

# Koester de maatstaf “ernstig verwijt”: beter hebben we niet

## Een reactie op de voordracht van Winand Westenbroek tijdens het Ondernemingsrecht diner 2015

### Ondernemingsrecht 2015/70

Metaalmoetheid is de naam voor het verschijnsel dat een metalen constructie – een civiel kunstwerk – na langdurige belasting juist onder het “breekpunt”, uiteindelijk bezwijkt. Metaalmoetheid is geen gegeven. Goed geconstrueerde kunstwerken lijden niet aan metaalmoetheid, althans zien hun beoogde levensduur er niet door beperkt. De verwachting is dat de op 31 maart 1889 ingehuldigde Eiffeltoren nog zeker enkele eeuwen mee kan gaan. Het criterium “ernstig verwijt” is ook een goed geconstrueerd kunstwerk. Het kan nog lang mee en verdient te worden gekoesterd.

Ik ben het met Winand Westenbroek dus grondig oneens. Ik was het oneens met de inhoud van zijn voordracht tijdens het Ondernemingsrecht diner en ik ben het nog steeds oneens, nu ik het artikel lees waarop de voordracht was gebaseerd. Dat artikel kende ik niet toen ik mijn reactie gaf. Dat verklaart ook waarom mijn drie voetnoten wellicht wat schrill afsteken tegen de 76 voetnoten van Westenbroek.

Ik vind niet dat het loslaten van de “ernstig verwijtmaatstaf” geboden is wegens “metaalmoetheid”. Er zijn geen systematische redenen voor en ook geen praktische redenen. Ik houd het graag bij het oude. Misschien ben ik wel een “behoudende ouwe zak”, misschien ook is de huidige maatstaf gewoon veel beter dan de benadering van Westenbroek. Als mijn dochter van 11 vraagt wat ik van Katy Perry vind, denk ik ook dat ik op goede gronden zeg dat ik daar niet zo veel aan vind en dan “stream” ik tevreden *Waltz for Debby* van Bill Evans uit 1961.

De keerzijde is dat ik u weinig nieuws te bieden heb. Het is nu de tweede keer dat ik gevraagd ben om bij gelegenheid van het Ondernemingsrecht diner te praten over die “Spaanse Villa”. Ik deed dat twee jaar geleden ook al. Wat ik ga vertellen is een beetje “externe aansprakelijkheid, uitgelegd voor gewone bestuurders”, zoals Schild en Timmerman eerder art. 2:9 BW hebben uitgelegd.<sup>2</sup> Wat mij betreft zit het zo:

We accepteren rechtspersoonlijkheid, om economische redenen. Rechtspersoonlijkheid stimuleert ondernemerschap, doordat rechtspersoonlijkheid de risico's van ondernemerschap beperkt. De rechtspersoon is immers zelfstandig drager van rechten en verplichtingen. Tot verhaal dient

uitsluitend het vermogen van de rechtspersoon. Aandeelhouders dragen niet bij boven het bedrag van hun storting. Bestuurders dragen helemaal niet bij. Dat is de normalsituatie: beperkte aansprakelijkheid.

Het is dan ook logisch dat als de rechtspersoon niet nakomt en tot schadevergoeding wordt aangesproken, dat hij die schade betaalt. Dat geldt ook voor schade die het gevolg is van een onrechtmatige daad van de rechtspersoon.

Natuurlijk is de rechtspersoon een fictie en handelt hij door zijn functionarissen. Die functionarissen moeten niet over één kam geschoren worden. De wet kent verschillende manieren om de fictie van rechtspersoonlijkheid en de realiteit van de gedragingen van zijn functionarissen met elkaar te verbinden.

Een *werknemer* die een grondverzetmachine bedient, wordt in de uitoefening van zijn beroep in een positie gebracht, waarin hij grote schade kan aanrichten: hij kan zomaar een stroomkabel op de Amsterdamse Zuidas kapot trekken. Dat is natuurlijk heel erg, want daar zitten hele belangrijke advocatenkantoren.

