

Over bestuurdersaansprakelijkheid – De reikwijdte van de maatstaf ‘ernstig verwijt’, vrijtekening en vrijwaring nader bezien

3

*'The law is flexible enough to permit wide latitude for business judgments and private ordering. Trust of directors is the key because of the self-governing nature of corporate law. Yet the law is strong enough to rein in directors who would flirt with an abuse of that trust.'*¹

1. Inleiding

Bestuurders en commissarissen van nu hebben er terdege rekening mee te houden dat zij door de vennootschap of door derden worden aangesproken op de wijze waarop zij hun taak hebben vervuld en daarvoor aansprakelijk worden gesteld.² Dat verklaart ook de belangstelling voor mogelijke remedies daartegen: de vrijtekening door de vennootschap voor vorderingen uit hoofde van art. 2:9 BW en de vrijwaring voor vorderingen van derden uit hoofde van art. 6:162 BW. De bundel *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2003-2004* bevat de tekst van de voordrachten van P.W.A. Goes³ en M. van Olfen⁴ over deze onderwerpen. Ook G.H. Potjewijd schreef over vrijtekening en vrijwaring in dit tijdschrift in december 2003.⁵

De laatste twee auteurs menen dat het mogelijk is dat de vennootschap de bestuurder vrijwaart voor aanspraken van derden op grond van art. 6:162 BW zolang de bestuurder door de vennootschap en/of de derde⁶ geen 'ernstig verwijt' te maken valt, terwijl het volgens hen per definitie niet mogelijk is dat de vennootschap de bestuurder op voorhand vrijtekent – of: exonereert – voor eigen aanspraken op grond van art. 2:9 BW. Wij menen dat in deze discussie de maatstaf 'ernstig verwijt' onvoldoende is belicht. In deze bijdrage zullen wij stilstaan bij de betekenis van een 'ernstig verwijt' en op grond van onze bevindingen constateren dat er meer valt vrij te tekenen en te vrijwaren dan doorgaans wordt aangenomen.

2. De maatstaf 'ernstig verwijt' en art. 2:9 BW

Art. 2:9 BW, dat op grond van art. 2:25 BW van dwingend recht is, bepaalt dat elke bestuurder tegenover de rechtspersoon is gehouden tot een *behoorlijke* vervulling van de hem opgedragen taak. Wij verstaan deze bestuurlijke gedragsnorm in de kern zo, dat iedere bestuurder dient te streven naar het dienen van het belang van de door hem bestuurde *vennootschap* (i.e. loyaliteitsplicht) op een *nauwgezette* wijze (i.e. zorgvuldigheidsplicht). In de tweede volzin van die bepaling staat de zinsnede 'aansprakelijk terzake van een tekortkoming', maar uitsluitend in verband met de situatie dat bestuurders de taken hebben verdeeld. Art. 2:9 BW bepaalt niet welke toets de rechter behoort te hanteren bij beantwoording van de vraag of een bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld.

2.1. De in Staleman/Van de Ven ingezette lijn

In het arrest *Staleman/Van de Ven*⁷ behandelt de Hoge Raad de maatstaf die de rechter dient te hanteren bij beantwoording van de vraag, of een bestuurder op grond van art. 2:9 BW tegenover de vennootschap aansprakelijk is voor de door de vennootschap als gevolg van bestuurlijke gedragingen geleden schade. De Hoge Raad overweegt zonder nadere motivering dat het gerechtshof terecht tot uitgangspunt heeft genomen, dat daarvoor vereist is dat aan de bestuurder ter zake een 'ernstig verwijt' kan worden gemaakt.⁸ Of in een bepaald geval sprake is van een 'ernstig verwijt' dient te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval, waarvan de Hoge Raad er vervolgens een aantal noemt. De Hoge Raad lijkt hiermee duidelijkheid te verschaffen. Lezing van de uitspraak van het gerechtshof doet echter twijfel ontstaan aan deze ogenschijnlijke duidelijkheid.

