

Enige gedachten omtrent interne bestuurdersaansprakelijkheid

Voert de Hoge Raad met zijn *enquêterechtelijke Laurus-beschikking* een koerswijziging door in het leerstuk van art. 2:9 BW?

141

Besturen en ondernemen

1. Naar Nederlands vennootschapsrecht is het bestuur van een naamloze of besloten vennootschap belast met het besturen van de vennootschap, behoudens beperkingen in de statuten. Het bestuur behoort het centrale punt in de vennootschap en de door haar gehouden onderneming(en) te zijn ten aanzien van alle beleidsvoorbereidende, beleidsvaststellende en beleidsuitvoerende aspecten.

2. Het bestuur dient leiding te geven, beslissingen te nemen, de te varen koers uit te zetten. Daartoe behoort ook het initiëren van ondernemingsbeleid – en dus het nemen van risico's – namens de vennootschap. Bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:9 BW is met name in die context een lastig en weerbarstig leerstuk. Ik signaleer hierna enkele – recente – ontwikkelingen in de wijze waarop de Hoge Raad aan art. 2:9 BW invulling heeft gegeven, sta stil bij enige knelpunten die zich daarbij voordoen en bezie ten slotte of de Hoge Raad met zijn *enquêterechtelijke Laurus-beschikking*¹ wellicht een koerswijziging doorvoert in het leerstuk van de interne bestuurdersaansprakelijkheid.

De ratio van beperkte toetsing

3. Ik begin met op te merken dat het bestuur voldoende ruimte gegeven dient te worden om ondernemingsbeleid – in het belang van de vennootschap – te initiëren, een ruimte waarbinnen de rechter het bestuur niet op de vingers kan tikken. Het interne aansprakelijkheidsregime van art. 2:9 BW dient niet té strikt te zijn, de rechter dient het bestuurlijk handelen en nalaten niet op een rigide wijze te toetsen.

4. Voor dit uitgangspunt is een aantal steekhoudende argumenten aan te dragen. Ik noem er enkele.

– Ondernemingsbeleid is doorgaans in belangrijke mate gestoeld op minder grijpbare aspecten als visie, creativiteit, ervaring, durf, intuïtie en gevoel voor de markt. Gedragingen waarvan de 'juistheid' zich op voorhand erg moeilijk objectief laat meten en verifiëren, nu dit geen sterk regelgeleide activiteiten zijn. Eén toetsbare waarheid bestaat hier doorgaans niet. Hier is sprake van keuzes waarvan moet worden afgewacht of ze goed uitpakken.

– Rechters zijn primair *juridisch* onderlegd, niet (*bedrijfs*)*economisch*. Zij toetsen vanaf de zijlijn. Deze kennisachterstand brengt mee dat de rechter niet op een verantwoorde wijze alle facetten van bestuurlijk gedrag in detail kan toetsen.

– Keuzes die slecht uitpakken zijn lang niet altijd slechte keuzes. Achteraf bezien lijken misslagen echter al snel voorzienbaar en dus vermijdbaar. De rechter weet wat er mis is gegaan, het is lastig die kennis geheel buiten beschouwing te laten bij de beoordeling van het bestuurlijk gedrag. Als verschoonbare vergissingen, de 'spaanders' die vallen waar gehakt wordt, worden gezien als 'steken' die bestuurders hebben laten vallen, bestaat de kans dat bestuurders onnodig risicomijdend gedrag gaan vertonen.

– Een vergroot risico op aansprakelijkheid in privé voor ondernemingsbeleid dat slecht uitpakt kan een belemmering vormen voor het aantrekken van bestuurders, nu de mogelijk – zeer – nadelige gevolgen van risico's die bestuurders als ondernemer geacht worden te nemen op zichzelf al snel totaal niet meer in verhouding zullen staan tot de

vruchten die bestuurders zelf van dat beleid plukken. Een dergelijk draconisch aansprakelijkheidsrisico hangt dan als een zwaard van Damocles boven het hoofd van bestuurders. Dit werkt zeer waarschijnlijk verlamdend, het maakt huiverig om te gaan ondernemen.

Het *Staleman/Van de Ven*-arrest

5. Dat bestuurdersaansprakelijkheid wegens 'onbehoorlijke taakvervulling' ex art. 2:9 BW niet al te snel moet intreden en niet moet worden gegrondvest op een starre benadering is door de Hoge Raad in 1997 erkend in zijn *Staleman e.a./Van de Ven*-arrest.² Daarin heeft de Hoge Raad geoordeeld – overigens zonder nadere motivering – dat voor aansprakelijkheid op de voet van art. 2:9 BW vereist is dat aan de bestuurder (natuurlijk persoon) een 'ernstig verwijt' kan worden gemaakt. Of in een bepaald geval plaats is voor een dergelijk 'ernstig verwijt' dient te worden beoordeeld *aan de hand van alle omstandigheden van het geval*, aldus de Hoge Raad.³ Daaronder lijkt ook te moeten worden verstaan het rekening houden met verzachtende – dus de bestuurder ontlastende – omstandigheden.