Maakt die werknemer een fout, dan is hij schadelijkt. Het is echter tegenover die werknemer niet billijk om hem die grote schade te laten dragen en het is tegenover de schuldeisers – de Zuidaskantoren – niet billijk om hun verhaalsmogelijkheden tot die werknemer te beperken. Daarom is er art. 6:170 BW, dat risicoaansprakelijkheid vestigt voor de werkgever voor fouten van een ondergeschikte. De rechtspersoon-werkgever kan geen verhaal nemen op de werknemer, tenzij sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid.

De fouten van de werknemer liggen primair in de sfeer van zijn beroep. Voor de werknemer is de rechtspersoon vooral een organisatorisch verband. Hij kan zijn grondverzetmachine bedienen in elk organisatorisch verband (als zzp'er of in een VOF bijvoorbeeld) en de aard van de fouten en de risico's dat die zich verwezenlijken veranderen daardoor niet.

Voor een bestuurder ligt dit anders. Hij moet ondernemen en daartoe de bedrijfsmiddelen van de rechtspersoon risicovol inzetten. Hij is dus niet werkelijk een ondergeschikte. Hij bepaalt de koers van de rechtspersoon. Hij verricht daartoe handelingen, soms als lid van het bestuur, bij de besluitvorming, en soms individueel, bijvoorbeeld bij vertegenwoordigingshandelingen.

<sup>1</sup> Mr. P.D. Olden is advocaat te Amsterdam.

<sup>2</sup> A.J.P. Schild en L. Timmerman, 'Het nieuwe art. 2:9 BW, uitgelegd voor gewone bestuurders', *WPNR* 2014, 7011.

De fouten van de bestuurder liggen hierdoor in de sfeer van de rechtspersoon en zijn onderneming. Hij kan de functie van bestuurder niet uitoefenen zonder de rechtspersoon.

Deze analyse leidt ertoe dat onrechtmatige gedragingen van de bestuurder primair fouten zijn van de rechtspersoon. Die gedragingen worden aan de rechtspersoon toegerekend. Dat is dus anders bij werknemers. Hun fouten zijn primair eigen fouten en omdat de kans erop is vergroot door hun werkzaamheid voor de rechtspersoon, maken we die rechtspersoon met een wettelijke bepaling ook aansprakelijk voor de fouten van die werknemers.

Als onrechtmatige gedragingen van bestuurders primair fouten zijn van de rechtspersoon, is het ook logisch dat de rechtspersoon primair aansprakelijk is. Dat is de hoofdregel.

De uitzondering op deze hoofdregel noemen we bestuurdersaansprakelijkheid. Het is een secundaire aansprakelijkheid, naast die van de rechtspersoon. Die uitzondering is gereserveerd voor bestuurdersgedragingen die, in aanmerking genomen alle omstandigheden van het geval, ook tot aansprakelijkheid van bestuurders leiden, naast de aansprakelijkheid van de rechtspersoon. Dat is cruciaal: die aansprakelijkheid is uitzonderlijk en secundair.

Dat op hoofdregels uitzonderingen mogelijk zijn, is in ons recht gemeengoed geworden. De Hoge Raad heeft dat in een arrest van 29 mei 2015 nog erkend, toen hij “omging” en terugkwam van het Walvius-arrest<sup>3</sup>. In dat Walvius-arrest was uitgemaakt dat het beheersverbod van de commanditaire vennoot van artikel 20 lid 2 WvK absoluut was. Dat is het nu niet meer.

Er was in die zaak cassatie ingesteld in het belang der wet. “Ik ben geen voorstander van strengheid, als daarvoor geen goede inhoudelijke motieven zijn”, schreef Vio Timmerman in zijn voordracht tot cassatie en daar ben ik het mee eens.

Het tegenovergestelde is echter ook waar: ik ben geen voorstander van *coulance* als daarvoor geen goede inhoudelijke argumenten zijn. Ik doel met “coulance” op het schild van de rechtspersoonlijkheid, dat de bestuurder normaalgesproken beschermt. Bij het afwijken van een hoofdregel van *coulance* is rechtszekerheid wel belangrijker dan bij het afwijken van een hoofdregel van strengheid: de bestuurder moet niet te gemakkelijk aansprakelijk zijn, want daar houdt hij bij het nemen van normale ondernemingsrisico's geen rekening mee en dat hoeft hij ook niet te doen.