Het gerechtshof oordeelt dat aan de bestuurders 'een ernstig verwijt van onbehoorlijke taakvervulling kan worden gemaakt in de zin van art. 2:9 BW'. Kennelijk baseert het gerechtshof zijn oordeel op twee pijlers: 'ernstig verwijt' en 'onbehoorlijke taakvervulling'. Alleen de eerste pijler wordt door de Hoge Raad gesanctioneerd. Nu de Hoge Raad niet bepaalt dat de toets die het gerechtshof aanlegt 'dubbelop' is en op die grond onjuist, blijft in het midden wat nu de verhouding is tussen 'ernstig verwijt' en 'onbehoorlijke taakvervulling'. Uit de formulering van de door de Hoge Raad beantwoorde vraag wordt deze verhouding evenmin duidelijk. In de daaropvolgende arresten *Van Dooren q.q./Hendriks*⁹, *Moonen/Prickartz q.q.*¹⁰, *Schwandt/Berghuizer Papierfabriek*¹¹ en *Skipper Club Charter/Jaarsma*¹² bevestigt de Hoge Raad telkens de juistheid van de in *Staleman/Van de Ven* geïntroduceerde maatstaf, maar licht hij het gehanteerde toetsingsmechanisme niet toe. Hoe bont moet

1. E.N. Veasey, 'An economic rationale', *The Business Lawyer* 1998, p. 693-694 (Veasey was gedurende twaalf jaar tot 7 april 2004 'Chief Justice' van het Hoogerechtshof van Delaware).
2. Vgl. over de tegengestelde situatie twee decennia terug W.C.L. van der Grinten, 'De mythe van de aansprakelijkheid', *De NV* 1982, p. 201.
3. P.W.A. Goes, 'Vrijwaring van bestuurders en commissarissen en tegenstrijdig belang', in: G. van Solinge & M. Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2003-2004*, Deventer: Kluwer 2004, p. 483 e.v. Wij laten de bijdrage van Goes verder onbesproken, omdat hij met name het aspect van het tegenstrijdig belang bij het toekennen en uitvoeren van de vrijwaringsbepaling behandelt.
4. M. van Olfen, 'Vrijwaring van bestuurders en commissarissen van een N.V. of B.V.', in: G. van Solinge & M. Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2003-2004*, Deventer: Kluwer 2004, p. 469 e.v.
5. G.H. Potjewijd, 'Vrijwaring voor bestuurders en commissarissen', *Ondernemingsrecht* 2003, p. 607 e.v.
6. Potjewijd lijkt alleen aandacht te besteden aan 'ernstig verwijtbare' gedragingen in de verhouding bestuurder-vennootschap, niet in de verhouding bestuurder-derde.
7. HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360 (*Staleman/Van de Ven*) m.nt. Maeijer, r.o. 3.3.1.
8. Vgl. onder anderen E.J.J. van der Heijden & W.C.L. van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 456-457, dat dateert van vóór *Staleman/Van de Ven*.
9. HR 11 juni 1999, NJ 1999, 586 (*Van Dooren q.q./Hendriks*), r.o. 3.4.
10. HR 10 december 1999, NJ 2000, 6 (*Moonen/Prickartz q.q.*), r.o. 3.2.
11. HR 29 november 2002, NJ 2003, 455 (*Schwandt/Berghuizer Papierfabriek*), r.o. 3.4.5. Het Hof te 's-Hertogenbosch heeft op 15 juni 2004 in deze zaak arrest na verwijzing gewezen (LJN: AQ5636).
12. HR 4 april 2003, NJ 2003, 538 (*Skipper Club Charter/Jaarsma*) m.nt. Maeijer, r.o. 3.5.

een bestuurder het nu maken voordat hij aansprakelijk is ex art. 2:9 BW?