6. Hiermee is door de Hoge Raad enige richting gegeven aan de wijze waarop de rechter het bestuurlijk gedrag dient te beoordelen. Dat nu erg duidelijk is hoe de rechter het bestuurlijk gedrag – in de context van ondernemingsbeleid – precies dient te benaderen en wanneer de rechter precies mag beoordelen dat het bestuurlijk gedrag niet door de beugel kan, kan evenwel niet worden gezegd. Inhoud en strekking van de door de Hoge Raad geïntroduceerde toetsingsnorm 'ernstig verwijt' zijn weinig uitgewerkt. Wel vallen inmiddels uit de art. 2:9 BW-rechtspraak zoals die zich na het *Staleman/Van de Ven*-arrest heeft ontwikkeld enige contouren te onderscheiden, die deze toch vrij abstracte toetsingsnorm wat meer reliëf geven. Ik loop enkele van deze ontwikkelingen langs.

Het begrip 'ernstig verwijt' nader bezien

7. De vraag of 'ernstig verwijt' de toetsingsnorm is die de rechter dient te hanteren in de context van art. 2:9 BW lijkt inmiddels bevestigend te zijn beantwoord door de Hoge Raad. In 1999 overweegt het Hof 's-Gravenhage in zijn *Verto/Drenth e.a.-arrest*⁴ nog dat van 'onbehoorlijke taakvervulling' ex art. 2:9 BW – *afgezien van het niet nakomen van de in de wet voorziene taken en verplichtingen* – naar zijn oordeel slechts sprake is indien de bestuurders 'persoonlijk' een 'ernstig verwijt' te maken valt van de wijze waarop zij hun taak vervuld hebben. Hierbij lijkt het hof het toepassingsbereik van de toetsingsnorm 'ernstig verwijt' te beperken tot het gevoerde ondernemingsbeleid, en het niet voldoen aan wettelijke en/of – in lijn daarmee – statutaire bepalingen als zelfstandige grondslag voor 'onbehoorlijke taakvervulling' te beschouwen. Tegen dit arrest is geen cassatie ingesteld.

8. Uit het *Schwandt/Berghuizer Papierfabriek*-arrest⁵ van de Hoge Raad wordt echter duidelijk, dat ook als het aangevallen bestuurlijke gedrag bestaat uit schending van *statutaire* bepalingen (die de rechtspersoon beogen te beschermen), de vraag of bestuurdersaansprakelijkheid intreedt dient te worden benaderd aan de hand van de toetsingsnorm 'ernstig verwijt'. 'Ernstig verwijtbaar' gedrag is klaar-

1. HR 8 april 2005, JOR 2005/119 (*Laurus*), m.nt. Brink, r.o. 3.7-3.8.
2. HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360 (*Staleman e.a./Van de Ven*), m.nt. Maelijer, r.o. 3.3.1.
3. De Hoge Raad heeft in HR *Staleman/Van de Ven*, r.o. 3.3.1 enkele omstandigheden benoemd.
4. Hof 's-Gravenhage 6 april 1999, JOR 1999/142 (*Verto/Drenth e.a.*), m.nt. Van Solinge, r.o. 13.
5. HR 29 november 2002, NJ 2003, 455 (*Schwandt/Berghuizer Papierfabriek*), r.o. 3.4.5.

blijkelijk dus dé toetsingsnorm in de context van art. 2:9 BW, ook wanneer het gewraakte bestuurlijke gedrag bestaat uit schending van wettelijke en/of statutaire bepalingen. Ik vraag mij overigens af of deze benadering in de praktijk tot een wezenlijk andere uitkomst leidt dan het door het Hof 's-Gravenhage in zijn *Verto/Drenth*-arrest gehanteerde uitgangspunt. De centrale rol van de toetsingsnorm 'ernstig verwijt' volgt mijns inziens ook al uit het *Van Dooren q.q./Hendriks*-arrest.⁶ Daarin overweegt de Hoge Raad – kort gezegd – dat ook indien met het cassatiemiddel ervan zou moeten worden uitgegaan dat de kwestie van tegenstrijdig belang zich oplost in de vraag of sprake is van 'onbehoorlijk bestuur', het hof zich door het bestaan van een tegenstrijdig belang niet behoefde te laten weerhouden van zijn oordeel dat geen sprake is van 'ernstige verwijtbaarheid'. Ook situaties waarin een belangenconflict een rol speelt worden kennelijk door deze toetsingsnorm bestreken.

9. De vraag of de rechter inderdaad ook verzachtende omstandigheden in aanmerking dient te nemen lijkt eveneens bevestigend te zijn beantwoord door de Hoge Raad in zijn *Schwandt/Berghuizer Papierfabriek*-arrest.⁷ Na te hebben herhaald dat voor aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW is vereist dat aan de bestuurder een 'ernstig verwijt' kan worden gemaakt en dat dit dient te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval, overweegt de Hoge Raad immers dat de omstandigheid dat gehandeld is in strijd met statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen in dit verband als een zwaarwegende omstandigheid moet worden aangemerkt die in beginsel de aansprakelijkheid van de bestuurder vestigt, maar dat als de aldus aangesproken bestuurder feiten en omstandigheden heeft aangevoerd op grond waarvan zou kunnen worden aangenomen dat het gewraakte handelen in strijd met de statutaire bepalingen niet een 'ernstig verwijt' oplevert, de rechter deze feiten en omstandigheden uitdrukkelijk in zijn oordeel dient te betrekken.