Om dat uitzonderlijke en secundaire karakter van bestuurdersaansprakelijkheid tot uitdrukking te brengen, is de “ernstig verwijt”-maatstaf ontstaan. Wat de rechter op grond van de “ernstig verwijt”-maatstaf in mijn ogen moet doen, is vaststellen of de rechtspersoon op de gestelde grondslag aansprakelijk is (en dat kan wanprestatie zijn, de “gewone

onrechtmatige daad” of een andere grondslag) en dan, als de rechtspersoon aansprakelijk is, in een tweede ronde vaststellen of de gedragingen van de betrokken bestuurder in diens hoedanigheid zo ernstig zijn dat die bestuurder naast de vennootschap ook aansprakelijk is. Die eerste stap moet de rechter niet overslaan, omdat zij dwingt tot nadenken over de “grens” waar de bestuurdersaansprakelijkheid in-treedt. Het is dus een systematisch toetsingsmodel.

De tweede stap kan voor elke bestuurder anders uitvallen. Stel dat Onderhoudsbedrijf Jansen BV verf bestelt in de hoop dat zij de lopende opdrachten dan kan afmaken en voldoende winst behaalt om de verf ook te betalen. Stel verder dat dat niet lukt: de rechtspersoon kan zijn contractuele verplichtingen niet nakomen en is aansprakelijk. Beide bestuurders kennen de precaire financiële situatie. De ene bestuurder heeft de order voor verf geplaatst, de ander wist dat niet. Treft elk van deze bestuurders een ernstig verwijt?

Het gaat dus niet alleen om de “hoge lat”, maar ook om de volgorde waarin de toetsing plaatsvindt. Het resultaat is een werkwijze die recht doet aan het secundaire en uitzonderlijke karakter van bestuurdersaansprakelijkheid.

Dat maakt nog niet dat bestuurdersaansprakelijkheid niet is gebaseerd op de onrechtmatige daad van artikel 6:162 BW of dat het “wezen” van die bepaling wordt miskend. Natuurlijk is externe aansprakelijkheid van bestuurders op onrechtmatige daad gegrond.

Er zijn meer situaties waarin de lat hoger ligt, waardoor betrokkenen een zekere luwte wordt gegund; een aansprakelijkheidsvrije ruimte, waarbinnen aansprakelijkheid de uitzondering is. Denk aan sport- en spelsituaties: wie op straat iemand raakt met een stuk hout met een krul is eerder aansprakelijk dan een ander die op het hockeyveld iemand raakt met een stuk hout met een krul. Voor acties rond afgebroken onderhandelingen, die ook op een “gewone onrechtmatige daad” zijn gebaseerd, geldt een “strengere en tot terughoudendheid nopende maatstaf”. De “ernstig verwijt”-maatstaf heeft een vergelijkbare functie: die maatstaf herinnert de rechter aan het feit dat bestuurdersaansprakelijkheid uitzonderlijk moet blijven.

Is de maatstaf “ernstig verwijt” voldoende duidelijk en in de praktijk hanteerbaar? Ja en nee. Als elke open norm zal zij door rechtspraak moeten worden ingekleurd. Dat gebeurt ook. Die rechtspraak laat een veel genuanceerder beeld zien dan Westenbroek in aanmerking neemt. Denk bijvoorbeeld aan het lastige dilemma van de bestuurder van Greenfish<sup>4</sup> die mosselen bleef bestellen, terwijl het met zijn onderneming steeds slechter ging. Een Beklamel-geval dus, in een moeilijke financiële situatie. De bestuurder ontmoette in twee instanties *coulance*.

<sup>3</sup> HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1413.

<sup>4</sup> Hof 's-Hertogenbosch 10 september 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:4181.

De Westenbroek-maatstaf “Je mag niet misleiden” had deze bestuurder echt niet meer “guidance” gegeven dan de huidige Beklamel-maatstaf. “Hard and fast-rules” zijn niet mogelijk, omdat de taak van de bestuurder complex is. Kortom: er zijn geen systematische en geen praktische redenen om de “ernstig verwijt”-maatstaf los te laten.

Ik wil tot slot over de Spaanse Villa nog wel iets anders kwijt. Ik was bezorgd over de betrekkelijk willekeurige twee-wegenleer die de Hoge Raad door dat arrest mogelijk leek te maken. Hezemans Air heeft die zorg niet helemaal weggenomen.

