt? In mijn benadering zou de quasi-bestuurder die bewust de (wettelijk en statutair bepaalde) autonomie van het formele bestuur aantast, niet met succes een beroep op de ernstig verwijt-maatstaf moeten kunnen doen.

Wat kennistoerekening betreft wordt vastgesteld dat de kennis van een feitelijke bestuurder in het maatschappelijk verkeer (in beginsel) onder dezelfde omstandigheden geldt als kennis van de rechtspersoon als de kennis van de formele bestuurder. Van andere orde is de vraag naar de aansprakelijkheid van de formele bestuurders in het geval dat de rechtspersoon failliet gaat en de onbehoorlijke taakvervulling door een quasi-bestuurder een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Dient het han-

delen van de quasi-bestuurder aan de formele bestuurders te worden toegerekend? Los van het feit dat het formele bestuur in de regel zal kunnen worden verweten dat het de mogelijkheid heeft gecreëerd dan wel in stand gelaten dat het handelen van een quasi-bestuurder een belangrijke oorzaak van het faillissement kon worden, dragen de formele bestuurders en de quasi-bestuurder een gezamenlijke verantwoordelijkheid wat betreft het bestuur van de rechtspersoon. Uitgangspunt is dan ook dat de gelijkstelling van art. 2:138/248 lid 7 BW (art. 2:16 lid 9 BWC) twee kanten opwerkt.

Wat betreft mogelijk op quasi-bestuurders rustende verplichtingen wordt aandacht besteed aan de administratie- en de jaarrekeningplicht vanwege de rol die deze bij niet-nakoming daarvan spelen als bewijsvermoeden in het geval dat de rechtspersoon failliet wordt verklaard (art. 2:138/248 lid 2 BW; art. 2:16 lid 2 BWC). Is het formele bestuur in de nakoming daarvan tekortgeschoten dan werken de bewijsvermoedens ook tegen de quasi-bestuurders. De feitelijke bestuurders (te goeder trouw en niet te goeder trouw) moeten rekening houden met de mogelijkheid dat verplichtingen die op het formele bestuur rusten, ook op hen rusten. Of dat zo is hangt af van de lengte van de tijd die zij als quasi-bestuurder optreden en van de omstandigheden waaronder zij het beleid van de rechtspersoon (mede) bepalen. Op schaduwbestuurders rusten in beginsel geen bestuursverplichtingen, al kan dit niet worden uitgesloten, bijvoorbeeld in het geval dat een schaduwbestuurder het normaal functioneren van het formele bestuur zodanig hindert dat het bijvoorbeeld niet aan de administratieplicht kan voldoen.

De onderwerpen instructiebevoegdheid en instructiemacht spelen binnen en buiten concernverband een rol. Maakt een aandeelhouder gebruik van een statutair vastgelegde instructie*bevoegdheid* dan wordt algemeen geleerd dat hij niet reeds op die grond als een quasi-bestuurder is aan te merken. Weigert het bestuur een instructie uit te voeren en oefent de aandeelhouder vervolgens disproportionele instructie*macht* uit, dan loopt hij het risico te worden aangemerkt als een persoon die het beleid van de rechtspersoon heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder. De intensiteit waarmee van een instructie*bevoegdheid* gebruik wordt gemaakt en de aard van de instructies kunnen leiden tot de conclusie dat de aandeelhouder op de stoel van de bestuurder is gaan zitten.

In hoofdstuk 4 wordt verder stilgestaan bij het leerstuk zaakwaarneming. Denkbaar is dat een rechtspersoon stuurloos is en (tijdelijk) in het bestuur wordt voorzien door één of meer zaakwaarnemers. Die zaakwaarneming kan incidenteel zijn, maar ook meer langdurig of structureel, met als gevolg dat op de zaakwaarnemer (een quasi-bestuurder) verplichtingen kunnen komen te rusten die op formele bestuurders rusten. Wat betreft de categorieën quasi-bestuurders zoals in deze studie gehanteerd, heeft het onderwerp zaakwaarneming alleen betrekking op de feitelijke bestuurder. Die wordt in zoverre als te goeder trouw aangemerkt dat het door hem uitoefenen van bestuurstaken zijn grondslag vindt in de wettelijke regeling inzake zaakwaarneming, aannemende dat hij handelt overeenkomstig die regeling. Zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als quasi-bestuurder op grond van het rechtspersonen-

recht is materieel gelijk aan zijn zorgplicht uit hoofde van zaakwaarneming. Aangenomen moet dan ook worden dat de zaakwaarnemer als quasi-bestuurder jegens een schuldeiser van de rechtspersoon alleen dan onrechtmatig heeft gehandeld als hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening respectievelijk zijn zorgplicht, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Wat de vordering van een curator betreft geldt evenzeer dat het doen en laten van de zaakwaarnemer moet worden beoordeeld als ware hij een formele bestuurder, en hij dus alleen aansprakelijk is als hij zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement, dit nog los van de rol die de bewijsvermoedens hier kunnen spelen.

Ten slotte geef ik in dit hoofdstuk mijn eigen opvatting over de plaats van de quasi-bestuurder in het rechtspersonenrecht. Die opvatting is mede gebaseerd op de eerder genoemde beginselen. De bestuurstaak rust op grond van Boek 2 BW op het formele bestuur, en voor dat bestuur geldt de bestuursnorm, namelijk dat behoorlijk dient te worden bestuurd, en ten aanzien van dat orgaan geldt het beginsel van collegialiteit, op grond waarvan sprake is van gezamenlijke verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid. Het kenmerk van quasi-bestuurders is dat zij beslissende invloed op het (te voeren) beleid uitoefenen (met de macht en wil om dat te doen), en bestuursdaden (kunnen doen) verrichten, zij het dat zij niet behoren tot het formele bestuur. Het ligt dan ook in de rede om het voor het formele bestuur bestaande toetsingskader in beginsel op alle quasi-bestuurders van toepassing te achten.

De zorgplicht geldt in mijn benadering voor de feitelijke bestuurders (waaronder de titulaire quasi-bestuurder), omdat zij actief, dus zelf bestuursdaden verrichten (zonder de 'zeef' van het formele bestuur dat een eigen afweging maakt) en zich als bestuurder gedragen. Daaraan voeg ik toe dat de interne gedragsnorm die op formele bestuurders op grond van art. 2:9 lid 1 BW (art. 2:14 lid 1 BWC) van toepassing is, materieel gelijk is aan de norm voor aansprakelijkheid als vastgelegd in art. 2:138/248 BW (art. 2:16 BWC), althans dat schending van laatstgenoemde norm per definitie een schending van de interne norm oplevert. De ernstig verwijt-maatstaf die in dat verband wordt gehanteerd wanneer het doen en laten van de bestuurder in die hoedanigheid wordt beoordeeld, wordt ook toegepast wanneer het gaat om een onrechtmatige daad in de zin van art. 6:162 BW. In mijn benadering geldt de zorgplicht ook voor alle schaduwbestuurders. Zij bepalen indirect welk beleid wordt vastgesteld of welke bestuursdaden worden verricht. In die zin zijn ook zij actief bij het bestuur van de rechtspersoon betrokken en dragen daarvoor (mede)verantwoordelijkheid.

Dat een quasi-bestuurder in voorkomend geval op grond van de wet met een formele bestuurder wordt gelijkgesteld, gaat in mijn opvatting niet zover dat hij daarom ook in alle gevallen aanspraak zou moeten kunnen maken op de hoge drempel, zijnde de ernstig verwijt-maatstaf. Het lijkt mij maatschappelijk gezien onwenselijk als een quasi-bestuurder die niet te goeder trouw is (dus bewust de bestuursautonomie schendt) zich op deze 'extra' bescherming zou mogen beroepen. De twee gevallen

verschillen zodanig van elkaar dat een gelijke behandeling (op grond van het gelijkheidsbeginsel) niet voor de hand ligt. Overigens zal, in het geval dat het bestuurshandelen van een formele bestuurder wordt getoetst, en sprake blijkt te zijn van opzet of grove schuld, de ernstig verwijt-maatstaf (ook) hem niet baten.

Bij de vraag of een persoon als quasi-bestuurder kan worden aangemerkt, staat in mijn benadering het begrip beslissende invloed centraal. Het gaat daarbij om de macht en de wil om het beleid (of een deel daarvan) vast te (doen) stellen of bestuursdaden te (doen) verrichten. Met macht wordt hier bedoeld het vermogen om iets zelf te doen (en – als feitelijke bestuurder – ook daadwerkelijk te doen) dan wel van anderen (het formele bestuur) gedaan te krijgen, dit laatste onder druk of dwang dan wel op basis van gemaakte afspraken.

De persoon die feitelijk bestuursmacht uitoefent heeft op dat moment beslissende invloed, degene die zijn wil oplegt aan het formele bestuur heeft op dat moment evenzeer beslissende invloed op het beleid, en degene die met het formele bestuur afspreekt hoe inhoud zal worden gegeven aan de bestuurstaak, heeft die invloed evenzeer. In alle gevallen is de wil van de betrokken persoon ook gericht op het (doen) verrichten van bestuursdaden of het (doen) vaststellen van het beleid. In de eerste twee gevallen kan het om min of meer incidentele dan wel structurele (langdurige) invloed gaan, ten aanzien van één dan wel meerdere onderwerpen die onder het begrip besturen vallen. Dat in het laatste geval (denk aan de principaal en zijn afspraken met de trustbestuurder) het formele bestuur met die invloed heeft ingestemd, maakt dat niet anders. De voorwaarde van terzijdestelling van het bestuur dient wat mij betreft sowieso niet te worden gesteld. Uit de rechtspraak blijkt immers dat onder terzijdestelling van het bestuur ook valt ‘gedogen door het formele bestuur’, hetgeen niet wezenlijk verschilt van ‘instemming door het formele bestuur’. Als onderscheidend criterium is het dan ook niet van veel waarde.

Mijn benadering leidt er dus toe dat een (veel) grotere groep personen binnen het bereik van het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid kan vallen dan algemeen wordt aangenomen. Dat blijkt reeds uit het feit dat ik tot de categorie quasi-bestuurders ook reken degenen die geheel bevoegd en binnen de grenzen van de aan hen opgedragen taak, denk aan een filiaalhouder belast met nagenoeg de volledige leiding over een onderneming, beslissende invloed op het (te voeren) beleid uitoefenen. Maar dat betekent tegelijkertijd dat ook voor hen (in beginsel) de ernstig verwijt-maatstaf moet worden gehanteerd. Dat zij binnen het bereik van genoemd leerstuk vallen betekent niet noodzakelijk dat zij dus ook eerder of makkelijker met aansprakelijkheid worden geconfronteerd. De vraag naar de kwalificatie, wel of geen quasi-bestuurder, komt immers pas aan de orde nadat het doen en laten van de betrokkene aanleiding geeft te veronderstellen dat hij wanprestatie heeft gepleegd en/of onrechtmatig heeft gehandeld. Maar door hen in dit opzicht met bestuurders gelijk te stellen hebben zij wel het voordeel van de hoge drempel van aansprakelijkheid. En dat is ook terecht. Waarom zou degene die materieel de bestuurstaak uitoefent, wat zijn doen en laten betreft, langs een andere lat gemeten dienen te worden dan een formele bestuurder?

Het verschil tussen beide is alleen dat de ene persoon wel en de andere niet in overeenstemming met de wet en de statuten rechtsgeldig is benoemd.

Hoofdstuk 5 Analyse van enkele afzonderlijke onderwerpen
Nadat enkele belangrijke thema's in hoofdstuk 4 zijn geanalyseerd, komen in hoofdstuk 5 enkele bijzondere onderwerpen aan de orde.

Allereerst wordt ingegaan op het Executive Committee (ExCo). Of de leden daarvan die niet tot het formele bestuur behoren, quasi-bestuurder zijn zal (mede) afhangen van hoe het ExCo is georganiseerd en of die leden, (incidenteel of structureel) meebeslissen over het beleid, en de formele bestuurders aan de uitkomst van de binnen dit gremium genomen beslissingen zijn gebonden (en de bestuursautonomie dus vrijwillig is ingeperkt) dan wel 'slechts' een adviserende stem hebben. Worden zij als quasi-bestuurder aangemerkt dan lopen zij vervolgens een bestuurdersaansprakelijkheidsrisico, zij het dat dan de ernstig verwijt-maatstaf van toepassing is. Relevant is mijns inziens of een persoon (niet zijnde een formele bestuurder), al dan niet tezamen met anderen, in algemene zin meebeslist en (al dan niet tezamen met anderen) beslissende invloed op de (uitkomst van de) besluitvorming heeft, en zijn wil in algemene zin ook is gericht op deelname aan de besluitvorming. Is dat het geval dan dient hij als quasi-bestuurder te worden aangemerkt. Als een ExCo, bestaande uit formele bestuurders en (andere) managers, het gremium is waarin het beleid wordt bepaald, dan hebben alle leden daarvan per definitie de wil om aan de beraadslaging en besluitvorming deel te nemen, en dus (mede) het beleid te bepalen. In het ExCo is dan de beslissende invloed op het beleid georganiseerd.

Aan de hand van de Forexx-zaak wordt stilgestaan bij de vraag welke vraagstukken zich kunnen aandienen als een rechtspersoon enkel functioneert op basis van een volledig informele bestuursstructuur. Nadat afscheid is genomen van een feitelijke bestuurder, spant de rechtspersoon een procedure tegen die ex-bestuurder aan wegens het onrechtmatig onttrekken van vermogensbestanddelen. Ten tijde van het feitelijke bestuurderschap had de bestuurder periodiek informeel overleg met de (andere) aandeelhouders. Tezamen hebben zij onrechtmatige en zelfs strafbare feiten gepleegd. Dat stelde de rechtbank voor de vraag hoe tegen de verwijten aan het adres van de voormalige feitelijke bestuurder moet worden aangekeken. De rechtbank komt tot het oordeel dat voor een deel van de verwijten geldt dat de rechtspersoon die in feite aan zichzelf maakt. In zoverre komen de daarmee samenhangende vorderingen niet voor vergoeding in aanmerking. Bij deze uitspraak worden kritische kanttekeningen geplaatst. In dat verband wordt tevens stilgestaan bij het institutionele karakter van rechtspersonen.

Het gebeurt met enige regelmaat dat in uitspraken in enquêtezaken quasi-bestuurders voorkomen. Dat roept vragen op, zoals naar de plicht van quasi-bestuurders om mee werken aan het onderzoek, of zij (mede) verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor vastgesteld wanbeleid en of ook zij in de kosten kunnen worden veroordeeld. Deze vragen worden bevestigend beantwoord. Daarnaast wordt stilgestaan bij de

vraag welke onmiddellijke voorzieningen dan wel welke voorzieningen na gebleken wanbeleid (specifiek) in relatie tot een quasi-bestuurder kunnen worden getroffen.

Nederland en Curaçao kennen trustkantoren. Die treden veelvuldig op als bestuurder van rechtspersonen. Dat doen zij in opdracht van de economisch tot die rechtspersonen gerechtigden (de opdrachtgever, ook wel principaal genoemd). In dat verband worden geregeld afspraken gemaakt hoe invulling en uitvoering aan het beleid van de rechtspersoon zal worden gegeven. De mate van invloed van de opdrachtgever op het beleid kan zodanig zijn dat hij als een formele schaduwbestuurder (te goeder trouw) dient te worden aangemerkt. Aan de hand van rechtspraak wordt getoond wat voor soort problemen zich kunnen voordoen. Een belangrijke constatering is dat een aansprakelijk gestelde trustdirecteur zich niet kan disculperen met het argument dat de quasi-bestuurder feitelijk de dienst uitmaakte.

Behalve natuurlijke personen kunnen ook rechtspersonen als quasi-bestuurder optreden. Bij de rechtspersoon als quasi-bestuurder kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een rechtspersoon die aandeelhouder is en een bepaald door het bestuur te nemen besluit door het uitoefenen van intense druk afdwingt. Er is geen overtuigend argument om de rechtspersoon-aandeelhouder in dat geval niet als quasi-bestuurder aan te merken en niet aansprakelijk te houden op grond van onrechtmatig handelen. Voor zover nodig kan de schade op de betrokken natuurlijke persoon worden verhaald met een beroep op de 'doorschakelregeling' (art. 2:11 BW/art. 2:17 BWC). Een complicerende factor doet zich voor doordat de aansprakelijkheid uit hoofde van art. 2:11 BW (art. 2:17 BWC) op grond van een uitspraak van de Hoge Raad niet kan doorgrijpen naar de feitelijke beleidsbepaler (de quasi-bestuurder) van de rechtspersoon-bestuurder, maar enkel kan doorgrijpen naar de formele bestuurders van een rechtspersoon-feitelijk beleidsbepaler. Naar mijn mening zou doorgrijpen ook in het eerstgenoemde geval voor de hand liggen, omdat de ratio van de bepalingen is om de natuurlijke personen die (uiteindelijk) verantwoordelijk zijn voor de schending van de aan de orde zijnde norm(en), aansprakelijk te kunnen houden. Dit laat uiteraard de mogelijkheid open dat de feitelijke beleidsbepaler van de rechtspersoon-bestuurder ook als eerstegraads beleidsbepaler zou kunnen worden aangemerkt.

Nederland en Curaçao kennen de mogelijkheid dat de rechter een bestuursverbod oplegt. In Boek 2 BW van Curaçao ziet dat verbod enkel op (bestuurders van) stichtingen. In Nederland geldt op grond van art. 2:298 lid 3 BW dat een door de rechter ontslagen bestuurder van een stichting, gedurende vijf jaar na het ontslag geen bestuurder of commissaris van een stichting kan worden, tenzij de bestuurder mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt. Verder geldt op grond van de artikelen 106a e.v. Faillissementswet dat het mogelijk is een bestuursverbod op te leggen aan een bestuurder of gewezen bestuurder van een failliet verklaarde rechtspersoon. Een bestuursverbod kan mede worden uitgesproken jegens de bestuurder van een rechtspersoon-bestuurder. In het geval dat aan een quasi-bestuurder een bestuursverbod wordt opgelegd, heeft dat tot gevolg dat de betrokkene gedurende vijf jaar nadat de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan, of zoveel korter als in de uitspraak is bepaald, niet tot bestuurder of commissaris kan

worden benoemd van een rechtspersoon als bedoeld in art. 2:3 BW (art. 106b juncto 106d Fw). Maar dit betekent evenzeer dat het de betrokken persoon niet is toegestaan om feitelijk leiding te geven aan een dergelijke rechtspersoon. De naleving van het bestuursverbod is moeilijk te controleren wanneer het gaat om het verbod om als quasi-bestuurder op te treden, nog los van de vraag – in het bijzonder in relatie tot schaduwbestuurders – wanneer een persoon (net) wel of (net) niet als zodanig kwalificeert.