2.2. Rechtsgeleerde opvattingen

De door de Hoge Raad in *Staleman/Van de Ven* geformuleerde maatstaf is veelvuldig besproken. Maeijer meent dat 'ernstig verwijt' aansluit bij de maatstaf '(opzet of) bewuste roekeloosheid'.¹³ Dat veronderstelt dat de bestuurder zich daadwerkelijk bewust moet zijn van zijn tekortschieten. Door Van Schilfgaarde en Winter wordt aangenomen dat het criterium 'ernstig verwijt' eerder tot bestuurdersaansprakelijkheid leidt dan 'opzet of bewuste roekeloosheid'.¹⁴ Of de bestuurder zich bewust is van het feit dat hij tekortschiet doet niet ter zake. Het helpt de bestuurder in die opvatting dus niet dat hij naar eer en geweten heeft gehandeld of nagelaten. Geobjectiveerde wetenschap, het *beter kunnen en moeten weten*, kán volstaan. Timmerman signaleert dat de door de Hoge Raad vereiste hoge – of: gekwalificeerde – mate van schuld (i.e. 'ernstig verwijt') een aparte pijler vormt náást 'onbehoorlijk bestuur' in de zin van onbehoorlijke taakvervulling.¹⁵

Uit de parlementaire geschiedenis bij art. 2:138/248 BW (die ook relevant is voor art. 2:9 BW) blijkt niet alleen dat de toetssteen van 'grove schuld' oftewel 'bewuste roekeloosheid' een te beperkte is (hetgeen dan helemaal voor 'opzet' geldt), maar ook dat in de term 'onbehoorlijk' vooral het element van verwijtbaarheid moet worden gelezen.¹⁶ De opvatting die uit de parlementaire geschiedenis spreekt, laat zich lastig verenigen met het vereiste dat de bestuurder zich daadwerkelijk bewust moet zijn van het feit dat hij tekortschiet en de idee dat een dergelijk 'ernstig verwijt' een aparte pijler vormt naast de onbehoorlijkheid van de taakvervulling.

2.3. Onze analyse van het begrippenpaar ernstig verwijt en onbehoorlijke taakvervulling

Ons inziens valt uit rechtspraak van de Hoge Raad niet goed af te leiden dat hij pas bij een hoge schuldgraad (i.e. 'ernstig verwijt') bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:9 BW aanneemt en dus ook niet dat deze hoge schuldgraad een aparte pijler vormt náást de onbehoorlijkheid van de taakvervulling.¹⁷ Zo valt uit de relevante overwegingen van de Hoge Raad in *Skipper Club Charter/Jaarsma* veeleer op te maken, dat het gerechtshof vermoedelijk een te beperkte maatstaf heeft toegepast die niet in de context van art. 2:9 BW thuis hoort. Naar wij menen past de door het gerechtshof in *Skipper Club Charter/Jaarsma* gehanteerde maatstaf beter bij art. 2:138/248 BW.¹⁸ Ook uit *Schwandt/Berghuizer Papierfabriek* volgt niet dat de Hoge Raad een hoge mate van schuld van de bestuurder vereist. De Hoge Raad overweegt dat bij de beoordeling van het bestuurlijk gedrag de omstandigheid dat de bestuurder heeft gehandeld in strijd met statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen als een zwaarwegende omstandigheid heeft te gelden, die in beginsel de aansprakelijkheid van de bestuurder vestigt. Hiermee lijkt de Hoge Raad aan te geven dat een dergelijke schending als ondermaats bestuurlijk gedrag kwalificeert waarvan de bestuurder in principe een verwijt treft, maar dat de bestuurder tegenbewijs kan leveren dat van ernstig verwijtbaar bestuurlijk gedrag geen sprake is. Als de bestuurder zich in redelijkheid niet anders kon gedragen, of als de bestuurder niet wist of behoefde te weten dat zijn gedrag tot schending van een dergelijke bepaling zou leiden¹⁹ (bijvoorbeeld omdat de bestuurder mocht veronderstellen dat de raad van commissarissen instemde met zijn handelwijze), valt de bestuurder geen verwijt te maken en zal ondanks de geconstateerde schending geen aansprakelijkheid kunnen volgen.²⁰