10. De vraag of de Hoge Raad met de toetsingsnorm 'ernstig verwijt' primair een objectieve benadering van bestuurdersaansprakelijkheid wegens 'onbehoorlijke taakvervulling' voorstaat, lijkt inmiddels bevestigend te zijn beantwoord, al heeft de Hoge Raad dit nog niet met zoveel woorden bevestigd. In zijn *Van Dooren q.q./Hendriks*-arrest⁸ overweegt de Hoge Raad, dat het oordeel van het hof dat geen sprake is van een 'ernstig verwijt' omdat in de onderhavige omstandigheden de bestuurder niet bedacht behoefde te zijn – dus niet: niet bedacht was – op de noodzaak de handelingen te verrichten waarvan hem verweten wordt dat hij deze achterwege heeft gelaten, geen blijk geeft van een onjuiste opvatting omtrent de maatstaf 'ernstig verwijt'. In zijn *Moozen/Prickartz q.q.-arrest*⁹ maakt de Hoge Raad een onderscheid tussen enerzijds het begrip 'ernstige verwijtbaarheid' en anderzijds de begrippen 'opzet' en 'bewuste roekeloosheid': een bestuurder is alleen aansprakelijk in geval van 'ernstige verwijtbaarheid', een werknemer in beginsel slechts in geval van 'opzet' of 'bewuste roekeloosheid'. Deze begrippen dekken elkaar in de context van art. 2:9 BW kennelijk niet. In zijn enquêterechtelijke *Rodamco North America*-beschikking¹⁰ overweegt de Hoge Raad, dat in het oordeel van de Ondernemingskamer ('OK') besloten ligt dat de door haar afgekeurde handelwijze 'ernstig verwijtbaar' is en daarom de kwalificatie 'wanbeleid' ex art. 2:355 BW verdient. De OK heeft onder meer geoordeeld dat – kort gezegd – enkele leden van de raad van commissarissen zich in de gegeven omstandigheden hadden behoren te realiseren dat zij de door hen gemaakte keuze grondiger en beter gedocumenteerd hadden moeten motiveren. De Hoge Raad lijkt geen (doel)bewust tekortschieten te vereisen voor 'onbehoorlijke taakvervulling' ex art. 2:9 BW (en het begrip 'ernstig verwijt' dus ook niet in die zin te verstaan), maar veel eerder een verwijtbaar tekortschieten van voldoende ernst: se-

rieuze fouten. Van slechts een taakkundig – of: semantisch – verschil tussen de begrippen 'ernstige verwijtbaarheid' en 'bewuste roekeloosheid' zou ik niet willen spreken.

11. De vraag of de toetsingsnorm 'ernstig verwijt' inwielbaar is met een 'redelijkheidstoets' lijkt door de Hoge Raad ontkennend te zijn beantwoord. Het Hof 's-Gravenhage overweegt in zijn *Verto/Drenth*-arrest¹¹ nog dat het bij een 'ernstig verwijt' moet gaan om een ernstige tekortkoming, een situatie waarin geen redelijk oordelend en handelend bestuurder aldus had gehandeld. In zijn *Gilhuis q.q./H.-arrest*¹² in de context van art. 2:138/2:248 BW – waarin het niet gaat om 'onbehoorlijke taakvervulling', maar om 'kennelijk onbehoorlijke taakvervulling' – overweegt de Hoge Raad, dat van 'onbehoorlijk bestuur' ex art. 2:138/2:248 BW slechts kan worden gesproken als geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – aldus gehandeld zou hebben. De suggestie van Mok in zijn conclusie bij dit arrest om ook in de context van art. 2:138/2:248 BW de maatstaf 'ernstig verwijt' te hanteren – en de begrippen 'roekeloos' en 'onbezonnen' hiermee op één lijn te stellen – wordt door de Hoge Raad niet overgenomen.¹³

12. Hieruit kan wellicht al worden afgeleid dat de Hoge Raad – anders dan het Hof 's-Gravenhage – de 'redelijkheidstoets' reserveert voor art. 2:138/2:248 BW en dat in zijn visie art. 2:9 BW een ruimer aansprakelijkheids criterium kent: 'ernstig verwijt'.¹⁴ In zijn *Jaarsma/Skipper Club Charter*-arrest¹⁵ overweegt het Hof Leeuwarden, dat een op art. 2:9 BW gegronde aansprakelijkheid slechts kan worden aangenomen in het geval de betrokken bestuurder als zodanig (en derhalve niet als aandeelhouder) zo onmiskenbaar en duidelijk in de vervulling van zijn taken is tekort gekomen dat daarover geen redelijk oordelend ondernemer zou kunnen twijfelen. Tegen dit arrest is wél cassatie ingesteld. De Hoge Raad oordeelt in zijn *Skipper Club Charter/Jaarsma*-arrest¹⁶ dat – kort gezegd – 'ernstige verwijtbaarheid' in het kader van art. 2:9 BW de juiste maatstaf is en dat de bewoordingen van het hof erop wijzen dat het hof aldus een – voor de vennootschap – te strenge maatstaf heeft aangelegd, maar dat dit evenwel niet geheel duidelijk is. Dit ligt in lijn met het *Gilhuis q.q./H.-arrest* van de Hoge Raad.