Een Staat, een Land, een Minister of Gedeputeerde kan zich zodanig met het beleid van een rechtspersoon bemoeien, dat de kwalificatie quasi-bestuurder op zijn plaats is. In de regel zal het in dit verband gaan om overheidsvennootschappen en overheidsstichtingen. Indien in een enquêteprocedure of aansprakelijkheidsprocedure de Staat, het Land, een Minister of Gedeputeerde op dit quasi-bestuurderschap wordt aangesproken, kan niet met succes worden aangevoerd dat hier het "primaat van de politiek" heeft te gelden en dit tot niet-ontvankelijkheid zou moeten leiden. In het geval dat een dergelijk openbaar lichaam of de vertegenwoordiger daarvan zich beweegt in het privaatrechtelijke domein (in dit voorbeeld het terrein van het rechtspersonenrecht) dan is het aan de in dat domein geldende regels onderworpen. De publiekrechtelijke verantwoordelijkheden en interne besluitvorming van (de organen, vertegenwoordigers en/of diensten van) de Staat of het Land (en de daarbij betrokken politici, ambtenaren en andere personen) kunnen de verantwoordelijkheid van de Staat of het Land (bijvoorbeeld) als (enig) aandeelhouder van een overheidsvennootschap, zoals deze mede wordt bepaald door Boek 2 BW, niet aantasten.

Dat ook quasi-bestuurders in rechte (kunnen) worden betrokken en geconfronteerd (kunnen) worden met een vordering uit bestuurdersaansprakelijkheid, roept onder meer de vraag op naar de bevoegde rechter en het toepasselijke recht. Mijn voorstel is om de wet zodanig aan te passen dat procedures tegen een quasi-bestuurder bij dezelfde rechter moeten worden aangebracht als moet worden geadieerd als het om een formele bestuurder gaat. Nederland en Curaçao hanteren beide het incorporatiestelsel, op grond waarvan vragen inzake bestuurdersaansprakelijkheid dienen te worden beantwoord op grond van het recht van het land waar de rechtspersoon statutair is gevestigd. Verder wordt kort aandacht besteed aan het risico van hindsight bias.

Ten slotte komt in hoofdstuk 5 de vraag aan de orde naar de (mogelijke) werking van decharge (kwijting) als het gaat om quasi-bestuurders. Als het dechargebesluit betrekking heeft op bijvoorbeeld een jaarrekening en is gevolgd op in de algemene vergadering besproken feiten en omstandigheden, inclusief het (niet goed) functioneren van de quasi-bestuurder, dan lijkt het mij verdedigbaar dat toch minimaal sprake zou kunnen zijn van reflexwerking. Dit ligt uiteraard anders in het geval dat de quasi-bestuurder impliciet of expliciet van de verleende kwijting is uitgesloten. Het omgekeerde kan uiteraard ook: het expliciet verlenen van decharge aan een quasi-bestuurder.

Hoofdstuk 6 Synthese: waartoe leidt het onderzoek?
Hoofdstuk 6 bevat de belangrijkste conclusies van het onderzoek, in het bijzonder wat betreft de analyse van de centrale thema's zoals gepresenteerd in hoofdstuk 4. Het hoofdstuk wordt ingeleid met een voorbeeld van een diep ingrijpend wetsvoorstel in Curaçao, dat laat zien wat de gevolgen kunnen zijn als vragen van fundamentele aard – waaronder die inzake het rechtspersonenrecht – niet onder ogen worden gezien. In mijn onderzoek speelt de vraag naar de systematiek en de grondslagen van het rechtssysteem, waaronder de in dat verband relevante (rechts)beginselen, een centrale rol. In mijn benadering verdient een bepaling die afwijkt van de systematiek, daarop een inbreuk maakt, bijzondere aandacht en motivering. Het rechtssysteem is immers het product van een lange ontwikkeling, waaraan bij het formuleren van nieuwe rechtsregels de nodige aandacht dient te worden geschonken.

De volgende vraagstelling kwam tijdens het onderzoek bij mij op: Wie draagt nu eigenlijk feitelijk de verantwoordelijkheid voor het bestuur van de rechtspersoon? In veel gevallen gaat het om meer personen dan de formele bestuurders. En in het verlengde daarvan liggen de meer juridische vragen: Wie zouden in het kader van het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid aansprakelijk moeten kunnen worden gesteld en wie zouden van de hoge drempel (de ernstig verwijt-maatstaf) moeten kunnen profiteren? En op welke grond(en)? Op basis van enkel Boek 2 BW en Boek 2 BWC en de toelichting op de ontwerpen daarvan, lieten deze vragen zich niet goed beantwoorden.

Het kenmerk van quasi-bestuurders in mijn benadering is dat zij beslissende invloed op het (te voeren) beleid uitoefenen, dus met de macht en wil om dat te doen, en bestuursdaden verrichten dan wel laten verrichten. Dat is een vaag criterium, en of daaraan wordt voldaan moet door de rechter worden bepaald aan de hand van de feiten en omstandigheden van het concrete geval. Dit criterium geldt ten aanzien van alle categorieën quasi-bestuurders, dus zowel voor degenen die zich geheel eigenmachtig bestuurstaken toeëigenen als voor degenen die op basis van een overeenkomst met leidinggevende taken zijn belast of die op basis van met het formele bestuur gemaakte afspraken invloed op de bestuurstaak uitoefenen.

Van de mate van invloed op het bestuur moet worden onderscheiden de vraag op welke juridische basis die invloed wordt uitgeoefend. Hier spelen begrippen als intentie en (subjectieve) goede trouw een rol. Zo zijn er verschillen tussen de aandeelhouder die ongeoorloofde druk op het bestuur uitoefent om zijn zin door te drukken, degene die gebruik maakt van een stroman in het kader van het plegen van strafbare feiten, de principaal die met de trustbestuurder afspraken maakt over de uitoefening van de bestuurstaak, en de filiaalleider die op grond van afspraken met het formele bestuur een groot deel van de bestuurstaken uitoefent.

Degene die optreedt als feitelijke bestuurder of als schaduwbestuurder maakt de keuze om dat te doen. Die keuze houdt in dat de betrokkene zich direct of indirect inlaat met het bestuur van de rechtspersoon (zijn invloed uitoefent). Voor de feitelijke bestuurder die te goeder trouw meent rechtsgeldig te zijn benoemd, maar wiens benoemingsbesluit gebreken blijkt te vertonen, geldt dat hij ervoor heeft geko-

zen zich in te laten met en verantwoordelijk te willen zijn voor het bestuur van de rechtspersoon. Het uiteindelijke effect van hun optreden is, kort gezegd, dat er wordt bestuurd op de wijze die zij willen, of dat er specifieke handelingen door hen of overeenkomstig hun wil worden verricht, dan wel dat zij in algemene zin meebeslissen over het beleid van de rechtspersoon (denk aan een ExCo), waarbij het kan voorkomen dat zij tegen bepaalde beleidsbeslissingen hebben gestemd. Met het aanvaarden van de rol van quasi-bestuurder, of met het op zich nemen van die rol, moeten zij geacht worden ook het voor formele bestuurders geldende normenkader van Boek 2 BW te hebben aanvaard. Dat zij, primair wat betreft het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid, met formele bestuurders worden gelijkgesteld, sluit goed aan op hoe zij zich gedragen: als (directe dan wel indirecte) bestuurders. Kortom: bij de keuze die wordt gemaakt zijn de positieve, maar ook de negatieve gevolgen inbegrepen.

Als door de rechter is vastgesteld dat een persoon zodanige invloed op het bestuur heeft uitgeoefend dat hij als quasi-bestuurder is aan te merken en hij met een formele bestuurder dient te worden gelijkgesteld, dient de vraag zich aan wat die gelijkstelling inhoudt. Als wordt gekeken naar het beginsel dat een persoon niet behoort te profiteren van zijn eigen onrechtmatige handelen, kan een onderscheid worden gemaakt tussen quasi-bestuurders die deze hoedanigheid te goeder trouw hebben verworven en degenen voor wie dat niet geldt. Degene die te goeder trouw meent een formele bestuurder te zijn, terwijl achteraf blijkt van een gebrekkig benoemingsbesluit, moet gelijk een formele bestuurder, indien hij persoonlijk wordt aangesproken uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid, aanspraak op toepassing van de ernstig verwijt-maatstaf kunnen maken. Dat degene die zich eigenmachtig gedraagt als feitelijke bestuurder en daarmee bewust de bestuursautonomie schendt, uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid kan worden aangesproken, volgt uit de wet, maar daarmee is niet gezegd dat het logisch of zelfs gerechtvaardigd is dat hij ook moet kunnen profiteren van de hoge drempel voor aansprakelijkheid.

Ik verdedig de stelling dat formele en quasi-bestuurders, als het gaat om de vraag naar de beoordeling van hun doen en laten met het oog op (mogelijke) persoonlijke aansprakelijkheid, in materiële zin niet per definitie gelijkgesteld zijn. In mijn benadering is het mogelijk dat er (rechts)personen zijn die wel kwalificeren als quasi-bestuurder, maar die niet met succes een beroep op de ernstig verwijt-maatstaf kunnen doen. Anders gezegd: in dat geval is niet sprake van een volledige gelijkstelling van quasi-bestuurders met formele bestuurders.

Wat betreft de interne norm voor bestuurlijk gedrag verdedig ik de stelling dat die niet enkel geldt in relatie tot de rechtspersoon maar ook jegens derden, en dat die niet enkel ziet op formele bestuurders, maar tevens is gericht tot alle soorten quasi-bestuurders. In alle gevallen waarin bestuurlijk handelen en nalaten wordt getoetst, vindt die toetsing plaats op basis van dezelfde grondnorm. Uit de aard van de norm volgt dat die niet tot de formele bestuurders beperkt kan zijn. De norm moet geacht worden zich te richten tot eenieder die de rechtspersoon direct of indirect bestuurt (par. 6.5.1).

Wat betreft de (bestuurlijke) zorgplicht verdedig ik de stelling dat die niet alleen rust op de formele bestuurders, maar evenzeer op alle soorten quasi-bestuurders. De

zorgplicht van het formele bestuur ziet op een zorgvuldig beheer van de rechtspersoon in zijn totaliteit. De zorgplicht is niet beperkt tot bijvoorbeeld passend onderhoud aan de gebouwen en het afsluiten van een brandverzekering. Het gaat om een zorgvuldig 'beheer' van de rechtspersoon wat betreft zijn rechten, verplichtingen, schulden en bezittingen. De zorgplicht maakt onderdeel uit van de verplichting tot een behoorlijke uitoefening van de bestuurstaak. En die norm richt zich derhalve ook tot quasi-bestuurders (par. 6.5.2).

Wat betreft het collegialiteitsbeginsel verdedig ik de stelling dat in alle gevallen waarin sprake is van een meerhoofdig bestuur, ook als dat een combinatie van formele en quasi-bestuurders betreft of een combinatie van alleen twee of meer quasi-bestuurders, dit beginsel het uitgangspunt dient te zijn. Besturen is een gezamenlijke verantwoordelijkheid. Zelfs als een rechtspersoon wordt misbruikt voor criminele activiteiten maakt dat niet dat het normenkader dat geldt voor bestuurders niet van toepassing zou zijn (par. 6.5.3).

Wat betreft bestuursverplichtingen (in het bijzonder de administratie- en jaarrekeningplicht) verdedig ik de stelling dat die op de feitelijke bestuurder rust 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. 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. Onder omstandigheden kunnen de administratie- en jaarrekeningplicht ook op de formele en de feitelijke schaduwbestuurder niet te goeder trouw kunnen rusten. Als voorbeeld noem ik het geval dat de formele schaduwbestuurder verantwoordelijk is voor de benoeming tot statutaire bestuurder van een persoon die in het geheel niet in staat is de bestuurstaak in dit opzicht naar behoren uit te voeren, of met die persoon heeft afgesproken (hetgeen bij criminele activiteiten niet ondenkbaar is) dat bewust geen administratie wordt gevoerd. In beide gevallen ligt het voor de hand aan te nemen dat dan op de formele schaduwbestuurder niet te goeder trouw de administratie- en jaarrekeningplicht rust, zodat in geval van faillissement de bewijsvermoedens (reeds op die grond) aan hem kunnen worden tegengeworpen (par. 6.5.4).

Wat betreft de hoge drempel voor aansprakelijkheid (de ernstig verwijt-maatstaf) verdedig ik de stelling dat de feitelijke bestuurder niet te goeder trouw (de persoon die eigenmachtig op de stoel van het bestuur gaat zitten), de formele schaduwbestuurder niet te goeder trouw (de persoon die gebruik maakt van een stroman of katvanger) en de feitelijke schaduwbestuurder (de persoon die als aandeelhouder zijn wil doordrukt) geen aanspraak kunnen maken op toepassing van de ernstig verwijt-maatstaf indien zij aansprakelijk worden gesteld door de rechtspersoon dan wel de curator of door een derde voor bestuursdaden. Het argument is dat zij (in ieder geval) bewust de (wettelijk en statutair bepaalde) bestuursautonomie schenden. Hun handelen levert strijd op met het recht en is als zodanig als onrechtmatig aan te merken, en zij behoren daarom niet van een hoge drempel voor aansprakelijkheid te profiteren (par. 6.5.5).

SUMMARY

Introduction

As part of my PhD, I researched the liability of persons who have not been appointed as director according to Book 2 of the Civil Code and the articles of association (formal, also *de iure,* directors) of a private legal entity, but who actually (*de facto*) acted as directors or as shadow directors. The de facto director and the shadow director fall in the category of quasi directors.

In this study, reference is made to Book 2 of the Civil Code of the Netherlands ('BW'), as this reads with effect from 1 July 2021. In addition, reference is made to Book 2 of the Civil Code of Curacao ('BWC'), as it reads with effect from 1 January 2021. Insofar as relevant here, this corresponds materially to that of the Netherlands.

The law of Curacao I discuss corresponds (materially and – almost – verbatim) with the Books 2 BW of Aruba and Sint Maarten, and the (joint) Book 2 BW of Bonaire, St. Eustatius and Saba (the BES Islands). If reference is made to the Civil Code of Curacao, what is noted also applies to the other countries and islands mentioned here. Surinam can be added to this list as soon as it has adopted its Book 2 BW.

Before I give a short summary of the chapters of this book, you will first find below a brief explanation of some of the concepts used. This is followed by an overview of the various categories of quasi directors.

Where below 'good faith' is mentioned, this only relates to the question of whether the respective person respected the management autonomy and is in good faith in that respect, or ignored or violated this autonomy and is in that respect not in good faith.

Where below the term '(completely) on his own authority' is used, this means that the respective person for instance behaves like a director, but without any authority or legal basis. For instance, a 'caretaker manager'[1] does have a legal ground for his acting (albeit not in Book 2 BW) and also the director who believes in good faith that his appointment is legally valid (provided the defect in his appointment resolution has not been detected), but not the shareholder who presents himself to third parties as a formal director of the company. That shareholder acts on his own authority.

---

1 This refers to the Roman law concept of 'negotiorum gestio'. In Roman law, it concerned a person who acted on behalf of another person, without his asking and without remuneration, for instance, to defend a neighbour's interests while the neighbour was away. In this book it refers to the benevolent interference with the management of a legal entity that has no (functioning) board, and without the caretaker being appointed as a formal director.

I further point out that in this study the concept of 'decisive influence' is used many times. This relates to the power and the will to determine the policy (or a part of it) or have it determined or to perform management acts or have them performed. The term power means here the capacity to do something oneself (and also – as *de facto* director – to actually do) or to get (as the shadow director) something done by others (the formal management board), the latter under pressure or coercion or on the basis of agreements made.

The examples given below under each category only serve as illustrations. It will always depend on the assessment by the court, on the basis of the concrete facts and circumstances of the respective case whether the qualification of quasi director is justified.

De facto or actual director in good faith

This relates to a person who acts or behaves himself as a director, but is not a director by virtue of Book 2 BW and the articles of association.

Examples:

- A director who has been appointed on the basis of a resolution that turns out to be null and void, and who believes he has been lawfully appointed as a director.
- A director whose term of appointment has expired without being noticed.
- An executive committee (ExCo) that is organized in such a way that its members – whether or not they are members of the formal management board – jointly determine the policy.
- A person who as a 'caretaker manager' takes care of the management of a rudderless legal entity (*negotiorum gestio*).

De facto or actual director not in good faith

This relates to a person who acts or behaves arbitrarily without authorization (i.e., on his own authority) as a director, but is not a director by virtue of Book 2 BW and the articles of association.

Examples:

- A supervisory director who without authority enters into a legal act on behalf of the legal entity.
- A shareholder who is continuously present in the business or organization of the legal entity, behaves as the boss, conducts the talks with the bank, the tax authority and the suppliers and chairs the board meetings without being asked.

The de facto shadow director

This relates to a person who – not being a director by virtue of Book 2 BW and the articles of association – exerts such influence on the formal board (or on one or more of the formal directors) that (the majority in) the formal board feels compelled to act according to his wishes or instructions.

Examples:

- A shareholder who imposes excessive coercive will on the board.

- Employees who structurally enforce a certain policy by means of strikes and threats of strikes.

The formal shadow director in good faith
This relates to a person who – not being a formal director – has agreed in proper consultation with the formal board (or a majority of the formal directors) that his wishes will (in principle) be implemented.

Examples:

- The principal of a trust office that will act as the director of his company who has made (detailed) agreements with that office concerning the policy to be conducted.
- Shareholders of a family business, who are and are not partly active in it, who have made a large number of agreements with the formal board with regard to the strategy of the business for the short and long(er) term.

The formal shadow director not in good faith
This relates to a person who – not being a formal director – has made agreements with the formal board, resulting in the legal entity being used for criminal or shady matters.

Examples:

- A front man is the formal director of a legal entity which is going to be used for 'collecting' payments made by consumers which the latter believe is to buy something on an official website, but who are in actual fact dealing with the website of fraudsters. The fraudster is here the formal shadow director.
- A foundation is incorporated after which assets owned by the shadow director are contributed to that foundation in order to hide them from recourse by creditors or the view of the tax authorities. A friendly contact becomes the director.