Eerder al maakt de Hoge Raad in *Moonen/Prickartz q.q.* een uitdrukkelijk onderscheid tussen de begrippen 'ernstig

verwijt' en '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'.²¹ Deze begrippen dekken elkaar in de context van art. 2:9 BW kennelijk niet: een 'ernstig verwijt' omvat klaarblijkelijk meer dan 'opzet' en 'bewuste roekeloosheid' alleen.²² Ook uit *Van Dooren q.q./Hendriks* valt zeer wel af te leiden dat volgens de Hoge Raad *geobjectiveerde* wetenschap kan volstaan: '(...) het Hof [heeft] terecht onderzocht of hem een "ernstig verwijt" kan wor-

13. C. Asser & J.M.M. Maeijer, *Vertegenwoordiging en vennootschap* (2-III), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 436. Vgl. onder anderen J.B. Wezeman, *Aansprakelijkheid van bestuurders* (diss.), Deventer: Kluwer 1998, p. 66-69 en 'Ernstig verwijtbaar handelende bestuurders van NV's en BV's', in: K.F. Haak & F.L. Koot (red.), *Bewuste roekeloosheid in het privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 92; H. de Groot, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2003, p. 10; en J.B. Huizink, *Rechtspersonen* (losbl.), art. 2:9 BW, aant. 4, Deventer: Kluwer 2003. Minder uitgesproken zijn P. Sanders, W. Westbroek, F.K. Buijn & P.M. Storm, *BV en NV*, Deventer: Kluwer 1998, p. 163-166 (anders A-G Mok in 3.3.2.3 bij *Staleman/Van de Ven*).
14. P. van Schilfgaarde & J. Winter, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2003, p. 140. Vgl. onder anderen Y. Borrius, 'Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid', in: G. van Solinge & M. Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2003-2004*, Deventer: Kluwer 2004, p. 8 (die op p. 11 echter spreekt over 'de subjectief gekleurde ernstige verwijtbaarheid'); *Vrijwaring voor bestuurders en commissarissen*, p. 607-608; *Vrijwaring van bestuurders en commissarissen van een N.V. of B.V.*, p. 474; en *Bestuurdersaansprakelijkheid*, p. 11. Zie ook A-G Huydecoper in 15 e.v. bij *Skipper Club Charter/Jaarsma*. Weer anders J.M. Blanco Fernández, 'Rechtspositie en aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen', *Ondernemingsrecht* 2000, p. 474 e.v.
15. L. Timmerman, 'Kroniek van het vennootschapsrecht', *NJB* 2003, p. 1636; 'Toetsing van ondernemingsbeleid door de rechter, mede in rechtsvergelijkend perspectief', *Ondernemingsrecht* 2003, p. 561; Noot bij HR 10 januari 1997, *RvdW* 1997, 16C, *TVVS* 1997, p. 55. Zo ook onder anderen F. Veenstra, Noot bij HR 4 april 2003, *JOL* 2003, 204 (*Skipper Club Charter/Jaarsma*), *Ondernemingsrecht* 2003, p. 385 en *Van de BV en de NV*, p. 140. Vgl. evenwel onder anderen Wezeman in *Ernstig verwijtbaar handelende bestuurders van NV's en BV's*, p. 86-87 en Noot bij HR 29 november 2002, *RvdW* 2002, 195 (*Schwandt/Berghuizer Papierfabriek*), *Ondernemingsrecht* 2003, p. 233 en W.J. Slagter, 'Corporate governance en rechtspleging', *NJB* 2004, p. 980.
16. MvA, *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, 21.
17. Vgl. A-G Huydecoper in 21 bij *Skipper Club Charter/Jaarsma*.
18. Vgl. HR 8 juni 2001, *NJ* 2001, 454 (*Gilhuis q.q./H.*), r.o. 3.7 en *Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid*, p. 10.
19. Vgl. *Van de BV en de NV*, p. 139.
20. Een rechtvaardigingsgrond kan de bestuurder ook uitkomst bieden. In dat geval verliest de concrete gedraging het ondermaatse karakter. De bestuurder in kwestie redde zich niet met het argument dat de raad van commissarissen in het algemeen geen interesse aan de dag legde voor het handelen dat hem nadien werd verweten, zodat hij maar had afgezien van het vragen van goedkeuring. Daarmee staat niet vast dat een (meer valide) rechtvaardigingsgrond geen kans zou maken.
21. Wie hiervoor een rechtvaardiging zoekt, zou kunnen betogen dat een bestuurder-werknemer een machts- en vertrouwenspositie inneemt ten opzichte van de vennootschap en haar onderneming (i.e. een fiduciaire verhouding), en een niet-bestuurder-werknemer (i.e. een 'gewone' werknemer) niet. Dit verschil in verhouding rechtvaardigt dat de gedragingen van een bestuurder aan de hand van een ruimer criterium worden beoordeeld dan dat van een 'gewone' werknemer, die dan ook minder snel aansprakelijk zal zijn dan een bestuurder. Tegenover die rechtvaardiging staat weer dat men van een bestuurder verwacht dat hij (namens de vennootschap) 'onderneemt' en in de hoedanigheid van ondernemer de vennootschap aan ondernemingsrisico's blootstelt. Als zich dan een dergelijk risico verwezenlijkt moet de vennootschap niet te gemakkelijk bij de bestuurder kunnen aankloppen via art. 2:9 BW.
22. Vgl. in de context van het huidige art. 7:661 BW, HR 9 januari 1998, *NJ* 1998, 440 (*N./Tribulet*) m.nt. Stein, r.o. 3.4.