13. De vraag of naast 'onbehoorlijke taakvervulling' ook een 'ernstig verwijt' vereist is voor bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:9 BW of dat een 'ernstig verwijt' juist leidt tot 'onbehoorlijke taakvervulling' is door de Hoge Raad nog niet uitdrukkelijk beantwoord. Deze onduidelijkheid is terug te voeren op het *Staleman/Van de Ven*-arrest, waarin de Hoge Raad het oordeel van het hof dat aan de bestuurders een 'ernstig verwijt' van 'onbehoorlijke taakvervulling' te maken valt sanctioneert, door te overwegen dat het hof terecht tot 'uitgangspunt' heeft genomen dat bestuurders een 'ernstig verwijt' gemaakt moet kunnen worden. De verhouding tussen de begrippen 'ernstig verwijt' en 'onbehoorlijke

6. HR 11 juni 1999, Nj 1999, 586 (*Van Dooren q.q./Hendriks*), r.o. 3.5.

7. HR *Schwandt/Berghuizer Papierfabriek*, r.o. 3.4.5.

8. HR *Van Dooren q.q./Hendriks*, r.o. 3.4.

9. HR 10 december 1999, Nj 2000, 6 (*Moozen/Prickartz q.q.*), r.o. 3.2.

10. HR 18 april 2003, Nj 2003, 286 (*Rodamco North America*), m.nt. Maeijer, r.o. 3.26.

11. Hof 's-Gravenhage *Verto/Drenth*, r.o. 13.

12. HR 8 juni 2001, Nj 2001, 454 (*Gilhuis q.q./H.*), r.o. 3.7.

13. P-G Mok in 4.2.3.4 bij HR *Gilhuis q.q./H.*

14. Anders onder andere C. Asser & J.M.M. Maeijer, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon* (2-III), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 435, p. 453 en p. 469. Volgens Maeijer treedt bestuurdersaansprakelijkheid zowel bij art. 2:9 BW als bij art. 2:138/2:248 BW in bij 'ernstig verwijtbaar' gedrag. Ik zie dat anders, vgl. noot 41.

15. Hof Leeuwarden 2 mei 2001, r.o. 9 – herleidbaar uit HR 4 april 2003, Nj 2003, 538 (*Skipper Club Charter/Jaarsma*), m.nt. Maeijer.

16. HR *Skipper Club Charter/Jaarsma*, r.o. 3.5.

taakvervulling' is niet erg helder.¹⁷ In zijn *Van Dooren q.q./Hendriks-arrest*¹⁸ interpreteert de Hoge Raad het oordeel van het hof zo, dat de bestuurder weliswaar *niet naar behoren heeft gehandeld*, maar dat hem van het achterwege laten van hetgeen hij had behoren te doen in de omstandigheden van het geval geen 'ernstig verwijt' kan worden gemaakt. Dit lijkt te zien op het bestaan van twee pijlers: 'onbehoorlijke taakvervulling' en 'ernstig verwijt'.

14. Uit het *Schwandt/Berghuizer Papierfabriek-arrest* lijkt daarentegen voort te vloeien dat de Hoge Raad inmiddels kiest voor een samengevoegde benadering: zonder 'ernstig verwijt' geen 'onbehoorlijke taakvervulling'.¹⁹ Dit ligt in lijn met zijn latere *Skipper Club Charter/Jaarsma-arrest*²⁰, waarin de Hoge Raad overweegt dat het hof onvoldoende inzicht heeft gegeven in de gedachtegang die heeft geleid tot de verwerping van de stelling van de vennootschap dat de bestuurder 'zich heeft schuldig gemaakt aan onbehoorlijk bestuur' (door niet voldoende duidelijk de maatstaf 'ernstig verwijt' te hanteren, voeg ik daaraan toe). Deze benadering zou in lijn liggen met – maar niet gelijk zijn aan – de wijze waarop hij invulling geeft aan art. 2:138/2:248 BW. Gelet op de geobjectiveerde benadering van bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:9 BW komt het ook niet logisch en zinvol voor om 'ernstig verwijtbaar' gedrag als een zelfstandig vereiste náást 'onbehoorlijke taakvervulling' te zien.²¹ Met 'ernstig verwijtbaar' gedrag wordt niet bedoeld op het bewustzijn en het oogmerk van het bestuur, het is geen extra vereiste voor interne bestuurdersaansprakelijkheid. Hantering van 'ernstige verwijtbaarheid' als zelfstandig maar additioneel vereiste zou bovendien de vreemde en onzuivere situatie opleveren, dat bepaalde vormen van verwijtbaar ondermaats bestuurlijk gedrag die op zichzelf als 'onbehoorlijke taakvervulling' kwalificeren toch niet tot aansprakelijkheid leiden. Onbehoorlijk – want 'ernstig verwijtbaar' – is onbehoorlijk.

15. In lagere rechtspraak wordt de samengevoegde benadering gehanteerd zoals blijkt uit het genoemde *Verto/Drenth-arrest*²² van het Hof 's-Gravenhage, het *Berghuizer Papierfabriek/Schwandt-arrest*²³ (voor cassatie) van het Hof Arnhem en het *Berghuizer Papierfabriek/Schwandt-arrest*²⁴ (na cassatie) van het Hof 's-Hertogenbosch, maar ook de gedifferentieerde benadering zoals blijkt uit het *Vogel/Van Berkum q.q.-arrest*²⁵ van het Hof 's-Gravenhage en het *Matkovic/Exhol-arrest*²⁶ van het Hof 's-Hertogenbosch. Hierover bestaat kennelijk onduidelijkheid in de praktijk.