The titular quasi director
This relates to a person who – not being a formal director – has agreed with (the formal board of) a legal entity that he will implement (independently) several or a large number of management tasks. This is a de facto director in good faith, albeit that this is treated separately as a frequently occurring phenomenon.

Examples:

- A branch manager with extensive powers.
- A titular business or office director with (practically) unlimited powers.

Chapter 1 Accountability
Following the legal equation of quasi directors with formal directors in Section 2:138/248 subsection 7 BW, the question has been raised whether or to what extent the formal director and the quasi director occupy a completely equal position. This involves two aspects: on the one hand, the material question of when a person can be regarded as a quasi director and to what extent the framework of standards that

applies to the formal board (and in particular their liability) applies to quasi directors, and on the other hand regarding questions related to quasi directors and some particular topics, including legal proceedings. Various concrete research questions are linked to the central question. All these questions relate to the position of the quasi director in Dutch law on legal entities; it is not only about the written law, but also about case law and literature. It is also indicated that the (relatively slight) differences with the law of Curacao will be discussed in this book.

In connection with this research the management board (the body) takes the center stage, albeit that the supervisory body (Supervisory Board) is also discussed indirectly. The formal director is charged with the management of the legal entity and the supervisory director is (primarily) charged with supervising the management board. A supervisory director can, just like a shareholder or a person or legal entity outside the organization of the legal entity, behave in such a way that he must be regarded as a quasi director.

The research method followed can be regarded as traditional. At its core this boils down to a technique of arguing on the basis of authoritative texts. In that connection attention is paid to the research criteria according to the science of law and the question of what the science of law entails. The science of law is about acquiring, developing and disseminating knowledge in the legal field, taking into account criteria and rules generally recognized by the circle of legal scientists. In that context, topics such as accuracy, source accountability, subjectivity, the method of argumentation and the relevance of the research are discussed.

Chapter 4 deals with several specific (legal) principles or starting points that are relevant to my research. However, in the first chapter the principle of equality has already been mentioned. In the context of this study I discuss a principle that is aimed at the legislator: legal rules must be formulated such that in equal cases an equal outcome is achieved. That the principle of equality, as applied here, is aimed at the legislator means that it is also aimed at the court required to judge.

Chapter 2 Managing and directors' liability – state of affairs

The phenomenon of the quasi director, in particular his liability and (any) obligations resting on him must be considered against the background of the subjects of managing and directors' liability in relation to the formal directors (i.e., persons appointed in accordance with Book 2 of the Civil Code and the articles of association). It is necessary to take note of the rules applicable to formal directors in order to be able to answer the question of considering quasi directors as equivalent to formal directors. The 'state of affairs' indicates that it mainly concerns a concise description of these subjects on the basis of law, literature and case law.

After a brief historical introduction the board as a body, the management task, obligations resting on formal directors and the doctrine of directors' liability are discussed. In the Netherlands and Curaçao there is a high threshold for liability when it comes to the personal liability of directors of legal entities. This high threshold means that a director who has acted in that capacity can only be personally liable if

he (personally) can be seriously reproached. If it concerns a claim brought by a trustee after the legal entity has been declared bankrupt, then there must be manifestly improper management. With respect to content there is no substantial difference between these concepts.

According to the Supreme Court, a high threshold for liability of a director towards a third party (such as a counterparty of the legal entity) is justified (i) by the circumstance that with regard to the counterparty it primarily concerns acts by the legal entity itself and (ii) due to the social importance of preventing directors from allowing their acts to be undesirably determined by defensive considerations.

In connection with this subject the question is addressed of when there is an act in the capacity of a director and when there is not. This question is important in view of the question of when a director, who is held personally liable, can or cannot invoke successfully the serious reproach criterion. If management acts are involved, then the criterion will be applied, if it concerns other acts, for example a person acting in the capacity of a lawyer who is also a formal director, then not.

Chapter 3 The quasi director: an initial exploration

Chapter 3 contains an initial field exploration with regard to the quasi director phenomenon. Various legal provisions in which the quasi director plays a role are discussed. In this connection the equation of a quasi director with a formal director in the event that the legal entity has been declared bankrupt, comes to mind (Section 2:138/248 subsection 7 BW/Section 2:16 subsection 9 BWC). After discussion of several relevant passages from parliamentary history, some views on the quasi director from the literature are presented.

The quasi director is frequently mentioned in case law. The cases discussed concern the question of whether a person is a quasi director and the question of whether he is personally liable. Attention is paid to, among others, the office director, the titular financial director, the advisor, the major shareholder and the management team. There are abundant case histories. The questions must always be answered (by the court) on the basis of the concrete facts and circumstances of the respective case.

After the field exploration I start with my approach to the quasi director. I discuss the de facto director, the de facto shadow director and the formal shadow director. Because it appears frequently in practice, separate attention is paid to the titular quasi director (the branch manager or manager), to whom, incidentally, the de facto director label fits. Chapter 3 concludes with an overview of the law of Curacao relating to quasi directors.

Chapter 4 The quasi director examined from the point of view of (the principles of) the legal system

The subjects discussed in Chapter 4 are the central topics of this research and relate to the principles and doctrines of the law (of private legal entities). Attention is paid to principles. This refers to general notions or starting points, which it is assumed – given the history and system of the legal system as well as parliamentary

history – can count on broad support. These principles are the explanation or justification of the (concrete) rule, or of its inner or intrinsic value. In this context, Roman law has been studied, on the one hand to gain a better understanding of the current legal system, and on the other hand to investigate which fundamental principles still apply at the time and currently, and which could be helpful in analyzing the quasi director phenomenon. I identified several legal principles which in my view are relevant to my research:

(i) persons are (in principle) liable for their own acts and omissions;
(ii) with regard to property belonging to another the same duty of care should be observed which one tends to observe with regard to one's own property (for instance in connection with the *societas* or administration). This is not a subjective but an objectified principle. In this connection it is called a duty of care;
(iii) a person should not benefit from his own unlawful acts.

After those principles originating from Roman law are briefly discussed, partly in relation to formal directors, the question is handled on which the statutory equation is based. Who behaves like a director or otherwise (co-)determines (intensively) the policy is for that reason equated with a formal director. This involves a material assessment: the actual influence that a person – whether or not through a legal entity – has on the policy of the legal entity. The underlying idea is in my view, and this goes back to Roman law, that persons who have an equal status or position, should in principle be treated equally.

The de facto director acts as if he was a director and it is then obvious to equate him with a formal director as regards liability of directors (and under circumstances obligations of directors). The shadow director presents himself not as a director but exerts an influence on the formal directors such that they (are forced to) follow his wishes and instructions or have made agreements with him about exercising the management duties. Although he therefore is more at a distance from the actual performance of the management duties and does not perform them himself, he is called the shadow *director.* This fits in with the system of the law: after all it is about whether a person determined the policy of the legal entity or codetermined it as if he was a director. This involves the extent of the influence on policy formulation and the will (and power) to exert that influence. In that connection the concept of policy is interpreted broadly and may also relate to a specific management act.

Next the standard for assessing the management behavior is discussed. A general assessment standard has been set out in the law. In Section 2:9 subsection 1 BW the standard is formulated as follows: *"Every director is obliged to the legal entity to properly fulfil his duties."* Section 2:14 subsection 1 BWC is identical. It is generally assumed that a (co-)policymaker (quasi director) is not covered by the scope of Section 2:9 BW and Section 2:14 subsection 1 BWC. The argument for this is that these Sections do not give a provision on the basis of which the quasi director is equated with a formal director. I don't share this opinion. The standard (of behavior) reads: as director you should manage properly. It follows from the nature of the standard

that this cannot be restricted to the formal directors. The standard must be deemed to be aimed at anyone who directly or indirectly manages the legal entity. In addition, I propose to make this 'internal' standard explicitly also externally so that directors are also obliged towards third parties to fulfil their duties properly. The standard thus formulated is in line with the way in which liability is assessed as appears from case law. For instance, the 'manifestly improper fulfilment of duties' (Section 2:138/248 subsection 1 BW) or the 'manifestly improper management' (Section 2:16 subsection 1 BWC) is a violation of the standard of behavior which is formulated at this moment in the law as an internal standard.

Because the entire civil law is imbued with the duty of care, and it is impossible to image modern law without that concept, attention is paid (initially conceptually) to this. It is an 'open' or 'vague' standard, which means, among other things, that a judge applying the duty of care must be aware of the distinction between identifying the law and creating new law. Does the judge fill a 'real' gap and does he formulate – as a deputy legislator – a new standard (formation of the law), or does he try to put into words what (whether or not in a relevant circle) forms part of the sense of justice (finding the law)? The judge must make it understandable as to how and on which grounds he has arrived at his judgement. He has to render account in his decision; only then has his decision a chance of acquiring authority, also by those to whom the decision turned out to be disadvantageous. Without authority it is only a judgment by someone who calls the shots in our legal system. The judge has the duty to find the unwritten law. The fact that the judge is deemed to know the law ex officio, including unwritten law, does not release him from that duty. The unwritten law does not fall from the sky. It finds its basis in (the principles of) the legal system. It must be sought in that system. It is the judge who does the searching, whether or not assisted by the parties. The judge must duly report on that search in his decision, both when he has found a legal norm and when his search has yielded nothing.

The question is in what way ought the court to justify invocation of unwritten law in order to be convincing. In the first place, it must be made plausible that the rule of unwritten law that is invoked forms part of a more general judicial view. This can be done, for example, by referring to general tendencies in the legal literature or to more general agreement in the social debate, which can often be found in all the differences. Secondly, it should also be justified why the application of a rule of unwritten law is necessary, in order to distinguish it from arbitrary application. The court can do this, for example, by clarifying how not applying a rule must lead to consequences that are absurd or unacceptable in general opinion. After all, if that were not the case, the application is necessarily arbitrary. Invocation of unwritten law should be justified in such a way with an appeal to a shared understanding that its application is not only desirable, but also necessary in order to prevent consequences from occurring that the litigants also may feel could never have been intended.

The formal management of a legal person is subject to a duty of care. The standard to manage properly aimed at the management forms part of the duty of care. It is impossible to say in a general sense how far the managerial duty of care extends. The

conclusion is that all categories of quasi directors also have a duty of care. Therefore, the obligation that the management duties must be carried out properly also applies to them. Anyone who performs the management duties or has them performed (in accordance with his wishes or instructions), must observe the standard of proper management.

With regard to the management of a legal entity, the starting point in the Netherlands and Curaçao is collegial decision-making and this is coupled with joint and several liability. Therefore, the members of a formal multi-person management board bear a joint responsibility, and the legal standard of proper performance of duties applicable in this connection is aimed at them. The collegiality principle, in terms of liability, means that a legal presumption of blame of the entire board is created, with linked to it possibilities of exculpation for individual directors. The starting point of collegiality is only relevant if there is a multi-person board. If two (or more) persons are jointly responsible for compliance with the standard of behavior that they should manage properly, then they also jointly (collegiately) bear the consequences of the violation of it (apart from any possibilities for exculpation). Because collegiality has been prescribed for management of a legal entity, this starting point also applies to those who are quasi directors. After all, they co-manage or exert a decisive influence on the policy.

It applies to formal directors that the collegial responsibility (internally, therefore towards the legal entity) involves in principle joint and several liability (Section 2:9 subsection 2 BW; Section 2:14 subsection 4 BWC). This joint and several liability also applies – in my view for the same reason – when the legal entity has been declared bankrupt (Section 2:138/248 subsection 1 BW; Section 2:16 subsection 1 BWC). The latter also applies – again: for the same reason – to all categories of quasi directors. In all cases the collegiality principle may serve as a justification for the joint and several liability. If it is about liability of a formal director or quasi director towards a third party (unlawful act/tort), the collegiality principle will not play a role and there is, in principle, no joint and several liability either.

I basically do not question the high threshold for liability (the criterion of serious reproach). But I do ask the question of whether it is justified in all cases to apply the high threshold with regard to the liability of quasi directors. Why should the person who, without being appointed as such, but who in good faith takes the director's seat, be treated the same as the one who takes that seat without any legal basis or justification? In my approach, the quasi-director who consciously affects the autonomy (determined by law or under the articles of association) of the formal board should not be able to successfully invoke the serious reproach criterion.

With regard to attribution of knowledge it is established based on generally accepted standards that the knowledge of a de facto director counts (in principle) under the same circumstances as the knowledge of the legal entity as the knowledge of the formal director. The question of the liability of the formal directors in the event that the legal entity goes bankrupt and the improper performance of duties by a quasi-director is an important cause of the bankruptcy is a completely different issue.

Should the acts of the quasi director be attributed to the formal directors? Apart from the fact that the formal board can generally be reproached for creating or maintaining the possibility that the acts of a quasi director could become an important cause of the bankruptcy, the formal directors and the quasi director have a joint responsibility with regard to the management of the legal entity. Therefore, the starting point is that the equation of Section 2:138/248 subsection 7 BW (Section 2:16 subsection 9 BWC) works both ways.

With regard to obligations possibly resting on quasi directors, attention is paid to the duty to keep records and prepare annual accounts because of the role these play in the event of non-fulfilment of these obligations as a presumption of evidence in the event that the legal person is declared bankrupt (Section 2:138/248 subsection 2 BW, Section 2:16 subsection 2 BWC). If the formal board has failed to fulfil these obligations the presumptions of evidence also work against the quasi directors. The de facto directors (in good faith and not in good faith) must take the possibility into account that obligations resting on the formal board also rest on them. Whether this is the case depends on the length of time that they act as quasi director and on the circumstances under which they (co-)determine the policy of the legal entity. In principle, shadow directors are not subject to management obligations, although this cannot be ruled out, for example in the event that a shadow director hinders the normal functioning of the formal management to such an extent that it cannot, for example, comply with the obligation to keep accounts.

The subjects of authority and power to give instructions play a role within and outside of a group context. If a shareholder uses the *authority* to give instructions laid down in the articles of association, it is generally taught that he cannot already for that reason be considered a quasi director. If the board refuses to implement an instruction and if then the shareholder exercises disproportionate *power* to give the instruction, he runs the risk of being considered as a person who determined or co-determined the policy of the legal entity, as if he were a director. The intensity with which the *authority* to give instructions is used and the nature of the instructions may lead to the conclusion that the shareholder took the seat of the director.

Chapter 4 further discusses the doctrine of 'caretaker management' (*negotiorum gestio*). It is conceivable that a legal entity is rudderless and that its management is (temporarily) provided for by one or more caretaker managers. This caretaker management can be incidental, but also more long-term or structural, with the result that obligations may start to rest on the caretaker manager (a quasi-director) that rest on formal directors. With regard to the categories of quasi directors as used in this study, the subject of caretaker management only relates to the de facto director. He is considered to be in good faith to the extent that his performance of management duties is based on the legal provisions on caretaker management, assuming that he acts in accordance with these provisions. His obligation as a quasi director to perform the duties properly under the law of legal entities is materially equal to his duty of care on account of caretaker management. It must therefore be assumed that the caretaker manager as a quasi director has only acted wrongfully towards a creditor

of the legal entity if, partly in view of his obligation to properly perform his duties or his duty of care, he can be sufficiently seriously reproached. With regard to the claim of a bankruptcy trustee, it also applies that the acts and omissions of the caretaker manager must be assessed as if he were a formal director, and he is therefore only liable if he has manifestly performed his duties improperly and it is plausible that this is an important cause of the bankruptcy, regardless of the role that the presumptions of evidence can play here.

Finally, in this Chapter I give my own opinion on the place of the quasi director in the law of private legal entities. This opinion is partly based on the principles mentioned above. Pursuant to Book 2 BW, the management duties rest on the formal board, and the management standard applies to that board, namely that it must be properly managed, and the principle of collegiality applies to that body, on the basis of which there is joint responsibility and joint and several liability. The characteristic of quasi directors is that they exercise decisive influence on the policy (with the power and will to do so), and perform management acts or can have them performed, albeit that they do not belong to the formal board. It is therefore reasonable to consider the existing assessment framework for the formal board in principle applicable to all quasi directors.

In my approach, the duty of care applies to the de facto directors (including the titular quasi director), because they actively perform management acts themselves (without the 'sieve' of the formal board which makes its own assessment) and behave as directors. I add to this that the internal standard of behavior which applies to formal directors pursuant to Section 2:9 subsection 1 BW (Section 2:14 subsection 1 BWC), is materially equal to the liability standard as laid down in Section 2:138/248 BW (Section 2:16 BWC), at any rate that violation of the latter standard constitutes by definition a violation of the internal standard. The serious reproach criterion applied in this connection when the acts and omissions of the director in that capacity are assessed, is also applied in the case of a wrongful act within the sense of Section 6:162 BW. In my approach the duty of care also applies to all shadow directors. They determine indirectly which policy is determined or which management acts are carried out. In that sense they are also actively involved in the management of the legal entity and therefore bear (co-)responsibility.

In my view, if a quasi director is equated with a formal director on the basis of the law, this does not go so far that he should also therefore in all cases be able to claim the high threshold, which is the serious reproach criterion. From a societal perspective it seems undesirable to me if a quasi director who is not acting in good faith (i.e., deliberately violating the board autonomy) should be allowed to invoke this 'extra' protection. The two cases differ from each other in such a way that equal treatment (on the basis of the principle of equality) is not obvious. Incidentally, in the event that the management acts of a formal director are assessed, and it turns out that there was intention or gross negligence, the serious reproach criterion will not help him.

In my approach, the concept of decisive influence is central to the question of whether a person can be regarded as a quasi director. This relates to the power and

the will to determine the policy (or a part of it) or have it determined or to perform management acts or have them performed. The term power means here the capacity to do something oneself (and also – as *de facto* director – to actually do) or to get something done by others (the formal management board), the latter under pressure or coercion or on the basis of agreements made.

The person who actually exercises management power has decisive influence at that moment, the one who imposes his will on the formal board has equally decisive influence on the policy at that moment, and the one who agrees with the formal board how content will be given to the management duties, has just as much of that influence. In all cases, the will of the person concerned is also aimed at performing management acts or having them performed or determining the policy or having it determined. In the first two cases, it may concern more or less incidental or structural (long-term) influence on one or more subjects that fall under the concept of management. The fact that in the latter case (the principal and his agreements with the trust director come to mind) the formal board has consented to that influence, does not change this. The condition of setting aside the board should, in my opinion, not be set in any case. After all, case law shows that setting aside the board also includes 'tolerance by the formal board', which is not essentially different from 'consent by the formal board'. It is therefore of little value as a distinguishing criterion.