den gemaakt (HR 10 januari 1997, nr. 16145, *NJ* 1997, 360). Zijn oordeel dat daarvan geen sprake is op grond van de (...) omstandigheden van het geval – die meebrachten *dat hij niet bedacht behoefde te zijn* (cursivering auteurs) op de noodzaak de handelingen te verrichten waarvan hem verweten wordt dat hij deze achterwege heeft gelaten – geeft niet blijk van een onjuiste opvatting omtrent voormelde maatstaf (...). Overdenking van deze rechtspraak leert dat de Hoge Raad lijkt te waken voor het aanbrengen van al te scherpe contouren in de maatstaf 'ernstig verwijt'.

Het lijkt ons weinig zinvol een bestuurder die te goeder trouw is, maar gedrag tentoonspreidt dat de toets der kritiek niet kan doorstaan, van aansprakelijkheid vrij te stellen, simpelweg omdat die bestuurder meent in het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming(en) te handelen of na te laten. Daardoor wordt de aansprakelijkheid van bestuurders al te zeer beperkt. Dit ligt ook niet goed in lijn met de overweging in de genoemde parlementaire geschiedenis dat niet '(...) alleen in gevallen van *uitzonderlijk* onbehoorlijk bestuur aansprakelijkheid van de bestuurders wordt aangenomen'²³ en de sterk objectiverende overweging van de Hoge Raad in *Staleman/Van de Ven* dat tot de in aanmerking te nemen omstandigheden ook behoort '(...) het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult'. Wij zien 'verwijtbaarheid' als een digitaal, maar niet als een eendimensionaal begrip. Het verwijt valt een bestuurder – afhankelijk van de feiten en omstandigheden van het concrete geval – te maken of niet te maken. Er is geen tussenweg. Tegelijkertijd is het begrip 'verwijt' gelaagd. Enerzijds zal de bestuurder zich redelijkerwijs wel anders moeten hebben kunnen gedragen, hij moet wat te kiezen hebben gehad. Anderzijds zal de bestuurder wel in redelijkheid beter moeten hebben kunnen weten.