De Laurus-beschikking van de Hoge Raad

16. Samengevat kan worden gezegd, dat de Hoge Raad sinds zijn *Staleman/Van de Ven-arrest* – en wanneer hem de mogelijkheid daartoe werd geboden – op redelijk consistente en inzichtelijke wijze heeft geprobeerd de toetsingsnorm 'ernstig verwijt' van nadere contouren te voorzien hetgeen waardering verdient, al heeft dit nog niet geleid tot een gedetailleerde en (glas)heldere systematiek en zijn enkele vragen nog onbeantwoord gebleven. Zo is nog niet uitgekristalliseerd hoe de rechter het gevoerde ondernemingsbeleid dient te benaderen.

17. Tegen deze achtergrond bezien is één van de kernoverwegingen in de recente enquêterechtelijke *Laurus-beschikking*²⁷ van de Hoge Raad een opmerkelijke. De Hoge Raad overweegt onder verwijzing naar met name zijn *Ogem Holding-beschikking*²⁸ dat – kort gezegd – het oordeel van de OK dat van 'wanbeleid' ex art. 2:355 BW sprake is geweest in een aansprakelijkheidsprocedure onder omstandigheden de bewijsrechtelijke betekenis kan hebben, dat de rechter – mede gelet op de inhoud van het door de onderzoekers opgestelde verslag en het daarover in de tweede procedure van de enquête gevoerde debat – voorspand bevestigen acht dat de aangesproken persoon *tegenover de rechtspersoon zijn taak niet heeft vervuld op de wijze waarop een redelijk bekwaam en redelijk handelende functionaris die*

taak in de gegeven omstandigheden had behoren te vervullen. Vergis ik mij niet, dan ziet de Hoge Raad hiermee onder meer op *bestuurdersaansprakelijkheid* in de zin van art. 2:9 BW.²⁹ In dit licht springen bij bestudering van deze kernoverweging zeker drie punten in het oog.

18. Allereerst valt de verwantheid van deze kernoverweging met het *Schwandt/Berghuizer Papierfabriek-arrest* op, waarin de Hoge Raad in feite oordeelt dat de bestuurder die een statutaire bepaling schendt welke de rechtspersoon beoogt te beschermen *behoudens tegenbewijs* een 'ernstig verwijt' treft en dus aansprakelijk is wegens 'onbehoorlijke taakvervulling': een dergelijke schending is dusdanig ernstig, dat de verwijtbaarheid van dit op zichzelf ondermaatse bestuurlijke gedrag in beginsel gegeven is. Als ik het goed zie, raakt deze – op zichzelf overigens vrij ruim geformuleerde – kernoverweging uit de *Laurus-beschikking* eveneens aan de *bewijsrechtelijke* positie van de bestuurder wat betreft de '(on)behoorlijkheid' van zijn taakvervulling jegens de vennootschap in de zin van art. 2:9 BW. Of de Hoge Raad in deze toch wat cryptische formule ook het element van de verwijtbaarheid betreft is mij niet geheel duidelijk. De positie van een bestuurder in een art. 2:9 BW-procedure die volgt op een enquêteprocedure waarin de OK tot het oordeel 'wanbeleid' ex art. 2:355 BW is gekomen, kan reeds hierdoor sterk onder druk komen te staan. Het is bepaald niet ondenkbaar dat bestuurders hierom nog meer dan voorheen hun kruis in de enquêteprocedure enigszins droog zullen houden, opdat zij in een eventuele art. 2:9 BW-procedure de door de OK aan haar oordeel ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden – mogelijk – in een – wat – ander daglicht kunnen stellen.

19. Wat vervolgens bevreemdt, en dat is meteen mijn tweede punt, is dat de Hoge Raad hier schijnbaar uit het niets de maatstaf van de 'redelijk bekwaam en redelijk handelende functionaris' tevoorschijn tovert. Deze maatstaf kan ik niet goed plaatsen en inpassen in de bestaande art. 2:9 BW-rechtspraak van de Hoge Raad, waarin toch een vrij vaste koers gestalte heeft gekregen en door de Hoge Raad altijd is gehamerd op 'ernstig verwijt' als dé door de rechter te hanteren toetsingsnorm, te onderscheiden van de bij art. 2:138/2:248 BW te hanteren maatstaf. Zoals blijkt uit zijn *Gilhuis q.q./H.-* en *Skipper Club Charter/Jaarsma-arresten* hoort het criterium van de in soortgelijke omstandigheden 'redelijk denkende/oordelende bestuurder' niet thuis in de

17. In HR *Staleman/Van de Ven*, r.o. 3.3.1 spreekt de Hoge Raad over de bestuurder die 'zozeer in een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak is tekortgeschoten dat hij krachtens art. 2:9 BW tegenover de rechtspersoon aansprakelijk is voor de schade welke deze als gevolg van die tekortkoming lijdt.'

18. HR *Van Dooren q.q./Hendriks*, r.o. 3.4.

19. Vgl. Wezeman in zijn noot bij HR *Schwandt/Berghuizer Papierfabriek, Ondernemingsrecht* 2003, p. 233.

20. HR *Skipper Club Charter/Jaarsma*, r.o. 3.5.

21. Vgl. B.F. Assink & P.D. Olden, 'Over bestuurdersaansprakelijkheid – De reikwijdte van de maatstaf 'ernstig verwijt', vrijetekening en vrijwaring nader bezien', *Ondernemingsrecht* 2005, 3, p. 9-11.

22. Hof 's-Gravenhage *Verto/Drenth*, r.o. 13, 16, 23-24.

23. Hof Arnhem 12 december 2000 (*Berghuizer Papierfabriek/Schwandt*), r.o. 4.6 – herleidbaar uit HR *Berghuizer Papierfabriek/Schwandt*.