My approach therefore could lead to a (much) larger group of people falling within the scope of the doctrine of directors' liability than is generally assumed. This is already apparent from the fact that I also include in the category of quasi directors those who, fully authorized and within the limits of the duties assigned to them, such as a branch manager entrusted with virtually the entire management of a business, have a decisive influence on the policy. But at the same time this means that the serious reproach criterion must also be applied to them (in principle). The fact that they fall within the scope of the aforementioned doctrine does not (necessarily) mean that they will therefore also be faced with liability sooner or more easily. After all, the question of the qualification, whether or not he is a quasi director, only arises after the acts and omissions of the person concerned give cause to assume that he has committed a breach of contract and/or acted wrongfully. But by equating them with directors in this respect, they do have the advantage of the high threshold of liability. And rightly so. Why should the person who materially performs the management duties, as far as his acts and omissions are concerned, have to be measured by a different bar than a formal director? The difference between both is only that the one person has been and the other has not been validly appointed in accordance with the law and the articles of association.

Chapter 5 Analysis of some individual topics

After analyzing some important themes in Chapter 4, Chapter 5 deals with some special topics.

First of all, the Executive Committee (ExCo) is discussed. Whether the members thereof who do not belong to the formal board are quasi directors will (partly)

depend on how the ExCo is organized and whether those members (incidentally or structurally) participate in the decision-making process concerning the policy, and the formal directors are bound by the outcome of the decisions taken within this body (and the board autonomy is therefore voluntarily curtailed) or whether they 'only' have an advisory voice. If they are regarded as quasi directors, they then run a directors' liability risk, albeit that the serious reproach criterion applies. In my opinion, it is relevant whether a person (not being a formal director) has a general say, whether together with others or not, in the decision-making process and has a decisive influence (whether together with others or not) on the (outcome of the) decision-making, and also whether it is his will, in a general sense, to participate in decision-making. If that is the case, he should be regarded as a quasi director. If an ExCo, consisting of formal directors and (other) managers, is the body in which the policy is determined, then all its members by definition have the will to participate in the deliberation and decision-making, and thus (partly) determine the policy. The decisive influence on policy is then organized in the ExCo.

It regularly happens that quasi directors appear in decisions in corporate inquiry cases. This raises questions, such as the duty of quasi directors to cooperate in the inquiry, whether they can be held (jointly) responsible for established mismanagement and whether they can also be ordered to pay the costs. These questions are answered in the affirmative. In addition, consideration is given to the question of which immediate provisions or which provisions can be made (specifically) in relation to a quasi director following proven mismanagement.

The Netherlands and Curacao have trust offices. They frequently act as directors of legal entities. They do this on the instructions of the beneficial owners of those legal entities (the client, also referred to as the principal). In that context, agreements are regularly made about how the policy of the legal entity will be fleshed out and implemented. The degree of influence of the client on the policy may be such that he should be regarded as a formal shadow manager (in good faith). Case law illustrates the types of problems that may arise. An important observation is that a trust director who has been held liable cannot exculpate himself by the argument that the quasi director was actually in charge.

In addition to natural persons, legal entities can also act as quasi directors. The legal entity as quasi director may, for example, be a legal entity that is a shareholder and enforces a specific decision to be taken by the board by exerting intense pressure. There is no convincing argument against the legal entity-shareholder not to be regarded as a quasi director in that case and to hold it liable on the basis of wrongful acts. Insofar as necessary, the damage can be recovered from the natural person concerned (i.e., the director of the shareholder) by invoking the liability transfer system ('*doorschakelregeling'*) (Section 2:11 BW/Section 2:17 BWC). A complicating factor occurs because the liability under Section 2:11 BW (Section 2:17 BWC) cannot, on the basis of a ruling by the Supreme Court, reach through to the de facto policymaker (the quasi director) of the legal entity-director, but can only reach through to the formal directors of a legal entity-de facto policymaker. In my opinion, reaching

through would also be obvious in the former case, because the rationale of the provisions is to be able to hold liable the natural persons who are (ultimately) responsible for the violation of the standard(s) at issue. This naturally leaves open the possibility that the actual policymaker of the legal entity director could also be regarded as a first-degree policymaker.

In the Netherlands and Curacao it is possible for the court to disqualify a person from becoming a director (management prohibition). In Book 2 BW of Curacao, this prohibition only applies to (directors of) foundations. In the Netherlands, on the basis of Section 2:298 subsection 3 BW, a director of a foundation dismissed by the court cannot become a director or supervisory director of a foundation for five years after the dismissal, unless the director cannot be seriously reproached, partly in view of the tasks assigned to others. Furthermore, on the basis of Sections 106a et seq. of the Bankruptcy Act, it is possible to impose a management prohibition on a director or former director of a legal entity that is declared bankrupt. A management prohibition can also be pronounced against the director of a legal entity-director. In the event that a management prohibition is imposed on a quasi director, the result is that the person concerned cannot be appointed as a director or supervisory director of a legal entity as referred to in Section 2:3 BW (Section 106b in conjunction with 106d Bankruptcy Act) for five years after the judgment has become final and conclusive, or so much shorter as stipulated in the judgment. But this also means that the person concerned is not allowed to actually direct such a legal entity. Compliance with the management prohibition is difficult to check when it comes to the prohibition on acting as a quasi director, regardless of the question – especially in relation to shadow directors – when a person (just) does or (just) does not qualify as such.

A State, a Country, a Minister or a member of the Executive Council can interfere in the policy of a legal entity in such a way that the qualification of quasi director is appropriate. As a rule, this will concern state-owned companies and state-owned foundations. If, in an inquiry procedure or liability procedure, the State, the Country, a Minister or member of the Executive Council is sued as regards this quasi directorship, it cannot be successfully argued that this is where the 'primacy of politics' applies and that this should lead to inadmissibility of the claim. In the event that such a public body or its representative operates in the private law domain (in this example, the domain of the law of private legal entities), it is subject to the rules applicable in that domain. The public-law responsibilities and internal decision-making of (the bodies, representatives and/or services of) the State or the Country (and the politicians, officials and other persons involved) cannot affect the responsibility (as determined by Book 2 BW) of the State or the Country (for example) as the (sole) shareholder of a state-owned private limited liability company.

The fact that quasi directors are or can also be involved as a party in court cases and are or can be confronted with a claim based on directors' liability raises the question of the competent court and the applicable law, among other things. Also, I propose to amend the law in such a way that proceedings against a quasi director should be brought before the same court as should be applied to if they were a formal

director. The Netherlands and Curacao both apply the Incorporation Theory, on the basis of which, questions concerning directors' liability must be answered on the basis of the law of the country in which the legal entity has its registered office (statutory seat). Furthermore, brief attention is paid to the risk of hindsight bias.

Finally, Chapter 5 addresses the question of the (possible) operation of discharge (acquittance) when it comes to quasi directors. If the discharge decision relates to, for example, annual accounts and was followed from facts and circumstances discussed at the general meeting, including the (improper) functioning of the quasi director, then it seems to me defensible that there could be at least an extended scope of application ('*reflexwerking'*). This is of course different in the event that the quasi director is implicitly or explicitly excluded from the granted discharge. The reverse is of course also possible: explicitly granting discharge to a quasi director.

Chapter 6 Synthesis: where does the research lead?

Chapter 6 contains the main conclusions of the research, in particular with regard to the analysis of the central topics as presented in Chapter 4. The chapter is introduced with an example of a far-reaching legislative proposal in Curacao, which shows what the consequences could be if questions of a fundamental nature – including those relating to the law of legal entities – are not addressed. In my research, the question of the system and the foundations of the legal system, including the (legal) principles relevant in this connection, play a central role. In my approach, a provision that deviates from, or infringes, the system deserves special attention and motivation. After all, the legal system is the product of a long development, to which due attention must be paid when formulating new legal rules.

The following question came to mind during the research: Who actually bears the responsibility for the management of a private legal entity? In many cases, this involves more people than the formal directors. And following on from this are the more legal questions: Who should be held liable in the context of the doctrine of directors' liability and who should be able to benefit from the high threshold (the serious reproach criterion)? And on which ground(s)? Solely on the basis of Book 2 BW and Book 2 BWC and the explanatory notes to their drafts these questions do not allow for a proper answer.

In my approach the characteristic of quasi directors is that they exert a decisive influence on the policy, therefore with the power and the will to do so, and perform management acts or have them performed. This is a vague criterion, and the court must determine whether this is met on the basis of the facts and circumstances of the concrete case. This criterion applies to all categories of quasi directors, therefore to those who appropriate management tasks completely on their own authorization and to those who are entrusted with managerial duties on the basis of an agreement or who, on the basis of agreements made with the formal board, exercise influence on the management duties.

The extent of influence on the board must be distinguished from the question of the legal basis on which that influence is exercised. In this connection concepts such

as intention and (subjective) good faith play a role. For example, there are differences between a shareholder who exerts undue pressure on the board to get his way, one who uses a stooge in the context of committing criminal offences, the principal who makes agreements with the trust director about the exercise of the management duties, and the branch manager who, on the basis of agreements with the formal board, performs a large part of the management duties.

Whoever acts as the de facto director or as a shadow director makes a choice to do so. This choice means that the respective person becomes directly or indirectly involved in the management of the legal entity (exercises his influence). It applies to the de facto director who believes in good faith that he has been legally appointed, but whose appointment decision appears to be defective, that he has chosen to become involved with and to want to be responsible for the management of the legal entity. The ultimate effect of their actions is, in short, that they manage in the way they want, or that specific actions are performed by them or in accordance with their will, or that they participate in a general sense in decisions about the policy of the legal entity (an ExCo comes to mind), where it is possible that they voted against certain policy decisions. By accepting the role of quasi director, or with a view to adopting that role, they should also be considered to have accepted the framework of standards of Book 2 BW applicable to formal directors. The fact that they are equated with formal directors, primarily with regard to the doctrine of directors' liability, ties in well with how they behave: as (direct or indirect) directors. In short: the choice that is made includes the positive, but also the negative consequences.

If it has been established by the court that a person has exercised such influence over the board that he is to be regarded as a quasi director and that he must be equated with a formal director, the question arises as to what that equation entails. When considering the principle that a person should not benefit from his own wrongful acts, a distinction can be made between quasi directors who have acquired this capacity in good faith and those who have not. A person who believes himself in good faith to be a formal director, while it later transpires that a defective appointment resolution has been passed, must if he is personally held liable on account of director's liability, be able – like a formal director – to claim application of the serious reproach criterion. It follows from the law that a person who acts completely on his own authorization as a de facto director and thereby consciously violates management autonomy can be held liable on the basis of director's liability, but that does not mean that it is logical or even justified that he should also be able to benefit from the high threshold for liability.

I defend the position that formal and quasi directors, when it comes to the question of assessing their acts and omissions with a view to (possible) personal liability, are not by definition equated in a material sense. In my approach it is possible that there is/are persons or legal entities which do qualify as quasi directors but which cannot successfully invoke the serious reproach criterion. In other words: in that case there is not a complete equation of quasi directors with formal directors.

With regard to the internal standard for managerial behavior, I defend the position that it applies not only in relation to the legal entity but also towards third parties, and that it is not only aimed at formal directors, but is also meant for all kinds of quasi directors. In all cases where managerial acts and omissions are assessed, that assessment must take place on the basis of the same basic standard. It follows from the nature of the standard that this cannot be restricted to the formal directors. The standard must be deemed to be aimed at anyone who manages the legal entity directly or indirectly.

With regard to the (managerial) duty of care I defend the position that this not only rests on the formal directors but also on all kinds of quasi directors. The duty of care of the formal board refers to a careful management of the legal entity as a whole. The duty of care is not limited for instance to appropriate maintenance of the buildings and taking out a fire insurance. It means a careful 'management' of the legal entity with regard to its rights, obligations, liabilities and assets. The duty of care forms part of the obligation to properly exercise the management duties. And therefore this standard is also aimed at quasi directors.

With regard to the principle of collegiality, I defend the position that in all cases in which there is a multi-member board, even if it involves a combination of formal and quasi directors or a combination of only two or more quasi directors, this principle should be the starting point. Managing is a joint responsibility. Even if a legal entity is misused for criminal activities, this does not mean that the framework of standards that applies to directors would not apply.

With regard to management obligations (in particular the obligation to keep accounts and prepare annual accounts), I defend the position that this rests on the de facto director who acts more structurally as if he were a director and whose acts are not limited to a few specific matters, but who is more generally busy with the management. A clear boundary between the case in which management obligations do and do not rest on a quasi director cannot be given, but those obligations will in principle not rest on those who have only acted as such for a short time. Under certain circumstances, the obligation to keep accounts and prepare annual accounts may also rest on the formal and the de facto shadow director not in good faith. As an example, I mention the case where the formal shadow director is responsible for the appointment as a formal director of a person who is not at all capable of properly performing the director's duties in this respect, or who has agreed with that person (which in the case of criminal activities is not inconceivable) that deliberately no accounts are kept. In both cases it is obvious to assume that in that event the obligation to keep accounts and prepare the annual accounts (also) rests on the formal shadow director not in good faith, so that (already on that ground) in the event of bankruptcy the presumptions of evidence can be invoked against him.

With regard to the high threshold for liability (the serious reproach criterion), I defend the position that the de facto director not in good faith (the person who completely on his own authorization takes the seat of the board), the formal shadow director not in good faith (the person who uses a stooge or front man) and the de

facto shadow director (the person who as a shareholder pushes through his will) cannot claim application of the serious reproach criterion if they are held liable for management acts by the legal entity or the trustee or by a third party. The argument is that they intentionally violate (in any event) the management autonomy (determined by law or the articles of association). Their acts violate the law and as such must be considered wrongful, and they should therefore not benefit from a high threshold for liability.

RECHTSPRAAKREGISTER

(Er wordt verwezen naar de paragraafnummers)

Hof van Justitie van de Europese Unie			
29 april 2015	JOR 2015/172	Nationale-Nederlanden/Van Leeuwen	4.6
Hoge Raad			
18 januari 1901	W7553	De Hoop	2.3
31 januari 1919	NJ 1919/161	Lindenbaum/Cohen	4.6
25 november 1927	NJ 1928/364	Kretzschmar/Mendes de Leon	1.4; 2.6.4
31 januari 1958	NJ 1958/251	Van Dullemen/Sala	4.4
11 maart 1977	NJ 1977/521	Kribbebijter	4.5
28 november 1978	NJ 1979/93	Deep Throat	4.6
6 april 1979	NJ 1980/34	Kleuterschool Babbel	4.5; 4.10
14 januari 1983	JOR 2021/234	Peeters q.q./Gatzen	4.14
19 februari 1988	NJ 1988/487	Albada Jelgersma II	4.7.7
20 mei 1988	NJ 1989/676	Koster/Kobo	3.2.1
6 oktober 1989	NJ 1989/286	Beklamel	4.5
20 april 1990	NJ 1991/560	Natco Trust/mr Thesseling q.q.	5.9.2
3 april 1992	NJ 1992/411	Van der Vliet	2.6.4
8 oktober 1993	NJ 1994/211	De Waard/Mooij Verf	5.9.1
29 april 1994	NJ 1994/488	Edelsyndicaat/Van Hout	5.9.1
10 juni 1994	NJ 1994/766	Romme/Bakker	2.6.4
10 januari 1997	JOR 1997/29	Staleman/Van de Ven	2.6.1; 2.6.2; 4.4; 4.8; 4.9; 5.10
7 november 1997	JOR 1998/5	Kandel/Koolhaas	2.6.4
9 januari 1998	JOR 1998/116	MeesPierson/Ten Bos	4.7
19 maart 1999	NJ 2000/99	IBC/Grenoble	5.9.2
25 juni 1999	NJ 2000/33	Bolckmans/Van den Broek	4.5
5 november 1999	NJ 2000/35	Cunera	2.6.4
18 februari 2000	JOR 2000/56	New Holland Belgium/Oosterhof	2.6.4
28 april 2000	JOR 2000/128	Montedison	4.7.7
15 december 2000	JOR 2001/1	Squamish	2.3; 3.5.2
8 juni 2001	JOR 2001/171	Panmo	2.6.3
26 oktober 2001	JOR 2002/2	Juno Properties	2.6.3
23 november 2001	JOR 2002/4	Mefigro/Wind q.q.	3.2.4; 3.3; 3.4.4; 3.6.5; 4.11.3; 5.2
21 december 2001	JOR 2002/38	SOBI/Hurks	4.7.7; 4.12
24 mei 2002	JOR 2002/130	Van der Have/Ontvanger	3.2.1
4 april 2003	JOR 2003/134	Skipper Club Charter/Jaarsma	2.6.2
4 februari 2005	JOR 2005/58	Landis	4.7.7