Er is een wat obscure art. 81 RO uitspraak van maart 2015<sup>5</sup> die bij mijn weten niet is geannoteerd. Het is de Spaanse Villa *revisited*, maar de casus ligt scherper. Het arrest dateert van na Hezemans Air.

Een BV bood percelen bosgrond te koop aan met vermelding dat die kavels bebouwd zouden kunnen worden. De natuurbestemming van die kavels stond daaraan in de weg en dat was de kopers niet verteld. Benadeelde kopers spraken de BV aan en haar twee bestuurders. Zij stelden dat de BV en de twee bestuurders onrechtmatig hadden gehandeld. Het hof vat de stellingen van de benadeelde kopers zo samen:

“Geïntimeerden verwijten [de BV] – en ook [de bestuurders] namens [de BV] – dat geïntimeerden door het onthouden van wezenlijke informatie en dus door toedoen van [de BV] en [de bestuurders] de kans op een bestemmingswijziging in de toekomst niet op juiste wijze konden beoordelen.”

Anders dan bij Spaanse Villa was er een koopovereenkomst tussen de BV en de benadeelde kopers tot stand gebracht. Bij Spaanse Villa ontbrak die contractuele band. De bestuurders van de BV zijn uiteraard instrumenteel geweest bij het sluiten van die koop. Ik neem aan dat ze de BV hebben vertegenwoordigd. Het hof legt echter niet zichtbaar de maatstaf aan van het “ernstig verwijt”, maar oordeelt wel dat de BV en de bestuurders onrechtmatig hebben gehandeld.

De A-G, M.H. Wissink, leest het arrest zo, dat het hof niet het oog heeft gehad op bestuurdersaansprakelijkheid. De A-G schrijft:

“Gegeven de vaststelling dat [de bestuurders] betrokken waren bij zowel de bezichtigingen als de verkoopgesprekken, doelt het hof (...) kennelijk op de persoonlijke contacten die [de bestuurders] feitelijk namens [de BV] met geïntimeerden onderhielden.”

Het hof zou dus feitelijke gedragingen van bestuurders namens de BV hebben beoordeeld en kennelijk zijn dat niet bestuurdersgedragingen. Dat vond ik in Spaanse Villa niet de juiste weg, maar hier al helemaal niet, nu de BV een koop-

overeenkomst aanging. Om de een of andere reden concentreert het hof zich op “betrokkenheid bij bezichtigingen en verkoopgesprekken” die aan de vertegenwoordigingshandeling zullen zijn voorafgegaan en ziet die gedragingen als feitelijk en niet als bestuurlijk. Dat vind ik krom. De woorden “namens de BV” wijzen uitdrukkelijk in de richting van bestuurlijke vertegenwoordiging van de BV.

Mogelijk is het in dit arrest om cassatie-technische redenen misgegaan. De A-G schreef:

“Ik lees in het middel niet als zodanig een klacht met de strekking dat (...) het hof het handelen van [eisers] slechts zou hebben kunnen toetsen aan de strengere maatstaven die gelden voor bestuurdersaansprakelijkheid, omdat de koopovereenkomsten zijn gesloten door [de BV].”

De HR verwierpt het beroep met 81 RO.

De vraag die bij mij overblijft, is of de uitkomst anders was geweest als het middel wel had geklaagd dat in deze situatie – de BV sluit een overeenkomst, vertegenwoordigd door haar bestuurders – *uitsluitend* bestuurdersaansprakelijkheid aan de orde kan zijn en dus de “ernstig verwijt”-maatstaf moet worden aangelegd. Ik hoop dat de uitkomst inderdaad anders was geweest.

Als de rechter mag kiezen, daarin gestuurd door de stellingen van de eiser, of hij de gedragingen van een bestuurder beoordeelt als “feitelijk” of als “bestuurlijk” en de lat in het eerste geval lager ligt dan in het tweede geval, ontstaat willekeur. Dat is niet goed. Dan belanden we soms wel en soms niet in de gewone onrechtmatige daad van Westenbroek en dat is in geen geval te verkiezen.

5 HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:759.