24. Hof 's-Hertogenbosch 15 juni 2004, LJN: AQ5636 (*Berghuizer Papierfabriek/Schwandt*), r.o. 4.7.1.

25. Hof 's-Gravenhage 7 oktober 1997, JOR 1997/141 (*Vogel/Van Berkum q.q.*), r.o. 6.2-6.3.

26. Hof 's-Hertogenbosch 28 september 2004, JOR 2005/56 (*Matkovic/Exhol*), r.o. 4.4.1, 4.4.5.

27. HR *Laurus*, r.o. 3.7-3.8.

28. HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466 (*Ogem Holding*), m.nt. Maeijer, r.o. 5.

29. Aan aansprakelijkheid uit hoofde van 'art. 6:74 en/of art. 6:162 en/of art. 2:138/2:248 BW' heeft de Hoge Raad reeds aandacht besteed in de eerste helft van HR *Laurus*, r.o. 3.8.

context van art. 2:9 BW. Weliswaar rept de Hoge Raad hier van de 'redelijk handelende functionaris', maar dit lijkt mij een erg dun onderscheid, als hier al een zinvol onderscheid te maken valt. Als de Hoge Raad eigenlijk beoogt te zeggen dat de rechter in dergelijke gevallen onder omstandigheden een vermoeden van 'ernstig verwijtbaar' gedrag – en dus 'onbehoorlijke taakvervulling' – mag hanteren, vraag ik mij af waarom de Hoge Raad dat niet met zoveel woorden zegt. Nu ontstaat onduidelijkheid en inconsistentie die wellicht vermeden had kunnen worden.

20. Ten slotte mijn derde en meest principiële punt. Dit betreft de vraag welke kant de Hoge Raad eigenlijk op wil met de bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:9 BW. Ik kan mij bij nadere beschouwing van de *Laurus*-beschikking niet geheel aan de indruk onttrekken, dat de Hoge Raad dit vraagstuk op een soortgelijke wijze gaat benaderen als het vraagstuk van de aansprakelijkheid in privé van bijvoorbeeld curatoren in een faillissement. Ik wijs op hetgeen Timmerman opmerkt in zijn conclusie bij het vrij recente *X. e.a./Interplan Import-export Woontextiel*-arrest³⁰ van de Hoge Raad:

'Voor het aannemen van persoonlijke aansprakelijkheid van de curator geldt sinds HR 19 april 1996, *NJ* 1996, 727 (WMK) als maatstaf dat gezegd moet kunnen worden dat de curator niet heeft gehandeld zoals in redelijkheid mocht worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht.³¹

Ik breng voorts in herinnering dat de Hoge Raad in zijn *Staleman/Van de Ven*-arrest ook al rept over 'het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult' als één van de in aanmerking te nemen omstandigheden van het geval. De maatstaf van – kort gezegd – de 'redelijk handelende bestuurder' komt dan naast de maatstaf van de 'redelijk handelende curator' te staan. Hier valt ook een parallel te trekken met de voor toezichthouders als de Autoriteit Financiële Markten ('AFM') geldende maatstaf: de 'redelijk handelende toezichthouder'.³²

21. Is het wenselijk dat wat betreft het persoonlijke aansprakelijkheidsregime convergentie optreedt tussen de invulling van aansprakelijkheid van een vennootschappelijk bestuurder en een curator in faillissement of een toezichthouder op bijvoorbeeld de financiële markten? Ik aarzel sterk. Natuurlijk, ook de taak en positie van de curator is een bijzondere nu de curator bij de uitoefening van zijn taak soms snel moet handelen, rekening moet houden met verschillende en vaak tegenstrijdige belangen en niet kan volstaan met het beheren en verffenen van de boedel ten behoeve van de schuldeisers. Maar maakt dit nu dat een bestuurder in een – nagenoeg – met de curator vergelijkbare positie verkeert en een soortgelijke benadering via de band van de 'redelijk handelend persoon' dus gerechtvaardigd is? Ik ben geneigd deze vraag ontkennend te beantwoorden. Deze vergelijking loopt mank. Anders dan de bestuurder is het niet één van de primaire taken van de curator te *ondernemen*. Het soms snel moeten handelen en het moeten maken van belangenafwegingen alleen valt daarmee toch niet – geheel – gelijk te schakelen. Ondernemen heeft een eigen karakter. Anders dan het maken van beleidsafwegingen in de context van ondernemingsbeleid is de taak van de curator naar mijn gevoel ook sterker regelgeleid en van protocollen voorzien. Bij de taken van toezichthouders als de AFM komt dit onderscheid nog duidelijker naar voren.³³