11 november 2005	JOR 2006/90	Ontvanger/Voorsluijs	2.6.4; 4.5; 4.10
20 oktober 2006	RvdW 2006/979	Van Vliet Beheer/Van Galen q.q.	5.8
17 november 2006	JOR 2007/7	Lebon/Hellendoorn q.q.	3.4.6
8 december 2006	JOR 2007/38	Ontvanger/Roelofsen	4.13
2 maart 2007	JOR 2007/137	Nutsbedrijf Westland/Schieke c.s.	2.6.2; 6.5.3
30 november 2007	JOR 2008/29	Blue Tomato B.V.	2.6.3
14 maart 2008	JOR 2008/152	Lammers/Aerts q.q.	5.6
6 maart 2009	RvdW 2009/392	Westward Insurance Company	4.9
18 september 2009	JOR 2010/29	Simoca	4.5
9 juli 2010	JOR 2010/228	ASMI	5.4
8 juli 2011	JOR 2011/285	MeesPierson/Ontvanger	5.5
23 november 2012	JOR 2013/40	Spaanse Villa	2.6.4
21 juni 2013	JOR 2013/238	My Guide	5.6
4 april 2014	JOR 2014/290	Cancun Holding II	2.4; 4.2.3; 4.7
9 mei 2014	NJ 2014/251	Velazquez/Blaauw q.q.	4.13
5 september 2014	JOR 2014/296	Hezemans Air/Van der Meer	2.6.4
6 maart 2015	JOR 2015/107	Curatoren ZHG Beheer	3.2.1
18 september 2015	JOR 2015/289	Breeweg/Wijnkamp	2.6.4; 4.5
12 februari 2016	JOR 2016/223	Langelaar/Velenturf q.q.	2.6.3
10 juni 2016	ECLI:NL:HR:2016:1165	X/Chilean Lumber Company	5.9.2
7 oktober 2016	JOR 2016/325	Resort of the World/Maple Leaf	4.10
17 februari 2017	JOR 2017/121	Le Roux Fruit Exporters	5.6
26 januari 2018	ECLI:NL:HR:2018:107	Mr. Libosan q.q./X	4.14
30 maart 2018	JOR 2018/234	Van Nieuwburg c.s./TMF	2.6.1
13 april 2018	JOR 2018/171	Leaderland	5.4
6 juli 2018	NJ 2019/394	X c.s./OM & Aqualectra	5.8
6 juli 2018	ECLI:NL:HR:2018:1112	Schoen- en computerhandel	3.4.6
7 juni 2019	RvdW 2019/691	Gainsford q.q./RSA	3.5.5
20 december 2019	NJ 2020/41	Urgenda	4.6
3 april 2020	JOR 2020/166	Enquêteprocedure SNS	4.7.7
2 juni 2020	ECLI:NL:HR:2020:978	Feitelijke bestuurder in strafzaak	3.5.5
16 oktober 2020	ECLI:NL:HR:2020:1628	AHP Manufacturing/Varkenshouder	1.4
8 september 2020	JOR 2021/54	Frauderende incasso-ondernemer	5.7.2
11 september 2020	JOR 2020/250	Treston Insurance/HDI-Gerling Verzekeringen	4.10
2 juli 2021	ECLI:NL:HR:2021:1044	Belastingadviseur	3.4.7
9 juli 2021	ECLI:NL:HR:2021:1099	Mobile Services-groep	2.6.3

Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba

31 augustus 2012	ECLI:NL:OGHACMB:2012:BX8562	Simpson Bay Resort/Workers Institute	2.6.1
13 maart 2015	ghis 69560 – H 300/14	Standard Trust/Seferina en Le Poole q.q.	2.6.1; 3.6.2; 4.11.2; 5.5
9 oktober 2015	Ghis 71394 – AR 06/13-H 414/14	Windward Roads/Neuss	1.2; 2.6.4
10 juni 2016	AR 150/2011 ghis 62057 – H 146/13	Erato/Horwith	1.2
13 juni 2017	JOR 2017/316	OM & Aqualectra/Aqualectra c.s.	3.5.3; 5.4; 5.8
12 december 2017	ARO 2018/65	Omcar/Le Rouge	4.13

12 december 2017	JOR 2018/131	RSA/Gainsford q.q.	5.5
14 april 2020	ECLI:NL:OGHACMB:2020:76	Carmanco/De Winter q.q.	2.6.3; 3.6.2; 4.11.2
14 april 2020	ECLI:NL:OGHACMB:2020:77	Cyberluck/De Winter q.q.	2.6.3
20 juli 2020	ECLI:NL:OGHACMB:2020:189	Ontvanger/Kroon Affiliates	5.9.2
Hof Amsterdam			
8 augustus 2002	NJ 2003, 59	Kleinzoon	4.2.2
17 november 2009	JOR 2010/89	Holding Nutsbedrijf Westland/Schieke c.s.	6.5.3
15 februari 2013	JOR 2013/102	Van der Moolen	3.4.9; 5.4
13 maart 2014	JOR 2014/125	Marketing People/S&R Holding	4.11
27 mei 2014	ECLI:NL:GHAMS:2014:2015	Jan van Gent Motorsloepen	3.4.8
17 mei 2016	JOR 2016/313	Mr. Libosan q.q./X	4.14
31 mei 2016	ECLI:NL:GHAMS:2016:2762	X/Ontvanger	4.13
27 september 2016	ECLI:NL:GHAMS:2016:3926	A/Curator van Vereniging V.V. Young Boys	4.8
27 juni 2017	JOR 2018/173	Janssen-Van Kesteren q.q./The 5	3.2.1; 3.4.2; 4.7.6; 5.2
6 februari 2018	JOR 2018/94	Xeikon	3.4.8
12 november 2019	JOR 2020/110	Dikon/X c.s.	2.2
Hof Arnhem			
10 november 2009	ECLI:NL:GHARN:2009:BL8324	Atlanco/Honoré van Schuppen q.q.	3.2.4; 3.4.8; 3.6.5; 4.11; 4.11.2; 6.6.1
27 oktober 2015	ECLI:NL:GHARL:2015:8114	A/Laigsingh & Schijvens	2.4
Hof Arnhem-Leeuwarden			
17 februari 2015	ECLI:NL:GHARL:2015:1091	A/mr. Wiltink q.q.	3.4.2
14 juni 2016	ECLI:NL:GHARL:2016:4726	Niet betaalde ontbindingsvergoeding	3.2.1; 6.2
6 december 2016	JOR 2017/35	Holding/Van Lelyveld q.q.	2.6.3
27 november 2018	ECLI:NL:GHARL:2018:10333	All Glas	3.2.1
24 maart 2020	JOR 2020/97	Harlingen Holding Industries/mr. Poiesz q.q.	3.4.1
7 april 2020	ECLI:NL:GHARL:2020:2812	Gebr. De Jonge	3.4.1
7 april 2020	JOR 2020/140	OK functionaris	3.4.8; 5.4
30 maart 2021	ECLI:NL:GHARL:2021:3016	Schilderen in de Regio Twente	3.3; 3.4.1
Hof Den Bosch			
23 september 2003	JOR 2003/5	Lebon/Hellendoorn q.q.	3.4.6
18 november 2014	ECLI:NL:GHSHE:2014:4748	Schalken q.q./Biesebeek q.q.	3.2.1
28 januari 2020	JOR 2021/2	Lückers q.q./Incassobemiddeling	3.2.1; 5.9.1
Hof Den Haag			
26 september 2000	JOR 2001/24	Mr. Libosan q.q./Van Roij	3.4.9
22 september 2009	ECLI:NL:GHSGR:2009:BJ8234	Mervyn Consultants/De Wijer	3.4.5

College van Beroep voor het bedrijfsleven			
7 maart 2016	JOR 2016/131	Stichting Vastgoedbelang/DNB	4.10
Gerecht in Eerste Aanleg Curaçao			
20 november 2006	AR 2004/2030	American Sales/Evertsz e.a.	5.8
7 mei 2007	AR 2004/1520	Ver. Ned. Verkeersvliegers/Nederlandse Antillen	5.8
17 oktober 2016	ECLI:NL:OGEAC:2016:101	Speedy Security/Gwendly	4.11.3
16 april 2018	ECLI:NL:OGEAC:2018:69	De Winter q.q./Carmanco	2.6.3
12 december 2018	ECLI:NL:OGEAC:2018:313	X/OBNA	2.3
9 december 2019	ECLI:NL:OGEAC:2019:280	Chisinau Private Foundation/TKC	5.9.2
Gerecht in Eerste Aanleg Sint Maarten			
8 februari 2011	Caribisch Juristenblad 2011/2, p. 116-125	Workers Institute/Simpson Bay Resort	2.6.1
Rb Almelo			
8 februari 2012	ECLI:NL:RBALM:2012:BV3132	Weyl Beef Products	3.4.3; 4.7.6
Rb Amsterdam			
9 november 2011	ECLI:NL:RBAMS:2011:BV2830	Mr. Coumou q.q./Seagull	3.4.9
25 april 2012	JOR 2012/177	Cargill c.s./KPNQwest c.s.	3.4.10
14 februari 2018	JOR 2018/126	Ontvanger/Tradman	2.5
7 november 2018	ECLI:NL:RBAMS:2018:7930	Tranquillitas/Vandutch	5.9.2
Rb Arnhem			
21 mei 2008	JOR 2008/222	Stichting Stoas/Reitsema	4.4
Rb Breda			
23 februari 2011	ECLI:NL:RBBRE:2011:BP6000	DHH	3.4.7
25 juli 2012	ECLI:NL:RBBRE:2012:BX2984	Africhtingsvereniging Vriendschap Voorop/X	4.8
Rechtbank Den Bosch			
10 juni 2009	ECLI:NL:RBSHE:2009:BI7149	Stichting Historisch Materieel/NOVM	1.1
Rb Den Haag			
21 januari 2004	JOR 2004/71	Mervyn Consultants/De Wijer	3.4.5
21 april 2016	ECLI:NL:RBDHA:2016:5101	Stichting Haags Filmhuis	1.1
26 mei 2021	JOR 2021/208	Milieudefensie/Shell	4.5; 4.6; 4.7.7; 6.6
Rb Gelderland			
24 september 2018	ECLI:NL:RBGEL:2018:4406	Indicia Carréma/Dolfinarium Harderwijk	5.9.1
4 januari 2021	ECLI:NL:RBGEL:2021:52	SterGro	2.3
Rb Groningen			
31 januari 2007	JOR 2007/226	Atlas Nederland	3.4.2
Rb Leeuwarden			
16 juni 2010	ECLI:NL:RBLEE:2010:BY1308	X/Meren Vastgoed	4.2.3

Rb Limburg			
30 mei 2018	JOR 2018/208	Forexx Company	2.3; 3.4.1; 3.5.4; 4.2.3; 4.7.5; 5.3
28 april 2021	JOR 2021/207	Maastrichtse Autobus Combinatie	3.5.3
Rb Midden-Nederland			
19 februari 2014	JOR 2014/124	Nipparts/gedaagde	4.11.3
1 oktober 2014	ECLI:NL:RBMNE:2014:4781	Glow in the dark	4.11
15 september 2017	ECLI:NL:RBMNE:2017:4756	St. Bedrijfspensioenfonds voor de Landbouw	1.1
22 december 2017	ECLI:NL:RBMNE:2017:6470	Politieke partij	1.1
26 augustus 2020	ECLI:NL:RBMNE:2020:3026	Eisers/KvK	4.4
Rb Noord-Holland			
2 september 2015	JOR 2016/122	Mr. Moeijes q.q./V.V. Young Boys	4.5
Rb Overijssel			
30 december 2020	JOR 2021/59	Tapijtwereld	4.8; 6.5.3
Rb Rotterdam			
26 juni 2013	ECLI:NL:RBROT:2013:5150	Meva Formworks Caribbean/X	5.9.1; 5.9.2
28 juni 2017	JOR 2017/290	Bond van Volkstuinders/St. De Beukhoeve	4.8
5 juni 2019	ECLI:NL:RBROT:2019:4502	Arcus/X	4.10
21 juli 2021	ECLI:NL:RBROT:2021:7898	HV Bouw	5.7.1
Rb Utrecht			
12 december 2007	JOR 2008/66	Ceteco	3.4
15 februari 2012	JOR 2012/243	Kortekaas e.a./Fortis c.s.	3.5.5; 5.2
Rb Zeeland-West-Brabant			
4 mei 2021	ECLI:NL:RBZWB:2021:2275	European Pharmaceuticals	4.8
Rb Zwolle			
2 januari 2002	ECLI:NL:RBZWO:2002:AD7712	mr. Claassen q.q./Almeerder Kaartclub	2.4

LITERATUURLIJST[1]

Armour (2017)
J. Armour, L. Enriques et al., *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, Oxford: Oxford University Press 2017 (third edition)

Asser/Kroeze 2-I (2021)
M.J. Kroeze (m.m.v. H. Beckman & M.A. Verburgh), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel 1. De rechtspersoon*, Deventer: Kluwer 2021

Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II (2009)
J.M.M. Maeijer, G. van Solinge en M.P. Nieuwe Weme, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Rechtspersonenrecht. De naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2009

Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa (2013)
J.M.M. Maeijer, G. van Solinge en M.P. Nieuwe Weme, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Rechtspersonenrecht. NV en BV. Oprichting, vermogen en aandelen*, Deventer: Kluwer 2013

Asser/Scholten Algemeen deel (1974)
P. Scholten, *Algemeen deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974

Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb (2019)
G. van Solinge en M.P. Nieuwe Weme, *NV en BV. Corporate Governance*, Deventer: Wolters Kluwer 2019

Asser/Vranken Algemeen deel **** (2014)
J.B.M. Vranken, *Algemeen deel. Een synthese*, Deventer: Kluwer 2014

Assink (2007)
B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2007

1 De lijst bevat de belangrijkste literatuur waarnaar wordt verwezen.

Assink (2017)
B.F. Assink, 'Feitelijke, indirecte en nieuwe bestuurder', in B.F. Assink, M. van Ginneken e.a. (red.), *De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders', Opstellen voor Prof. mr. M.J. Kroeze, vanwege zijn toetreden als raadsheer tot de civiele kamer van de Hoge Raad der Nederlanden per 1 september 2016*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 177-197

Assink/Slagter (2013)
B.F. Assink en W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht* (Deel 1), Deventer: Wolters Kluwer 2013

Bakker (2017)
P.S. Bakker, 'Verhaalsfrustratie door en met een SPF: enige beschouwingen naar aanleiding van het arrest Resort of the World/Maple Leaf', *Caribisch juristenblad* (4) 2017, p. 307-319

Bartman/Dorresteijn/Olaerts (2020)
S.M. Bartman, A.F.M. Dorresteijn en M. Olaerts, *Van het concern*, Deventer: Wolters Kluwer 2020

Van Bekkum (2017)
J. van Bekkum, 'In hoeverre beschermt de rechtspersoon tegen privéaansprakelijkheid en zou dit beter moeten?', in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 93-108

Bennaars (2015)
J.H. Bennaars, *De rechtspositie van de bestuurder: benoeming, beloning en ontslag van de vennootschapsbestuurder* (diss. UVA), Amsterdam: UvA-DARE 2015

Van den Bergh en Jansen (2011)
G.C.J.J. van den Bergh en C.J.H. Jansen, *Geleerd recht. Een geschiedenis van de Europese rechtswetenschap in vogelvlucht*, Deventer: Kluwer 2011

Bezemer (2013)
C.H. Bezemer, 'Renaissance en barok in de Nederlandse rechtswetenschap. Hoe Europees was het Romeins-Hollandse recht?', in: C.G. Breedveld-de Voogd, A.G. Castermans, M.W. Knigge, T. van der Linden, J.H. Nieuwenhuis, H.A. ten Oever (red.), *Rechtsvinding in een meerlagige rechtsorde*, Deventer: Kluwer 2013, p. 3-12

De Bock (2017)
E.S. de Bock, 'De bijzondere positie van de bestuurder van de NV of BV', in: *Arbeidsrechtelijke themata – Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: BJu 2017, p. 285-313

De Boode (1997)
A.J. de Boode, 'Wil de echte bevoegde rechter opstaan?', *Nederlands tijdschrift voor sociaal recht* 12 (1997), p. 348-353

Booij (2017)
J.A. Booij, 'Aansprakelijkheid voor belastingschulden, een update', *Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht* 154.1 (2017), p. 173-178

Van den Bos (2021)
K. van den Bos, *Inleiding empirische rechtswetenschap*, Den Haag: Boom juridisch 2021

Bosch (2012)
R. Bosch, *Wetenschapsfilosofie voor kwalitatief onderzoek*, Den Haag: Boom Lemma 2012

Boumans & Davis (2016)
M. Boumans and John B. Davis, *Economic Methodology. Understanding Economics as a Science*, London: Palgrave Macmillan Education 2016

Brandjes (2014)
M.C.M. Brandjes, 'Executive Committees. Valt er wat te regelen?', in: M. Lückerath-Rovers e.a. (red.), *Jaarboek Corporate Governance 2014-2015*, Deventer: Kluwer 2014, p. 133-140

Brouwer (2011)
R. Brouwer, 'Over de klassieke oorsprong van de rechten van de mens', *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 2 (2011), p. 98-117

Bulten (2014)
C.D.J. Bulten, *De vennootschap en de geconstrueerde werkelijkheid* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014

Bulten en Kreileman (2017)
C.D.J. Bulten en N. Kreileman, 'De dans ontspringen door decharge?', in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 417-443

Bulten en Leijten (2013)
C.D.J. Bulten en A.F.J.A. Leijten, 'Een lastige doorbraakbepaling?', in: D. Busch en M.P. Nieuwe Weme (red.), *Christels Koers* (Liber Amicorum Prof. mr. drs. C.M. Grundmann-van de Krol), Deventer: Kluwer 2013, p. 163-187

Van de Bunt e.a. (2013)
H.G. van de Bunt, J.G. van Erp, R.J.J. Eshuis, N.L. Holvast en N.T. Pham, 'Bestuurdersaansprakelijkheid in de praktijk', in: W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij (red.), *Capita Civilologie, Handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 925-946

Calkoen (2011)
W.J.L. Calkoen, *The One-Tier Board in the Changing and Converging World of Corporate Governance. A comparative study of boards in the UK, the US and the Netherlands* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2012

Carrière-Verlinden & Baas (2021)
L. Carrière-Verlinden & D.K. Baas, 'Het civielrechtelijke bestuursverbod van 2016 tot en met 2020', *Ondernemingsrecht* 7 (2021), p. 286-292

Cornelis (1990)
L. Cornelis, 'Rechtsverwerking: een toepassing van de goede trouw?, *Tijdschrift voor Privaatrecht* 1990, nr. 2-12

Croes (2013)
M.T. Croes, 'Menselijk gedrag en rechtsregels', in: W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij (red.), *Capita Civilologie, Handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 41-77

Crook (1967)
J.A. Crook, *Land and Life of Rome, 90 B.C.-A.D. 212*, New York: Cornell University Press 1967 (paperback edition 1984)

Van Dam (2021)
C.C. van Dam, 'Doorbraak in de aansprakelijkheid van moedervennootschappen', in: J. van Bekkum e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2020-2021*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 177-219

Deelen (2017)
C.F. Deelen, 'De Business Judgment Rule in Delaware, Duitsland en Nederland', in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 715-729

Dewey (1926)
J. Dewey, 'The Historic Background of Corporate Legal Personality', *Yale Law Journal*, XXXV (6) April 1926, p. 655-673

Van Dijck e.a. (2018)
G. van Dijck e.a., *Methoden van rechtswetenschappelijk onderzoek*, Den Haag: Boom Juridisch 2018

Doorenbos (2008)
D.R. Doorenbos, 'Het bestuursverbod', *Ondernemingsrecht* 12 (2008), p. 422-428

Dumoulin (2017)
S.H.M.A. Dumoulin, 'Het Executive Committee; over bestuur en toezicht, vennootschap en onderneming', *Ondernemingsrecht* 63 (2017), p. 363-375