Het verwijt dat de bestuurder gemaakt moet kunnen worden, dient te zien op de objectief ondermaatse wijze waarop hij zich als bestuurder heeft gedragen. Verwijtbaarheid kan worden afgeleid uit de gedraging. Schending van een wettelijke of een statutaire bepaling die de vennootschap beoogt te beschermen is dermate ernstig, dat de noodzaak voor een afzonderlijke toetsing van de verwijtbaarheid verdwijnt. Die verwijtbaarheid staat in beginsel vast (vergelijk *Schwandt/Berghuizer Papierfabriek*). Minder duidelijk ondermaats zijn gedragingen die liggen in het domein van de bestuursvrijheid, zoals het ondernemingsbeleid. Van ondermaats bestuurlijk gedrag zal dan om meerdere redenen niet té snel gesproken mogen worden. Te snel rechterlijk ingrijpen staat haaks op het wettelijk verankerde primaat van het bestuur²⁴ en op de risico's die inherent zijn aan de primaire taak van bestuurders, het ondernemen. Te snel rechterlijk ingrijpen leidt bovendien tot onnodig risicomijdend bestuurlijk gedrag en herbergt het gevaar dat de rechter zonder voldoende *knowhow* bestuurders op de vingers tikt (*second guessing*) en gedragingen van bestuurders beoordeelt met wijsheid achteraf (*there is no insight like hindsight*). De rechter dient daarom met een zekere voorzichtigheid dergelijk bestuurlijk gedrag aan toetsing te onderwerpen. Er zal sprake moeten zijn van *judicial restraint*. Niet iedere fout, misslag of achteraf gezien onjuiste beoordeling van feiten en omstandigheden (*errors in judgment*) kan tot bestuurdersaansprakelijkheid leiden. Het moet gaan om serieuze fouten, krasse gevallen, fundamenteel tekortschieten. Kortom: om *ernstig* onzorgvuldig bestuurlijk gedrag.²⁵ Pas dan komt de bestuurder niet langer het voordeel van de twijfel toe. Daarmee heeft de kwalificatie 'ernstig' in onze visie ook een plaats gevonden, of: een *betere* plaats gevonden. Niet het *verwijt* moet ernstig zijn (want dat is een digitaal begrip), maar het *bestuurlijk tekortschieten*.

De enkele voorzienbaarheid van het *mogelijk* optreden van schade kan daarvoor niet maatgevend zijn, omdat het nemen van risico's inherent is aan ondernemen. Het dubbelteje kan ook wel eens naar de verkeerde kant vallen. Aan de andere kant kan ook sprake zijn van ernstig onzorgvuldig bestuurlijk gedrag als het optreden van schade niet voorzienbaar is (vergelijk *Schwandt/Berghuizer Papierfabriek*)²⁶, hoewel het bewust (i.e. weten) of zelfs *doelbewust* (i.e. weten én willen) doen optreden van schade in de regel als onbehoorlijke taakvervulling kwalificeert. Het ligt in de rede dat als de bestuurder ernstig tekortschiet, hem daarvan doorgaans het verwijt gemaakt zal kunnen worden dat hij dat tenminste *behoorde* te beseffen. Dit betekent niet dat alleen buitensporig ernstig bestuurlijk falen tot onbehoorlijke taakvervulling ex art. 2:9 BW kan leiden (vergelijk *Skipper Club Charter/Jaarsma*).²⁷

2.4. Tussenconclusie

Onze tussenconclusie luidt dat onbehoorlijke taakvervulling ex art. 2:9 BW grondslag dient te vinden in de feiten en omstandigheden van het concrete geval, en zich laat vertalen als – en dus gelijkstaat aan – ernstig verwijtbaar bestuurlijk gedrag.²⁸ Naar onze mening kan pas van dergelijk ernstig verwijtbaar bestuurlijk gedrag gesproken worden, als:

- 1. er duidelijk – niet overduidelijk, onmiskenbaar, evident, maar: zonder redelijke twijfel²⁹ – sprake is van;
 - 2. *ernstig* onzorgvuldig handelen of nalaten door de bestuurder;
 - 3. waarvan de bestuurder een verwijt te maken valt.³⁰
- Blijft de vraag wannéer de rechter mag aannemen dat van *ernstig* onzorgvuldig bestuurlijk gedrag sprake is.