22. Het gaat er bij hantering van de formule van de 'redelijk handelende persoon' in de kern om, dat de rechter aan de hand van deze abstractie toetst of in het concrete geval 'juist' of 'wenselijk' is gehandeld, 'zoals het hoort'.³⁴ De rech-

ter dient dienaangaande dus – in ieder geval in enige mate – ex post in het oordeel te treden van de beoordeelde persoon. Wat het 'juiste' handelen inhoudt, wordt op dat moment door de rechter bepaald. Ik ben daar binnen het kader van – onder meer³⁵ – art. 2:9 BW niet erg enthousiast over. Wat het gevoerde ondernemingsbeleid betreft ligt een dergelijke maatstaf mijns inziens niet voor de hand: zo bestaat het 'objectieve juiste' hier in de regel niet, de rechter kan hier niet goed bepalen wat handelen 'zoals het hoort' inhoudt of wat dé te varen koers moet zijn, terwijl het gevaar van 'wijsheid achteraf' hier levensgroot aanwezig is.³⁶ Dit is een onmiskenbare en onontkoombare economische realiteit, waarop het toetsingskader in – onder meer – een art. 2:9 BW-procedure dient te worden toegesneden.³⁷ De hierboven uiteengezette ratio die schuilt achter beperkte toetsing van ondernemingsbeleid vormt mijns inziens voldoende rechtvaardiging voor een onafhankelijke(r) benadering van bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:9 BW. Onafhankelijker dan de nuancering dat het in de context van art. 2:9 BW gaat om de 'redelijk handelende bestuurder' en bij de curator en de AFM om respectievelijk de 'redelijk handelende curator' en de 'redelijk handelende toezichthouder'. De pijn schuilt denk ik met name in hantering van de algemene maatstaf van de 'redelijk handelende persoon'. Die is te weinig verwijfend en biedt de rechter – en ook het ondernemende bestuur – te weinig houvast.

23. Er is veel voor te zeggen de wijze waarop het bestuurlijk gedrag in de context van art. 2:9 BW wordt onderworpen aan rechterlijke toetsing van een eigen en bijzonder karakter te voorzien en weg te blijven van een convergerende en 'algemene' benadering. De genuanceerde benadering via de toetsingsnorm 'ernstig verwijt' moet in voldoende mate een door het vennootschapsrecht gedomineerde kleur behouden. Aansluiting bij het leerstuk van de curator- en toezichthoudersaansprakelijkheid draagt het niet te onderschatten risico in zich, dat de grenzen van de bestuurlijke beleidsvrijheid en de daarmee corresponderende grenzen van de rechterlijke toetsingsvrijheid vervagen en het bestuurlijk gedrag steeds strenger wordt beoordeeld.³⁸ Ik vind dat niet erg zuiver en niet erg wenselijk. Deze trend – zo die er is – zou ik willen doorbreken. Zelfs als – enige – convergentie al onvermijdelijk is, ligt het naar mijn mening meer

30. A-G Timmerman in 2.2 bij HR 19 december 2003, *NJ* 2004, 293 (*X. e.a./Interplan Import-export Woontextiel*), m.nt. Van Schilfgaarde.

31. HR 19 april 1996, *NJ* 1996, 727 (*Société Nouvelle Textile Saint Maclou e.a./G. e.a.*), m.nt. Kleyn, r.o. 3.6: '(...) een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht.'

32. Vgl. I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2005, p. 106 e.v.

33. *Idem*, p. 134.

34. *Idem*, p. 108-109.

35. Te denken valt bijvoorbeeld ook aan enquêterechtelijke begrippen als 'gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid', 'onjuist beleid' en 'wanbeleid'.

36. Vgl. o.a. E.N. Veasey & W.E. Manning, 'Codified standard – Safe harbor or unchartered reef?', *The Business Lawyer* 1980, 919: '(...) there are no objective standards for judicial review of the decisions of directors' en *Over bestuurdersaansprakelijkheid – De reikwijdte van de maatstaf 'ernstig verwijt', vrijetekening en vrijwaring nader bezien*, p. 12, p. 14 met verwijzingen.

37. Vgl. over die economische realiteit in de enquêterechtelijke context o.a. HR 4 februari 2005, *NJ* 2005, 127 (*Landis Group*), m.nt. Maeijer, r.o. 3.3.4-3.3.5 en HR 6 juni 2003, *NJ* 2003, 486 (*Scheipar*), m.nt. Maeijer, r.o. 3.5.2.

38. Illustratief in dit verband is Hof 's-Gravenhage 27 mei 2004, *JOR* 2004/206 (*Stichting Vie d'Or e.a./Stichting Pensioen- en Verzekeringkamer e.a.*), m.nt. Van Ravels en Van Aniel, r.o. 7.4-7.5 e.v. Vgl. *Toezicht en aansprakelijkheid*, p. 138-140 over toezichthoudersaansprakelijkheid als 'een heel gewone vorm van aansprakelijkheid'.

voor de hand de toetsingsnorm voor bepaalde gedragingen van met name de curator af te stemmen op die van de bestuurder dan andersom.

Een pleidooi voor nuancering van het interne aansprakelijkheidsregime voor bestuurders

24. Hoe nu zou de rechterlijke toetsing van bestuurlijk handelen en nalaten ex art. 2:9 BW er in meer geconcretiseerde zin uit moeten zien in de context van ondernemingsbeleid, waarin ondermaats bestuurlijk gedrag doorgaans nu eenmaal minder eenvoudig vast te stellen valt dan in de context van wettelijke en statutaire bepalingen waaraan het bestuur dient te voldoen? Ik zou in de kern de volgende systematiek als uitgangspunt willen nemen.