Dumoulin (2018)
S.H.M.A. Dumoulin, 'Toezicht op executive committees', in: G. van Solinge e.a. (red.), *Toezicht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 81-92

Van Eck (2009)
G.C. van Eck, 'De substitutiebevoegdheid van de statutaire procuratiehouder', *Vennootschap & Onderneming* 3 (2009), p. 58-62

Dworkin (1978),
Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London Duckworth 1978 (fourth impression 1984)

Dworkin (1986)
Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge: Harvard University Press 1986

Eikelboom (2017)
F. Eikelboom, *De (onmiddellijke) voorzieningen van de enquêteprocedure* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2017

Emaus (2013)
J.M. Emaus, *Handhaving van EVRM-rechten via het aansprakelijkheidsrecht* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013

Everling (1929)
J.M.F. Everling, 'Procuratiehouders van Naamlooze Vennootschappen. Zijn zij bestuurders in den zin der nieuwe bepalingen van het Wetboek van Koophandel?', *De Naamlooze Vennootschap* 10 (1929) p. 296-297

Evers (2011)
M.W.E. Evers, 'Aandeelhouders en ongeschreven nonconcurrentienormen', *Tijdschrift voor de ondernemingsrechtpraktijk* 5 (2011), p. 200-204

Feenstra (1994)
R. Feenstra, *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht*, Leiden: E.J. Brill / Universitaire Pers Leiden 1994

Florijn (1991)
E. Florijn, 'De wet van Hammurabi; of de werking van het gelijkheidsbeginsel in het civiele aansprakelijkheidsrecht', *AA* 10 (1991), p. 124-131

Fockema Andrea (1985)
S.J. Fockema Andreae, *De Nederlandse Staat onder de Republiek*, Amsterdam: Noord-Hollandsche Uitgevers Maatschappij 1985

Foqué (2009)
R.M.G.E. Foqué, 'Filosofische repliek op Timmerman's grondslagen', *Ondernemingsrecht* 1 (2009), p. 14-17

Frielink (2002)
K. Frielink, 'Zitten arresten van de Hoge Raad in de weg?', *WPNR* 6498 (2002), p. 538-540

Frielink (2006)
K. Frielink, *Rechtspersonen en personenvennootschappen naar Nederlands Antilliaans en Arubaans recht*, Deventer: Kluwer 2006

Frielink (2007)
K. Frielink, 'Maakt ongeschreven ook onbemind?', in: *Bouwen en bezinning. Regels van wenselijk en onwenselijk financieel recht* (Lustrumbundel 2007 Vereniging voor Effectenrecht), Deventer: Kluwer 2007, p. 107-117

Frielink (2011)
K. Frielink, 'Good corporate governance in Sint Maarten: Wordt het een lange of korte weg van papier naar praktijk?' in: K. Frielink en M.F. Murray, *Twee Curaçaose Meesters. Varia Juridica*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, p. 39-57

Frielink (2017a)
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

Frielink (2017b)
K. Frielink, *Kort begrip van het Nederlands Caribisch Rechtspersonenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017

Frielink (2018)
K. Frielink, 'De quasi-bestuurder naar Nederlands en Nederlands Caribisch rechtspersonenrecht', *Ondernemingsrecht* 10/11 (2018), p. 483-495

Frielink (2020)
K. Frielink, 'Nederlands Caribisch rechtspersonenrecht', *Caribisch juristenblad* 4 (2020), p. 488-498

Frielink (2021a)
K. Frielink, 'Varia Wet bestuur en toezicht rechtspersonen', *Ondernemingsrecht* 10/11 (2021), p. 466-471

Frielink (2021b)
K. Frielink, 'Boekbespreking: J.E. van Nuland, Beleidsbepaling en aansprakelijkheid. Een drieluik over de feitelijke beheersing van vennootschappen', *Ondernemingsrecht* 12 (2021), p. 515-519

Frielink, Van Eersel en Van der Wulp (2020)
K. Frielink, M. van Eersel en M.T. van der Wulp, *Toezicht trustkantoren in Nederland*, Deventer: Wolters Kluwer 2020

Gerner-Beuerle, Paech and Schuster (2013)
C. Gerner-Beuerle, Ph. Paech and E.Ph. Schuster, *Annex to Study on Directors' Duties and Liability* (prepared for the European Commission DG Markt), London: London School of Economics (Department of Law) 2013

Van Goudoever (1905)
H. van Goudoever, *Bijdragen tot de leer der zaakwaarneming* (diss. Leiden), Leiden: S.C. van Doesburgh 1905

Van der Grinten (1982)
W.C.L. van der Grinten, 'De mythe van de aansprakelijkheid', *NV* 60 (1982), p. 201-202

Van der Grinten (1990-1991)
W.C.L. van der Grinten, 'Hoofdelijke aansprakelijkheid in concernverhoudingen', in: C.J.H. Jansen, S.C.J.J. Kortmann en G. van Solinge, *Verspreide geschriften van W.C.L. van der Grinten*, Deventer: Kluwer 2004, p. 531-537

Hugo de Groot (1965)
Hugo de Groot, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid*, tweede uitgave, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1965

De Groot (2021)
H. de Groot, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2021

Haazen (2001)
O.A. Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2001

Hanegraaf (2017)
C.E.J.M. Hanegraaf, *Art. 2:11 BW, doorgeefluik van bestuurdersaansprakelijkheid. Hoe diep kan een bestuurder vallen?* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2017

Hannigan (2018)
B. Hannigan, *Company Law*, Oxford: Oxford University Press 2018

Hart (1961)
H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Law Series 1961 (reprint 1984)

Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond (2013)
E.J.J. van der Heijden en W.C.L. van der Grinten (bewerkt door P.J. Dortmond), *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013

Hol en Gribnau (1999)
A.M. Hol en J.L.M. Gribnau, 'De relativiteit van de rechtszekerheid', *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 3 (1999), p. 174-187

Honée (1983)
H.J.M.N. Honeé, *De regeringswaarnemer en de vennootschappelijke organisatie* (oratie Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1983

Honée (2017)
Ch.E. Honée, 'Aansprakelijkheid van niet-statutaire leden van de Executive Committee – als waren het bestuurders?', in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 111-127

Honée (2018)
Ch.E. Honée, 'Governance aspecten van het Executive Committee, en de vraag: waar staan zijn leden?', *Ondernemingsrecht* 3 (2018), p. 125-134

Van den Hoven (1999)
P.J. van den Hoven, 'De rechtstheoretische dimensie van een tomaat', in: P.W. Brouwer e.a. (red.), *Drie dimensies van het recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999, p. 185-196

Huizink (2010)
J.B. Huizink, 'Zorgplichten in het concern', *Onderneming en Financiering* 4 (2010), p. 5-28

Idensohn (2010)
K. Idensohn, 'The regulation of shadow directors', *South African Mercantile Law Journal* (2010) 22 SA Merc LJ, p. 326-345

Jager (2014)
R.P. Jager, *Het enquêterecht in rechtsvergelijkend perspectief. Nederland, Curaçao, Aruba, de BES-eilanden, Sint Maarten en Suriname*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2014

Jak (2016)
N. Jak, 'Semipublieke instellingen en aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad: een verkenning', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 3 (2016), p. 56-65

Jansen (2003)
C.J.H. Jansen, 'Tussen autonomie en solidariteit: contractsvrijheid in de 19e eeuw', in: M.W. Hesseling e.a. (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 133-149

Janssen (2017)
I.P.M.J. Janssen, *De civielrechtelijke zorgplicht van de beleggingsdienstverlener jegens de niet-particuliere cliënt* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2017

De Jong (2021)
H. de Jong, 'De verrassing van de Hoge Raad tot eeuwenoude herhaling', *WPNR* 7312 (2021), p. 136-144

De Jongh (2011)
J.M. de Jongh, 'Enkele gedachten over bestuurdersaansprakelijkheid', in: J.B. Huizink e.a. (red.), *Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland?*, Deventer: Kluwer 2011, p. 17-22

De Jongh (2014)
J.M. de Jongh, *Tussen societas en universitas. De beursvennootschap en haar aandeelhouders in historisch perspectief* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2014

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

Karapetian & Karapetian (2021)
A. Karapetian en G. Karapetian, 'De dwalende wetgever. Een bezwaar tegen de wetsgeschiedenis als uitlegbron', *WPNR* 7329 (2021), p. 468-479

Katan (2017)
B.M. Katan, *Toerekening van kennis aan rechtspersonen* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2017

Kelterman (2010)
L.W. Kelterman, 'Is art. 3:260 lid 3 BW nog houdbaar?', *WPNR* 6851 (2010), p. 590-593

Kemp (2015)
B. Kemp, *Aandeelhoudersverantwoordelijkheid: De positie en rol van de aandeelhouder en aandeelhoudersvergadering* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 2015

Kempin (1960)
F.G. Kempin, 'Limited liability in historical perspective', *American Business Law Association Bulletin* Vol. 4, No. 1, March 1960, p. 11-34

Kestemont (2016)
L. Kestemont, *Naar een rechtswetenschappelijke methodeleer: een expliciet methodologisch kader voor rechtswetenschappelijk onderzoek in het socialezekerheidsrecht* (diss. KU Leuven), Leuven: KU Leuven 2016

Klaassen (2015)
C.J.M. Klaassen, 'De koers van de Hoge Raad: (on)voorspelbaar?', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 5 (2015), p. 140-147

Klein Wassink (2016)
A.J.M. Klein Wassink, 'Gedachten over de invulling van moederlijke zorgplichten in doorbraaksituaties', *Ondernemingsrecht* 10/11 (2016), p. 382-393

De Kluiver (2009)
H.J. de Kluiver, 'Het collegialiteitsbeginsel. Van collegiale besluitvorming naar collegiaal toezicht', in: P. Essers e.a. (red.), *Met Recht* (Raaijmakers-bundel), Deventer: Kluwer 2009, p. 253-262

Knigge en Van der Veen (2013)
A. Knigge en A.W. van der Veen, 'Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid 2012', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2012-2013*, Deventer: Kluwer 2013, p. 35-62

Kollen (2007)
F.C. Kollen, *De vereniging in de praktijk*, Deventer: Kluwer 2007

Koopmans (1982)
T. Koopmans, *Juridische dialectiek*, Mededelingen der Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, Afd. Letterkunde, Nieuwe Reeks, Deel 45, Nr. 3, Amsterdam/Oxford/New York: B.V. Noord-Hollandsche Uitgevers Maatschappij Amsterdam 1982.

Koster (2020)
H. Koster, 'Wet bestuur en toezicht rechtspersonen aangenomen door Tweede Kamer', *Ondernemingsrecht* 5 (2020), p. 240

Kreileman (2020)
N. Kreileman, *De niet-uitvoerende bestuurder in een one tier board* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2020

Kreileman en Bulten (2016)
N. Kreileman en C.D.J. Bulten, 'Het civielrechtelijk bestuursverbod', *Ondernemingsrecht* 15 (2016), p. 535-546.

Kroeze bundel (2017)
B.F. Assink, M. van Ginneken e.a. (red.), *De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders', Opstellen voor Prof. mr. M.J. Kroeze, vanwege zijn toetreden als raadsheer tot de civiele kamer van de Hoge Raad der Nederlanden per 1 september 2016*, Deventer: Wolters Kluwer 2017

Kunneman (1991)
F. Kunneman, *Rechtswetenschap*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1991

Kwak (2010)
A.J. Kwak, 'Van dode abstracties en de sprong die altijd durf is', in: A. Ellian, T. Slootweg en C. Smith (red.), *Recht, beslissing en geweten*, Deventer: Kluwer 2010, p. 63-89

Laagland (2015)
F.G. Laagland, 'Onvrijwillige concernaansprakelijkheid' in: R.M. Beltzer, F.G. Laagland en L. van den Berg, *Concernwerkgeverschap, Preadvies Levenbach*, Deventer: Kluwer 2015, p. 91-118

Langemeijer/Schrage (1994)
G.E. Langemeijer (bijgewerkt door E.J.H. Schrage), *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994

Lee (1915)
R.W. Lee, *An Introduction to Roman-Dutch Law*, Oxford: The Clarendon Press 1915 (classic reprint BiblioLife 2009)

Lennarts (2017)
M.L. Lennarts, ''Piercing the corporate director' – over de (on)zin van art. 2:11 BW en art. 106a lid 2 Fw', in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 175-178

Letwin (2007)
Shirley Robin Letwin, *On the History of the Idea of Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2007

Lewin (2014)
G.C. Lewin, *Interregionaal privaatrecht*, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2014

Lipton (2012)
Ph.A. Lipton, *The development of the separate legal entity and limited liability concepts in company law: an evolutionary perspective* (diss. Melbourne), Melbourne: Monash University 2012

Lokin (1992)
J.H.A. Lokin, 'De plaats van Meijers in de legistische traditie', in: C.J.H. Brunner e.a. (red), *Rechtsvinding onder het NBW (een Groninger kijk op het nieuwe vermogensrecht)*, Deventer: Kluwer 1992, p. 5-39

Loth (2014)
M.A. Loth, 'Hoe raar zijn die juristen eigenlijk? Naar een pluriforme rechtswetenschap in een transnationale context', *Nederlands Juristenblad* 26 (2014), p. 1738-1741

Maeijer bundel (1988)
Van vennootschappelijk belang (opstellen aangeboden aan prof.mr. J.M.M. Maeijer), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988

Maeijer (1989)
J.M.M. Maeijer, *25 jaren belangenconflict in de naamloze vennootschap* (rede Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989

Maes (2020),
K.L. Maes, *Secundaire aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de reikwijdte van de zorgplicht van beheerders van private ruimten* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2020

Meijers (1948)
E.M. Meijers, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1948

Mendel (1989)
M.M. Mendel, *Het vennootschappelijk belang* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1989

Mohr (1996)
A.L. Mohr, 'Vereenzelviging; beperkt speelveld voor een nieuwe tak van sport', *WPNR* 6243 (1996), p. 789-790

Mok (2000)
M.R. Mok, 'De activistische rechter en het ondernemingsrecht', in: *A-T-D (Opstellen aangeboden aan prof.mr. P. van Schilfgaarde)*, Deventer: Kluwer 2000, p. 299-314

Mousourakis (2016)
G. Mousourakis, *The Historical and Institutional Context of Roman Law*, New York: Routledge 2016

Mulderije (1931)
H. Mulderije, 'De geldelijke aansprakelijkheid van bestuurders der Naamlooze Vennootschap', *De Naamlooze Vennootschap* 8 (1931) p. 227-229

Murray (2016)
M.F. Murray, *Parlementaire Geschiedenis van het Curaçaose Burgerlijk Wetboek*, Den Haag: Boom juridisch 2016

Nieuwenhuis (1999)
J.H. Nieuwenhuis, 'De zeven zuilen van het ongeschreven recht', *NJB* 45 (1999), p. 2130-2135

Van Nispen tot Sevenaer (1936)
C.M.O. van Nispen tot Sevenaer, *De rechtspersoon*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V. 1936

Van Nuland (2021)
J.E. van Nuland, *Beleidsbepaling en aansprakelijkheid. Een drieluik over de feitelijke beheersing van vennootschappen* (diss. Maastricht), Deventer: Wolters Kluwer 2021

Perquin-Deelen (2020)
C.F. Perquin-Deelen, *Biases in de boardroom en de raadkamer* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2020

Pitlo (1972)
A. Pitlo, *Evolutie in het privaatrecht*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1972

Raaijmakers (2009)
R.G.T.J. Raaijmakers, 'Evolutie van een idee. Een persoonlijk verslag van het proces tot een proefschrift', in: P. Essers e.a. (red.), *Met Recht* (Raaijmakers-bundel), Deventer: Kluwer 2009, p. 371-383

Rechtspraakbundel (2020)
K. Frielink, *Rechtspraak Bestuurdersaansprakelijkheid Nederlands Caribisch Rechtspersonenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020

Van Rhee (2004)
C.H. van Rhee, 'Geen rechtsgeleerdheid, maar rechtswetenschap', *RM Themis* 4 (2004), p. 196-201

Van Roermund (2000)
B. van Roermund, 'Sprongen bij Scholten', *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 3 (2000), p. 215-228

Ronse e.a. (1986)
J. Ronse e.a., 'Overzicht van rechtspraak (1978-1985). Vennootschappen', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 1231 (1986), p. 1231-1459

De Roo (2018)
K.H.M. de Roo, 'De nalevingsplicht van het bestuur van rechtspersonen', *Ondernemingsrecht* 1 (2018), p. 3-12

De Roo (2019)
K.H.M. de Roo, 'Delegatie van bestuursbevoegdheden', *WPNR* 7243 (2019), p. 469-477

Scheltema (1934a)
F.G. Scheltema, 'De aansprakelijkheid van den directeur der Naamlooze Vennootschap', *De Naamlooze Vennootschap* 3 (1934)

Scheltema (1934b)
F.G. Scheltema, 'De aansprakelijkheid van den directeur der Naamlooze Vennootschap', *De Naamlooze Vennootschap* 4 (1934)

Schild (2015)
A.J.P. Schild, 'Ontwikkelingen bestuurdersaansprakelijkheid: een overzicht', *WPNR* 7087 (2015), p. 1046-1056

Van Schilfgaarde (2009)
P. van Schilfgaarde, 'De opbouw van het vennootschapsrecht', in: P. Essers e.a. (red.), *Met Recht* (Liber Amicorum Theo Raaijmakers), Deventer: Kluwer 2009, p. 409-421

Van Schilfgaarde (2016)
P. van Schilfgaarde, *De redelijkheid en billijkheid in het ondernemingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016

Van Schilfgaarde/Winter (2017)
P. van Schilfgaarde (bewerkt door J. Winter, J.B. Wezeman en J. Schoonbrood), *Van de BV en de NV*, Deventer: Wolters Kluwer 2017

Scholten (1983)
G.J. Scholten, 'Rechtsbeginselen en rechtsregels: scheiden schaadt', in: G.J. Scholten, D.F. Scheltens en H.J. van Eikema Hommes, *Rechtsbeginselen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1983, p. 3-14

Schrage (2017)
E.J.H. Schrage, *Verbintenissen uit andere bron dan onrechtmatige daad of overeenkomst* (Monografieën BW, B53), Deventer: Wolters Kluwer 2017