3. Concretisering van de rechterlijke toets

De vraag of een bestuurder wel of niet in strijd heeft gehandeld met statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen

23. MvA, *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, 21.

24. Art. 2:129/239 lid 1 BW: 'Behoudens beperkingen in de statuten is het bestuur (cursivering auteurs) belast met het besturen van de vennootschap.'

25. Vgl. A-G Mok in 3.3.3 bij *Staleman/Van de Ven*.

26. Kennelijk anders *Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid*, p. 8.

27. Zo ook A-G Huydecoper in 17 bij *Skipper Club Charter/Jaarsma*. Van een onbehoorlijke taakvervulling is in de context van art. 2:9 BW in onze optiek eerder sprake dan in de context van art. 2:138/248 BW. De (kennelijk) onbehoorlijke taakvervulling ex art. 2:138/248 BW ziet met name op dermate 'roekeloze' en 'ondoordachte' gedragingen dat de *schuldeisers* van de vennootschap erdoor benadeeld zouden kunnen worden. Dit zal in de regel pas het geval zijn wanneer door de bestuurlijke gedragingen de vennootschap een kenbaar groot risico loopt af te glijden naar (de rand van) insolventie. Anders: Maeijer in *Vertegenwoordiging en vennootschap*, p. 435, 452-453 en in zijn noot sub 2 bij *Skipper Club Charter/Jaarsma*.

28. De Hoge Raad hanteert in *Skipper Club Charter/Jaarsma*, r.o. 3.5 de terminologie 'schuldig (maken) aan onbehoorlijk bestuur'. Ook hieruit valt af te leiden dat 'onbehoorlijk bestuur' (i.e. 'onbehoorlijke taakvervulling') hetzelfde is als 'ernstig verwijtbaar' tekortschieten. Vgl. Hof 's-Gravenhage 6 april 1999, *JOR* 1999/142 (*Verto/Drenth e.a.*) m.nt. Van Solinge, r.o. 16 en Hof 's-Hertogenbosch 15 juni 2004, LJN: AQ5636 (*Berghuizer Papierfabriek/Schwandt*), r.o. 4.7.1. Zie ook P-G Mok in onder andere 3.2.3.1 en 3.4.3.3 bij *Van Dooren q.q./Hendriks*.

29. De vereiste *kennelijkheid* zegt niets over de vereiste *ernst* van de tekortkoming of de terughoudendheid van de rechterlijke toets.

30. De door de Hoge Raad in de context van art. 6:162 BW gehanteerde systematiek wijkt hiervan niet veel af. De bestuurder moet een persoonlijk (i.e. geïndividualiseerd) verwijt treffen, waarbij geobjectiverde wetenschap van onzorgvuldig gedrag volstaat. Er moet wel sprake zijn van onzorgvuldig gedrag van een zekere ernst (i.e. de krassere gevallen) jegens *derden*. In deze context hanteert de Hoge Raad de maatstaf 'voldoende ernstig verwijt'.

te beschermen is door de rechter doorgaans eenvoudiger te beantwoorden, dan de vraag of de door een bestuurder gemaakte financiële of strategische keuze té risicovol is en daarom als ernstig onzorgvuldig kwalificeert. De door de Hoge Raad omarmde toetsingsnorm 'ernstig verwijt' helpt de rechter hierin niet veel verder. Met name ten aanzien van de toetsing van door bestuurders gevoerd ondernemingsbeleid is de rechter gebaat bij een concreter handvat, bij een toets die meer sturing biedt.³¹