25. Het bestuur dient: naar eer en geweten zijn taakopdracht jegens de vennootschap te vervullen (i.e. loyaal) en daarbij te voldoen aan alle uit het geschreven en ongeschreven recht voortvloeiende op hem rustende voorschriften (i.e. zorgvuldig), kortom: zich behoorlijk te gedragen. Twee buitenwettelijke en algemeen toepasselijke objectieve gedragsregels verdienen in de context van art. 2:9 BW in het bijzonder aandacht: enerzijds het maken van beleidsafwegingen op een geïnformeerde grondslag en op weldoordachte wijze, anderzijds het maken van die beleidsafweging welke in het beste belang is van de vennootschap. Juist hier dient mijns inziens de door de rechter te hanteren geconcretiseerde toetsingsnorm in beginsel³⁹ te *divergeren* van de voor het bestuur geldende *gedragsnorm*. Het zou er dan om moeten gaan of het bestuur – alle omstandigheden indachtig – op rationele wijze kon menen op voldoende geïnformeerde en weldoordachte wijze die beleidsafweging te hebben gemaakt welke in het beste belang is van de vennootschap.⁴⁰

26. Van een 'ernstig verwijt' – en dus 'onbehoorlijke taakvervulling' – kan dan pas sprake zijn bij een *irrationele* en verwijtbare bestuurlijke handelwijze (waarbij ik aanteken dat irrationeel gedrag al snel verwijtbaar zal zijn).⁴¹ Toetsing aan rationaliteit (i.e. valt er alle omstandigheden indachtig iets voor de gemaakte keuze te zeggen, is deze beredeneerbaar, verklaarbaar?) dient te worden onderscheiden van de strengere en meer gangbare toetsing aan redelijkheid (i.e. is de gemaakte keuze al met al niet alleen gebaseerd op een sluitende niet onlogische redenering, maar in het licht van de argumenten voor én tegen ook verdedigbaar, per saldo niet ongewenst, bij afweging voldoende voor de hand liggend?).⁴² Er is dan wel sprake van een objectieve rechterlijke beleidstoetsing, maar met beleid, in beperkte mate en aan de hand van een norm die sturing biedt. Irrationaliteit is als toetsingsnorm aanzienlijk concreter begrensd dan onredelijkheid. Voor het overige dient de rechter in dit opzicht niet te treden in de door het bestuur gemaakte beleidsafweging. Dát is de niet toetsbare beleidsvrije ruimte die het bestuur in deze context toekomt: zijn veilige haven. De rechter zal daarin behoedzaam moeten manoeuvreren. Het aantrekkelijke van deze benadering is bovendien, dat daarmee aansluiting wordt verkregen bij het Duitse en het Anglo-Amerikaanse vennootschapsrecht wat betreft de daarbinnen gehanteerde rechtsfiguur 'business judgment rule'. Hieraan heb ik elders reeds aandacht besteed.⁴³ Ik heb overigens sterk de indruk dat het denken over rechterlijke toetsing van bestuurlijk handelen en nalaten in deze jurisdicties wat verder ontwikkeld is dan in Nederland.

27. Ik rond af. De praktijk heeft behoefte aan duidelijke en hanteerbare regels. De huidige stand van de art. 2:9 BW – en daaraan gerelateerde – rechtspraak biedt die duidelijk- en hanteerbaarheid in onvoldoende mate. Als de Hoge Raad met zijn enquêterechtelijke *Laurus*-beschikking inderdaad een koerswijziging heeft willen doorvoeren in het leerstuk van de interne bestuurdersaansprakelijkheid door de maatstaf van de '(on)redelijk handelende bestuurder' te introdu-

ceren, is dat een ontwikkeling die ik niet toejuich. Het zou goed zijn als de Hoge Raad bij nadere gelegenheid kans ziet, wat uitgebreider zijn licht te laten schijnen over en zich nog eens te bezinnen op de door hem voorgestane invulling van art. 2:9 BW en de daarbij te hanteren begrippen. Het Nederlandse vennootschapsrecht kent tenslotte al genoeg vage en lastig hanteerbare normen.

B.F. Assink

39. Dit kan met name anders zijn wanneer sprake is van een materieel bestuurlijk belangenconflict of een niet onafhankelijk bestuur, situaties waarin het bestuur niet als neutrale beslisser optreedt. Dan ligt een intensieve(re) rechterlijke beleidstoetsing meer in de rede. Dit aspect laat ik hier vanwege de beperkte beschikbare ruimte verder buiten beschouwing.
40. Verdere nuancerings zijn door de rechter – na geconstateerde schending van een gedragsregel – onder meer aan te brengen via de leerstukken van de causaliteit en toerekenbaarheid van schade.
41. De rationaliteitstoets kan mijns inziens ook op zinvolle wijze worden ingepast bij de toetsing van door het bestuur gevoerd ondernemingsbeleid in het leerstuk van art. 2:138/2:248 BW, zij het dat voor 'kennelijk onbehoorlijke taakvervulling' in de zin van die bepaling vereist is, dat de *schuldeisers* van de vennootschap door het irrationele bestuurlijke gedrag voorzienbaar *dusdanig slecht* kan uitpakken voor de vennootschap, dat ook haar schuldeisers van deze nadelige gevolgen de dupe kunnen worden. Een aan het bestuur te maken 'ernstig verwijt' in de zin van art. 2:9 BW is dus niet altijd voldoende voor het intreden van bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:138/2:248 BW.
42. Vgl. B.F. Assink, 'Enige beschouwingen over Duitse ontwerpwetgeving, de Amerikaanse 'business judgment rule' en ontwikkelingen in het Nederlandse vennootschapsrecht', *Ondernemingsrecht* 2005, p. 371-378 en *Over bestuurdersaansprakelijkheid – De reikwijdte van de maatstaf 'ernstig verwijt', vrijtekening en vrijwaring nader bezien*, p. 12, p. 14 met verwijzingen.
43. Zie noot 42.