Schutte-Veenstra (2017)
J.N. Schutte-Veenstra, 'Formeel of feitelijk bestuurder; maakt het verschil?', in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 129-156

Slagter (1985)
W.J. Slagter, 'De parlementaire enquête inzake RSV', *TVVS* 1 (1985), p. 18-20

Slagter (1991)
W.J. Slagter, 'Interne en externe concernverhoudingen', in: *De Bankier als Jurist tegen wil en dank* (Bundel aangeboden aan mr. Drs. H. Langman), Deventer: Kluwer 1991, p. 191-204

Smith e.a. (2008)
C.E. Smith e.a., 'Criteria voor goed rechtswetenschappelijk onderzoek: De omgekeerde route', *NJb* 12 (2008), p. 685-690

Snel (2016)
M. Snel, *Meester(s) over bronnen* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom juridisch 2016

Soeteman (2009)
A. Soeteman, 'Rechtsbeginselen en positivisme!?', *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 1 (2009), p. 5-10

Van Solinge (2007)
G. van Solinge, 'Zaakwaarneming en rechtspersoon', in: N.E.D. Faber, C.J.H. Jansen & N.S.G.J. Vermunt (Eds.), *Fiduciaire verhoudingen. Libellus amicorum prof. mr. S.C.J.J. Kortmann* (Serie Onderneming en Recht, 41), Deventer: Kluwer 2007, p. 209-220

Spruit (2003)
J.E. Spruit, *Cunabula iuris. Elementen van het Romeinse privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2003

Stein (1999)
P. Stein, *Roman Law in European History*, Cambridge: Cambridge University Press 1999 (reprint 2019)

Stolker (1993)
C.J.J.M. Stolker, 'De politieke rol van de rechter in het burgerlijk recht', in: M.G. Rood (red.), *Rechters en politiek*, Zwolle: Tjeenk Willink 1993, p. 53-83

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

Strikwerda (2002)
H. Strikwerda, 'Wat is ondernemingsbestuur?', *Maandblad Voor Accountancy en Bedrijfseconomie* 76 (2002), p. 54-64

Tijssen (2009)
H.E.B. Tijssen, *De juridische dissertatie onder de loep* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009

Timmerman (2009)
L. Timmerman, 'Grondslagen van het geldend ondernemingsrecht', *Ondernemingsrecht* 1 (2009), p. 4-13 (oratie uitgesproken op 19 december 2008 aan de Erasmus Universiteit te Rotterdam)

Timmerman (2017)
L. Timmerman, 'Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid', in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 25-40

Tjong Tjin Tai (2007)
T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2007

De Valk (2009)
S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevenden naar privaatrechtelijke, strafrechtelijke en bestuursrechtelijke maatstaven* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2009

Van Veen (2020)
W.J.M. van Veen, *De NV en de VBA naar Arubaans recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020

Verbunt & Van den Heuvel (2007)
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

Verdam (2011)
A.F. Verdam, 'Collectieve en individuele bestuursverantwoordelijkheid', in: J.B. Huizink e.a. (red.), *Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland?*, Deventer: Kluwer 2011, p. 23-35

Verdam e.a. (2015)
A.F. Verdam e.a. (red), *Autonomie van het bestuur en haar grenzen voor en na de Cancun-uitspraak*, Deventer: Wolters Kluwer 2015

Verstijlen (2015)
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

Vletter-Van Dort (2017)
H.M. Vletter-van Dort, 'De exco: 'Val aan, ik volg' of 'Ik val aan, volg mij'?'', in B.F. Assink, M. van Ginneken e.a. (red.), *De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders', Opstellen voor Prof. mr. M.J. Kroeze, vanwege zijn toetreden als raadsheer tot de civiele kamer van de Hoge Raad der Nederlanden per 1 september 2016*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 215-225

Vranken (2010)
J.B.M. Vranken, 'Pluriforme rechtswetenschap', in: M.A.B. Chao-Duivis, C.E.C. Jansen, J.B.M. Vranken (red.), *Alleen Samen* (Opstellen aangeboden aan prof.mr. M.A.M.C. van den Berg ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Universiteit van Tilburg), Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2010, p. 445-468

Vroom en Dunki Jacobs (2020)
V.R. Vroom en A.J. Dunki Jacobs, 'Over de convergentie tussen wetenschap van benadeling en goede trouw', in: Ph.W. Schreurs, L.J.J. Kerstens en B. Rikkert (red.), *De Curator en het Faillissementsproces(recht)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 149-167

Westenbroek (2017)
W.A. Westenbroek, *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie. Over rechtsvorming en taal, onbehoorlijk bestuur, onrechtmatige daad en ernstig verwijt* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2017

Wiarda (1999)
G.J. Wiarda (bewerkt door T. Koopmans), *Drie typen van rechtsvinding*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999

Wittgenstein (1977)
L. Wittgenstein, *Over zekerheid*, Meppel: Boom 1977

Wolff (1951)
H.J. Wolff, *Roman Law. An Historical Introduction*, Oklahoma: University of Oklahoma Press 1951

CURRICULUM VITAE

Karel Frielink is geboren op 26 juni 1964 te Huizen. Na enkele jaren onderwijs te hebben genoten aan een middelbare school in zijn geboortedorp, bezocht hij vanaf 1982 het Montessori Lyceum te Amsterdam. In 1984 deed hij eindexamen. In dat jaar is hij rechten gaan studeren aan de Vrije Universiteit te Amsterdam. Op 30 augustus 1989 slaagde hij voor het doctoraal examen in de richtingen privaatrecht en notarieel recht.

Sinds september 1989 is Karel werkzaam als advocaat, eerst in Nederland en vanaf eind 1997 – met een korte onderbreking – in Curaçao. Als gastdocent internationaal privaatrecht was hij enkele jaren verbonden aan de Universiteit van de Nederlandse Antillen (1999 – 2002). Aan deze universiteit, in 2011 omgedoopt in de University of Curaçao Dr. Moises da Costa Gomez, heeft hij ook gedoceerd in de vakken Inleiding ondernemingsrecht (2008 – 2011) en de Curaçaose Trust (2016 – 2017). Ingaande 2017 geeft hij jaarlijks het vak Verdiepend ondernemingsrecht.

Karel Frielink is getrouwd en heeft twee dochters.

WOORD ACHTERAF

> "*We might think that majority rule is the fairest workable decision procedure in politics, but we know that the majority will sometimes, perhaps often, make unjust decisions about the rights of individuals.*"
>
> Ronald Dworkin[1]

In de loop van 2016 ben ik aan mijn promotietraject begonnen. Dat traject is op 14 oktober 2021 met succes afgerond. Wie niet meer zo piepjong aan een dergelijk traject begint neemt weliswaar een hoop levenservaring mee, maar de vereiste inspanning en discipline zijn er niet minder om. De wat oudere promovendus, zeker degene die al meer dan eens met het fenomeen vergankelijkheid is geconfronteerd, beschikt doorgaans (gelukkig) over een behoorlijk relativeringsvermogen en heeft daardoor minder last van druk. Met de jaren komt ook een zekere bescheidenheid. In mijn geval stond ik kort na het promotiediner sowieso snel weer met beide benen op de grond, omdat bij thuiskomst de kattenbak moest worden verschoond en de kliko buiten gezet moest worden.

Dank en waardering gaan uit naar mijn promotors prof. mr. Gerard van Solinge en prof. mr. Frank Kunneman. Zij hebben mij voelbaar met enthousiasme begeleid. Van hen heb ik ook veel geleerd. Dat ik niet alles wat zij naar voren brachten op de gesuggereerde wijze heb verwerkt, waarbij ik als reden opgaf 'het is uiteindelijk wel mijn proefschrift', werd door hen geaccepteerd. Dat betekent tegelijkertijd dat alleen ik op de inhoud kan worden aangesproken.

Het manuscript is voorafgaand aan de promotie beoordeeld en goedgekeurd door prof. dr. Flora Goudappel, prof. mr. Jan de Boer, prof. mr. Claartje Bulten, prof. mr. Carla Klaassen en mr. dr. Marnix Snel. Ik zeg hen dank voor de tijd en moeite die zij hebben genomen om het manuscript te beoordelen. De opmerkingen die ik van hen mocht ontvangen hebben bij diverse onderwerpen ook tot verbeteringen geleid.

Tijdens de promotieplechtigheid traden als opponent op prof. dr. Flora Goudappel, prof. mr. Claartje Bulten, prof. mr. Freek Schols, dr. Rutsel Martha en mr. dr. Marnix Snel. Verder werd ik (moreel) bijgestaan door de paranimfen mr. Mirto Murray en mr. Jaap Maris. Hen allen zeg ik graag dank voor hun tijd en moeite, en de wijze waarop zij hebben bijgedragen aan deze plechtige academische zitting.

---

1 Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge: Harvard University Press 1986, p. 177.

Wat mijn echtgenote Carla en mijn dochters Yvette en Pascale voor mij betekenen laat zich moeilijk in (enkele) woorden uitdrukken. We betreden hier bovendien het terrein van bijzonder positieve gevoelens en emoties. Dat terrein gaat de grenzen van dit boek verre te buiten!

Curaçao, 1 november 2021

Karel Frielink

Serie vanwege het Van der Heijden Instituut te Nijmegen onder redactie van prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. M. van Olffen, prof. mr. M.P. Nieuwe Weme, prof. mr. C.D.J. Bulten en prof. mr. J.B.S. Hijink

1. W.J.M. Noldus, Ongeldigheid van besluiten in de naamloze vennootschap (1969)
2. P.A.L.M. van der Velden, De vereniging-rechtspersoon en haar leden (1969)
3. P.R. Smits, De externe gebondenheid van het vennootschapsvermogen (1969)
4. J.A.Th.J.M. Duynstee, Beschouwingen over de stichting naar Nederlands privaatrecht (1970)
5. J.H.F.J. Cremers, Prioriteitsaandelen (1971)
6. M.M. Mendel, Het statutaire doel van de naamloze vennootschap (1971)
7. W.C.L. van der Grinten, W. Westbroek, J.M.M. Maeijer en P. Sanders, Het nieuwe vennootschapsrecht (1972)
8. A.M. Brenninkmeijer, Stemovereenkomsten van aandeelhouders (1973)
9. W.C.L. van der Grinten, J.M.M. Maeijer, S.J.H. Huijben en A.G. Lubbers, De nieuwe structuur van de grote NV en BV (1973)
10. C.Æ. Uniken Venema, Misbruik van voorwetenschap (1974)
11. A. Plate, Niet volgestorte aandelen (1974)
12. P.W.H.M. Francissen en J.M. Jansen, Statuten van de grote NV en BV (1975)
13. J.M.M. Maeijer, W. Albeda, W.C.L. van der Grinten en H.W. Lambers, Problemen bij fusie van NV en BV (1975)
14. M.J.G.C. Raaijmakers, Joint ventures (1976)
15. P.W.H.M. Francissen en P.F.M. van Lierop, De ondernemingsraad (1977)
16. J.M.M. Maeijer en J. Ronse, De vertegenwoordiging van rechtspersonen naar Nederlands en Belgisch recht (1978)
17. T.J. van der Ploeg, Het Burgerlijk Recht en de vrijwillige organisaties. Beschouwingen n.a.v. de regeling van de vereniging en de stichting in Boek 2 BW (1978)
18. J.M.M. Maeijer, W. Westbroek, W.C.L. van der Grinten en Y. Scholten, Het vennootschapsrecht en de Tweede EEG-Richtlijn (1979)
19. H.J.M.N. Honée, De benoeming van commissarissen bij grote vennootschappen (1979)
20. J.W. Schoonderbeek, W. van Bruinessen, J.M.M. Maeijer, W.C.L. van der Grinten en W.J.M. Gitmans, De jaarrekening en de Vierde EEG-Richtlijn (1981)
21. H.J.M.N. Honée, Concernrecht en medezeggenschapsregelingen (1981)
22. J.M.M. Maeijer, W.C.L. van der Grinten, H.J.M.N. Honée, A.G. van Solinge en G.M.J. Ackermans, Ondernemingsraad en Vennootschap (1982)
23. P. Vlas, Rechtspersonen in het internationaal privaatrecht (1982)
24. F.K. Buijn, De oprichting van de NV en de BV (1984)
25. M. Lutter, W. Westbroek, H.J.M.N. Honée, J.M.M. Maeijer en G.M.J. Ackermans, De besloten vennootschap (1985)
26. H.J.M.N. Honée, Contacten tussen commissarissen en ondernemingsraad (1986)
27. C.A. Schwarz, Blokkering van aandelen (1986)
28. J. Lievens, H.J.M.N. Honée, W.C.L. van der Grinten, J.M.M. Maeijer, P. van Schilfgaarde, H. Langman, J. Bloemarts, G. Noordraven en M.J. Zeldenrust-Visch, Financiële kruisverbanden en andere aspecten van concernfinanciering (1987)
29. Th.C.M. Hendriks-Jansen, Vermogensbescherming en persoonlijke aansprakelijkheid bij de besloten vennootschap (1988)

30. Misbruik van voorwetenschap. Uitgave op initiatief van Actioma, Juridisch Faculteitsblad Katholieke Universiteit Nijmegen, ter gelegenheid van zijn 10-jarig bestaan (1989)
31. P.J. Dortmond, Enige beschouwingen rondom aandelen (1989)
32. R.P. Voogd, Statutaire beschermingsmiddelen bij beursvennootschappen (1989)
33. M.P. van Achterberg, De juridische definitie van het economische verschijnsel concern (1989)
34. K. Geens, W.C.L. van der Grinten, R.P. Voogd, A.G. van Solinge, H.J.M.N. Honée, P.J. Dortmond, J.H.V. Stuyck en J.A.W. Schreurs, Beschermingsconstructies (1990)
35. F.J.P. van den Ingh, Certificering en certificaat van aandeel bij de besloten vennootschap (1991)
36. G. Noordraven, De regeling van de Überschuldung (1991)
37. J.M.M. Maeijer, H. Beckman, S.C.J.J. Kortmann, F.H.A. Arisz en M.E. Engelaar, Aansprakelijkheid en draagplicht van bestuurders, commissarissen en accountants; verzekeringsaspecten (1991)
38. A. Voûte, Aandelen voor werknemers (1991)
39. H.J.M.N. Honée, P.J. Dortmond, H.J. de Bijll Nachenius, H.O.C.R. Ruding, M.W. den Boogert, C.W.A. Timmermans, H.M.N. Schonis, M.E. Engelaar en J.A.W. Schreurs, Grensoverschrijdende samenwerking van ondernemingen (1992)
40. D.R. Doorenbos, Financieel strafrecht (1992)
41. B.C.M. Waaijer, Statuten en statutenwijziging (1993)
42. L.G.H.J. Houwen, A.P. Schoonbrood-Wessels en J.A.W. Schreurs, Aansprakelijkheid in concernverhoudingen (1993)
43. F.J.P. van den Ingh, S.C.J.J. Kortmann, M.J.M. Buiting, N.E.D. Faber, R.W.Th. Norbruis en J.W. van der Staay, Converteerbare obligaties en aandelen (1993)
44. G. van Solinge, Grensoverschrijdende juridische fusie (1994)
45. R.J.C. van Helden, O.L.O. de Witt Wijnen, A.G. van Solinge, P.J. Dortmond, J.M.M. Maeijer, H.J.M.N. Honée, E. Boswinkel en J. Roest, Problemen rondom de algemene vergadering (1994)
46. M.E. Schreurs-Engelaar, Organen van de coöperatie (1995)
47. J.M.M. Maeijer, H.M.N. Schonis, A.H.M. Daniels en P.H.J. Essers, Fiscale en civielrechtelijke aspecten van de commanditaire vennootschap (1996)
48. J. Roest, Medezeggenschap van werknemers bij financieel-economische besluiten (1996)
49. J.J.A. Hamers, Verpanding van aandelen en de beslotenheid van kapitaalvennootschappen (1996)
50. J.R. Schaafsma, S. Perrick, D.H. Cross, L. Timmerman, F.G.B. Graaf, J.M.M. Maeijer, H.M.L. Dings en J. Roest, Ontwikkelingen in het effectenverkeersrecht (1996)
51. W.C.L. van der Grinten, S.C.J.J. Kortmann en S. Perrick, Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 1994, Civielrechtelijke gevolgen van handelen in strijd met effectenregelgeving (1996)
52. C.M. Grundmann-van de Krol en F.J.P. van den Ingh, Parlementaire Geschiedenis van de Wet toezicht effectenverkeer 1995 (1996)
53. M.A. Blom, Prospectusaansprakelijkheid van de lead manager (1996)
54. J.W. Bellingwout, Zetelverplaatsing van rechtspersonen (1996)
55. W.A.K. Rank, E.M. van Ardenne-Stachiw en Ch.W. le Rûtte, Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 1996, Bewaring en eigendom van effecten (1997)
56. Y.L.L.A.M. Delfos-Roy, Informatieverstrekking en informatievergaring in het kader van de toezichthoudende en raadgevende taak van de Raad van Commissarissen (1997)
57. F.J.P. van den Ingh, C.A. Schwarz, H.J.M.N. Honée, P. van Schilfgaarde, M.M. Mendel, M.J.G.C. Raaijmakers, T.J. van der Ploeg, A.L. Mohr, W. van Gerven, K. Geens en J.M.M. Maeijer, Maeijers belangstellingen (1997)

58. R.I.V.F. Bertrams e.a., Lustrumbundel Vereniging voor Effectenrecht 1997, De opkomst van een rechtsgebied (1997)
59. F.J.P. van den Ingh, G. van Solinge en J.M.M. Maeijer, Drie Nijmeegse redes, Beschouwingen over financiering, enquêterecht en privatisering (1998)
60. H.M.L. Dings, De commissie van aandeelhouders bij structuurvennootschappen (1998)
61. H.G. van Everdingen, C.M. Grundmann-van de Krol, H.J. Sachse, Preadviezen voor de Vereniging voor Effectenrecht 1999, Aspecten van toezicht, Beschouwingen over het toezicht op de financiële sector (1999)
62. A.F.J.A. Leijten, L. Timmerman, J.H.M. Willems, R.A.A. Duk, G. van Solinge, P.J. Dortmond en O.L.O. de Witt Wijnen, Conflicten rondom de rechtspersoon (2000)
63. N.V. Ponsen en P. Klemann, Preadviezen voor de Vereniging voor Effectenrecht 2000, Beleggingsinstellingen nader belicht (2000)
64. M. van Olffen, Beschermingsmaatregelen in de 21e eeuw (2000)
65. D.R. Doorenbos, N.S.J. Koeman, A.W.H. Docters van Leeuwen, A.J. Macro, H.J. Sachse, C. Maas en D.J.R. Lemstra, Voorkennis, toezicht en boetes in nieuwe financiële wetgeving (2000)
66. E.F. Feitsma, V.N.G. van Leeuwen, L.A.G. Moelker en W. de Jongm Preadviezen voor de Vereniging voor Effectenrecht 2001, Effectenverkeer via internet. Een tussenstand vanuit effectenrechtelijk perspectief (2001)
67. Verspreide Geschriften van E.J.J. van der Heijden. Verzameld door C.J.H. Jansen en G. van Solinge (2001)
68. G. van Solinge en M. Holtzer (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2001-2002 (2002)
69. L. Timmerman. F.J.P. van den Ingh, S.M. Bartman, L.G. Verburg, M.L. Lennarts, M.J.A. van Mourik, D.R. Doorenbos en M. van Olffen, Concernverhoudingen (2002)
70. B.M. van Beek en D. van Bruggen, Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2002, De afwikkeling van grensoverschrijdende effectentransacties (2002)
71. Lustrumbundel Vereniging voor Effectenrecht 2002, Een bewezen bestaansrecht (2002)
72. G. van Solinge en M. Holtzer (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2002-2003 (2003)
73. M.S. Koppert-van Beek, Handelen namens een op te richten vennootschap (2003)
74. G. van Solinge, P.J. Dortmond, J.M.M. Maeijer, J.A.M. ten Berg, M. van Olffen, M.J.A. van Mourik, A.L. Mohr en H.M.N. Schonis, Personenvennootschappen (2003)
75. G. van Solinge en M. Holtzer (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2003-2004 (2004)
76. L. Timmerman, G. van Solinge, P.A.M. Witteveen, L.C.J. Sprengers, G.N.H. Kemperink, D.C. Buijs, R.M. Beltzer, F.B.J. Grapperhaus, I.P. Asscher-Vonk en R.A.A. Duk, De werknemer in het ondernemingsrecht (2004)
77. Verspreide Geschriften van W.C.L. van der Grinten. Verzameld en ingeleid door C.J.H. Jansen, S.C.J.J. Kortmann en G. van Solinge (2004)
78. J.M. Blanco Fernández, M. Holtzer en G. van Solinge, Richtlijnen voor de onderzoeker in enquêteprocedures (2004)
79. J.J. Prinsen, Converteerbare obligaties (2004)
80. M.P. Nieuwe Weme, Het verplicht bod op effecten (2004)
81. J.M. van Dijk en H.V. Oppelaar, Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2004. Voorstel van Wet op het financieel toezicht (2004)
82. G. van Solinge, M. Holtzer en A.F.J.A. Leijten (red.) Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2004-2005 (2005)

83. G.J.C. Rensen, Extra-verplichtingen van leden en aandeelhouders (2005)
84. E.C. Bos, Vruchtgebruik op aandelen (2005)
85. F.J.P. van den Ingh en R.G.J. Nowak, Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht, deel I. De pre-parlementaire geschiedenis (2006)
86. R.G.J. Nowak en A.M. Mennens, Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht, deel II. De parlementaire geschiedenis (2012)
87. M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2005-2006 (2006)
88. G. van Solinge, H. Beckman, F.J.P. van den Ingh, H.J. de Kluiver, R.J. Abendroth, H.M.N. Schonis, M. van Olffen, V.P.G. de Serière en R.J.M. Dassen, De financiering van de onderneming (2006)
89. H. ten Voorde, Deponering, publicatie en verzet (2006)
90. F.M.A. 't Hart en C.E. du Perron, Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2006, De geïnformeerde consument (2006)
91. B.J. de Jong en M.P. Nieuwe Weme, Publicatie van de jaarrekening (2006)
92. P.J. van der Korst, Bedrijfsgeheimen en transparantieplichten (2007)
93. M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2006-2007 (2007)
94. J.M. Blanco Fernández en M. van Olffen, Rechtsvorm en gebruik van LLP's en LLC's (2007)
95. Lustrumbundel Vereniging voor Effectenrecht 2007, Bouwen en bezinning (2007)
96. P.J. van der Korst, M.P. Nieuwe Weme en G. van Solinge, Delegatie van emissiebevoegdheid (2008)
97. M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2007-2008 (2008)
98. J.M.M. Maeijer, H.J. De Kluiver, D.F.M.M. Zaman, J.M. Blanco Fernández, P.J. Dortmond, A.L. Mohr, J.H.M. Willems en M. van Olffen, Flexibele rechtsvormen (2008)
99. M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2008-2009 (2009)
100. Verspreide geschriften van J.M.M. Maeijer. Verzameld en ingeleid door C.D.J. Bulten, C.J.H. Jansen en G. van Solinge (2009)
101. A.H. Scheltema en M. Scheltema, Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2009, Financieel toezicht in bestuursrecht en privaatrecht (2009)
102. K.M. van Hassel en M.P. Nieuwe Weme (red.), Willems' wegen, Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H.M. Willems ter gelegenheid van zijn terugtreden als voorzitter van de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam (2010)
103. B.J. de Jong, Schade door misleiding op de effectenmarkt (2010)
104. M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2009-2010 (2010)
105. G. van Solinge, H.J. de Kluiver, M.W. Josephus Jitta, P.D. Olden, S.C.J.J. Kortmann, C.J.M. Klaassen, M.J. Kroeze, M.W. den Boogert, A.R.J. Croiset van Uchelen, P.N. Wakkie en J.H.M. Willems, Geschillen in de vennootschap (2010)
106. C.W.M. Lieverse en J.G.J. Rinkes, Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2010, Oneerlijke handelspraktijken en handhaving van consumentenbescherming in de financiële sector (2010)
107. G.T.J. Hoff, Openbaarmaking van koersgevoelige informatie (2011)
108. C.D.J. Bulten, De geschillenregeling ten gronde (2011)

109. H.J.M.M. van Boxel, Grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen naar Nederlands recht (2011)
110. M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2010-2011 (2011)
111. F.G.B. Graaf en R.A. Stegeman (red.), Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2011, Regulering van de otc-derivatenmarkten in de EU en de VS (2011)
112. M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2011-2012 (2012)
113. Lustrumbundel Vereniging voor effectenrecht 2012, Gedurfde essays over financieel toezichtrecht (2012)
114. G. van Solinge, C.D.J. Bulten, M.J. Kroeze, D.A.M.H.W. Strik, S.C.J.J. Kortmann, M. van Olffen, H.J. de Kluiver, D.F. Lunsingh Scheurleer en J.H. Lemstra, Relativering van rechtspersoonlijkheid,(2012)
115. M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2012-2013 (2013)
116. R.A. Wolf, De kapitaalverschaffer zonder stemrecht in de BV (2013)
117. J.J.M. van Mierlo, Medezeggenschap en de spanning tussen WOR en Ondernemingsrecht (2013)
118. E.P.M. Joosen en R.P. Raas, Preadvies voor de Vereniging voor Financieel Recht 2013, Vijf jaar Wet op het financieel toezicht (2013)
119. F.G. Laagland, De rol van Nederlandse werknemers(vertegenwoordigers) bij een grensoverschrijdende juridische fusie (2013)
120. J. Barneveld, Financiering en vermogensonttrekking door aandeelhouders (2014)
121. M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2013-2014 (2014)
122. E.R. Roelofs, Grensoverschrijdende juridische splitsing van kapitaalvennootschappen (2014)
123. B.J. de Jong, Modernisering van het NV-recht (2014)
124. G. van Solinge, A.J.P. Schild, H.M. Vletter-van Dort, A.F.J.A. Leijten, J.J. van Hees, M. van Olffen, P.J. van der Korst, R.J. van Galen, J.L. Burggraaf en P.N. Wakkie, Herstructurering van ondernemingen in financiële moeilijkheden (2014)
125. T. Salemink, Uitkoop van minderheidsaandeelhouders (2014)
126. G. Kastelein, Preadvies voor de Vereniging voor Financieel Recht 2014, De bankenunie en vertrouwen in een goede afwikkeling (2014)
127. M.B.F. Canisius en R.E.H. Canisius, Uitkeringen aan aandeelhouders in het nieuwe BV-recht (2015)
128. M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2014-2015 (2015)
129. B. Kemp, Aandeelhoudersverantwoordelijkheid: De positie en rol van de aandeelhouder en aandeelhoudersvergadering (2015)
130. D. Busch, Preadvies voor de Vereniging voor Financieel Recht 2015, MiFID II/MiFIR: nieuwe regels voor beleggingsondernemingen en financiële markten, (2015)
131. S. Renssen, De turboliquidatie van de Besloten Vennootschap (2016)
132-1 B. Bier, M. van Olffen en B. Snijder-Kuipers (red.), Handboek notarieel ondernemingsrecht, B.V. en N.V.(2016)
132-2 G.J.C. Rensen en B. Snijder-Kuipers (red.), Handboek notarieel ondernemingsrecht, vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij (2019)
133. C.D.J. Bulten, A.F.J.A. Leijten, J. Fleming en L.H.M.A.A. Hennekens (red.), Marius geannoteerd, Opstellen aangeboden aan mr. M.W. Josephus Jitta (2016)

134. M. Holtzer, D.A.M.H.W. Strik en D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2015-2016 (2016)
135. G. van Solinge, S. Smit, R.P.C.W.M. Brandsma, C.J.C. de Brauw, Ch.E. Honée, J.A. van Manen, J.M. van Slooten, P.M. Veder, H.-J. de Kluiver, C.W.M. Lieverse, M. van Olffen en P.N. Wakkie, Nederland, het *Delaware* van Europa? (2016)
136. J.H.L. Beckers, De acting in concert-regeling inzake het verplicht bod op effecten (2016)
137. M. van Olffen, W.J.M. van Veen, H.-J. de Kluiver, I.S. Wuisman, B.F. Assink, S. Perrick, S. Stevens, H.E. Boschma en J.B. Huizink, Modernisering personenvennootschappen (2016)
138. F.G.H. Kristen, H.-J. de Kluiver en N. Lemmers, Preadviezen voor de Vereniging voor Financieel Recht 2017, Market Abuse Regulation: van Europese kaders naar uitleg en toepassing in Nederland (2017)
139. S.E. van der Waals, De optimale rechtsvorm voor de samenwerking in het beroep. Confectie of maatpak? (2017)
140. G. van Solinge, J. van Bekkum, N. Kreileman en B. Schuijling (red.), Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied (2017)
141. Y. Borrius, M. Holtzer, D.J Oranje en I.S. Wuisman (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2016-2017 (2017)
142. C.D.J. Bulten, B.J. de Jong, E.J. Breukink en A. Jettinghoff, Vitale vennootschappen in veilige handen. Een wetenschappelijk onderzoek in opdracht van het WODC naar de wijze waarop (buitenlands) aandeelhouderschap gevolgen kan hebben voor de nationale veiligheid (2017)
143. C.J.C. de Brauw, Overnames van beursvennootschappen. Beschouwingen over de vennootschapsrechtelijke, financieeltoezichtrechtelijke, contractuele en praktische aspecten van beursovernames (2017)
144. G.P. Oosterhoff, Belang zonder aandeel en aandeel zonder belang (2017)
145. R.M. Hermans, Het onderzoek in de enquêteprocedure (2017)
146. Lustrumbundel Vereniging voor Financieel Recht 2017, Een kapitaalmarktunie voor Europa (2017)
147. R.A.F. Timmermans, Bescherming van beursvennootschappen door uitgifte van preferente aandelen (2018)
148. G. van Solinge, L. Timmerman, C.J.H. Jansen, J.B.S. Hijink, B.J. de Jong, M. Meinema, C.D.J. Bulten, K. Geens en M. Wyckaert, 50 jaar Van der Heijden Instituut 1966-2016 (2017)
149. P.H.N. Quist, Conversie en aandelen (2018)
150. C.D.J. Bulten, M.P. Nieuwe Weme en N.S.G.J. Vermunt (red.), Vertrouwen in het ondernemingsrecht en het financiële recht. Liber amicorum voor prof. mr. S.C.J.J. Kortmann (2017)
151. G. van Solinge, B. van der Veer, H.H. Kersten, F.J.G.M. Cremers, E. Schmieman, F.G. Laagland, S.H.M.A. Dumoulin, J.B.S. Hijink, D.J.F.F.M. Duynstee, M. van Olffen, G.T.M.J. Raaijmakers, C.D.J. Bulten en B.J. de Jong, Toezicht (2018)
152. Y. Borrius,. I.S. Wuisman, A.R.J. Croiset van Uchelen, B. Bier, A.J. Wolfs en E.C.H.J. Lokin (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2017-2018 (2018)
153. K. Spruitenburg, De enquêtegerechtigden bij de NV en de BV. Een onderzoek naar de toegang tot het enquêterecht bij de NV en de BV (2018)
154. J.B.S. Hijink, L. in 't Veld, J.F. Garvelink, C.J.A. van Geffen, S.A.G. Hoogeveen en P.M. van der Zanden (red.), Vereniging Jaarrekeningenrecht. Bundel 2016-2018 – Doorwerking van formele aspecten van het jaarrekeningenrecht in het ondernemingsrecht (2018)
155. S.M.C. Nuijten en R. Stijnen, Preadvies voor de Vereniging voor Financieel Recht 2018, Rechterlijke toetsing van besluiten en handelingen van de AFM en DNB: trends en analyses (2018)
156. C.H.A. van Oostrum, Regres bij concernfinanciering (2019)

157. Y. Borrius, I.S. Wuisman, A.R.J. Croiset van Uchelen, B. Bier, A.J. Wolfs en E.C.H.J. Lokin (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2018-2019 (2019)
158. R.P. Jager, De concern(genoten)enquête. Naar huidig en wenselijk recht (2019)
159. B. Snijder-Kuipers, Preadvies voor de Vereniging voor Financieel Recht 2019, The UBO in Europe. Definition and registration in European countries (2019)
160. C.F. Perquin-Deelen, Biases in de boardroom en de raadkamer. Een juridische en filosofische analyse van de bestuurlijke taakuitoefening en rechterlijke beoordeling, mede aan de hand van een empirische studie (2019)
161. C.D.J. Bulten, C.F. Perquin-Deelen, M.H.C. Sinninghe Damsté en K.J. Bakker (red.), Diversiteit. Een multidisciplinaire terreinverkenning (2020)
162. K.A.M. van Vught, Het besluit van de rechtspersoon (2020)
163. S.C.E.F. Moulen Janssen, De positie van aandeelhouders bij preventieve herstructureringen. In het bijzonder onder de Wet homologatie onderhands akkoord (2020)
164. J.B.S. Hijink, M.P. Nieuwe Weme, G.P. Oosterhoff en L. in 't Veld (red.), Handboek Jaarrekeningenrecht (2020)
165. Y. Borrius, J. van Bekkum, A.R.J. Croiset van Uchelen, B. Bier, J.M. de Jongh en E.C.H.J. Lokin (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2019-2020 (2020)
166. C.D.J. Bulten , G. van Solinge, P.F.M. van der Meer Mohr, S.H.M.A. Dumoulin, Jaap van Slooten, R. ten Bos, T. Stevens, T. Salemink, J.B.S. Hijink, M. de Gaay Fortman, M. van Olffen en L. Timmerman, Corporate governance en de rol van het vennootschappelijk belang (2020)
167. S. Perrick, Aandelen in de BV in het vermogensrecht (2020)
168. N. Kreileman, De niet-uitvoerende bestuurder in een one tier board. Een juridisch-dogmatisch onderzoek naar de niet-uitvoerende bestuurder bij kapitaalvennootschappen (2020)
169. E.J. van Praag, Preadvies voor de Vereniging voor Financieel Recht 2020, PSD2: naar open banking en bankieren in een ecosysteem (2020)
170. J.E. van Nuland, Beleidsbepaling en aansprakelijkheid. Een drieluik over de feitelijke beheersing van vennootschappen (2021)
171. J. van der Kraan, *Toepassing en rechtskarakter van de groepsvrijstelling van artikel 2:403 BW (2021)*
172. Y. Borrius, J. van Bekkum, A.R.J. Croiset van Uchelen, B. Bier, J.M. de Jongh en E.C.H.J. Lokin (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2020-2021 (2021)
173. D. Hellegers, M. Nelemans, P.J. van den Bos, G. Gladdines, R. Kleverlaan, P. Rank, C. McPherson, Preadvies voor de Vereniging voor Financieel Recht 2021, Alternatieve geschilbeslechting in de financiële sector (2021)
174. K. Frielink, De quasi-bestuurder in het rechtspersonenrecht. Over rechtsbeginselen, aansprakelijkheid en verplichtingen (2022)

Het Van der Heijden Instituut werd in 1966 door prof. mr. W.C.L. van der Grinten en prof. mr. J.M.M. Maeijer opgericht als studiecentrum voor rechtspersonen- en vennootschapsrecht. Het heeft ten doel om, in de lijn van een indertijd te Nijmegen door prof. mr. E.J.J. van der Heijden gevestigde traditie, op alle mogelijke wijzen bij te dragen tot de ontwikkeling en verdieping van deze onderdelen van het privaatrecht. Het Van der Heijden Instituut is onderdeel van het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Radboud Universiteit Nijmegen. Het OO&R is een samenwerkingsverband van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Radboud Universiteit te Nijmegen en AEGON, Akzo Nobel, Allen & Overy, APG Asset Management, De Brauw Blackstone Westbroek, Clifford Chance, Eumedion, Freshfields Bruckhaus Deringer, Houthoff, ING Bank, Loyens & Loeff, NautaDutilh, De Nederlandsche Bank, Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn, Philips, Rabobank en Stibbe.
In de Serie vanwege het Van der Heijden Instituut verschijnen monografieën, proefschriften, congresbundels en uitkomsten van onderzoek naar de werking van regelgeving op het aangegeven onderzoeksterrein.
Tevens verschijnen in deze Serie publicaties van de Vereniging voor Financieel Recht, de Vereniging Jaarrekeningenrecht en Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation.
De wetenschappelijke leiding van het Van der Heijden Instituut en de redactie van de Serie zijn in handen van prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. M. van Olffen, prof. mr. M.P. Nieuwe Weme, prof. mr. C.D.J. Bulten en prof. mr. J.B.S. Hijink.

www.wolterskluwer.nl

9 789013 166545

Wolters Kluwer