3.1. Het risico van belangenverstrengeling

Een bestuurder neemt een fiduciaire vertrouwens- en machtspositie in binnen de vennootschap. Van hem mag daarom worden verwacht dat hij zich loyaal toont en dus zijn privé-belangen consequent achterstelt bij het belang van de vennootschap. Kiest een bestuurder er nu toch voor om ondernemingsbeleid te initiëren dat voor een niet onbelangrijk deel door zijn persoonlijke belangen is ingegeven en dreigt dus het risico van belangenverstrengeling, dan komt de bestuurder een aanmerkelijk kleinere foutmarge toe dan normaal het geval is als deze gedragingen niet door de algemene vergadering van aandeelhouders (ava) zijn gesanctioneerd.³² Van ernstig onzorgvuldig gedrag zal in die gevallen veel sneller sprake kunnen zijn dan in gevallen waarin een loyale bestuurder financiële of strategische keuzes maakt in het belang van de vennootschap. Anders gezegd, de rechter mag dan – zowel in beleidsvoorbereidend als beleidsinhoudelijk opzicht – op meer slakken sneller zout leggen en zich dus minder terughoudendheid opstellen. Het voordeel van de twijfel behoort de bestuurder dan niet toe te komen. Hiervan gaat een preventieve werking uit.

3.2. Rationeel bestuurlijk gedrag

Als de loyaliteit van de bestuurder niet ter discussie staat, kan de aan- of afwezigheid van ernstig onzorgvuldig bestuurlijk gedrag in de context van ondernemingsbeleid ons inziens in beginsel het beste worden vastgesteld aan de hand van een ex ante *rationaliteitstoets*.³³ Het recht van de Amerikaanse staat Delaware – in de loop der jaren verworpen van schrikbeeld tot voorbeeld – dient voor het introduceren van een rationaliteitstoets als inspiratiebron. De bestuurder wordt bij toepassing van de rationaliteitstoets niet afgerekend op de keuzes die hij heeft gemaakt, laat staan op de uitwerking daarvan (opdat die keuzes niet met wijsheid achteraf (ex post) als verkeerd, onjuist of onwenselijk worden aangemerkt), maar op de *objectieve logica* van zijn gedragingen op voorhand. Gedrag te goeder trouw is derhalve niet voldoende.³⁴ Anders gezegd: de rechter zal de bestuurder niet vragen te rechtvaardigen op welke – bedrijfseconomische – gronden hij koos voor een strategische alliantie met een concurrerende baggeraar en niet voor de verkoop van de baggerdivisie, maar zal enkel stilstaan bij de vraag of een strategische alliantie (in plaats van verkoop van de baggerdivisie) *beredeneerbaar op enigerlei wijze* in het belang kon zijn van de vennootschap en haar onderneming.³⁵

Alléén zakelijk onlogisch ondernemingsbeleid, waarbij bijvoorbeeld – gecaluleerde maar – onbegrijpelijk grote risico's worden genomen (i.e. roekeloos) of dat zich zelfs kenmerkt door 'no win'-situaties³⁶ (i.e. kansloos), kan dan niet door de beugel en heeft dus geen bestaansrecht. Hierin gaan wij gradueel verder dan het recht van Delaware, waar de rechter per definitie geen inhoudelijke risicoafwegingen toetst die gemaakt zijn door een voldoende geïnformeerde, loyale en oprechte bestuurder wiens gedrag 'any rational business purpose' (i.e. niet op geen enkele wijze *mogelijk* ten voordele strekkend van de vennootschap) kan worden toegedicht.³⁷ Het oordeel 'roekeloos' zal de rechter in Delaware niet vellen, omdat het een inhoudelijk oordeel is ten aanzien van de mate van risico die de bestuurder heeft willen ne-

men. Deze toetsingsnorm strekt zich ook uit tot de voorbereiding van besluiten. Irrationeel gedraagt zich bijvoorbeeld een bestuurder die kiest voor ondoordachte en onnodig gehaaste (blinde) besluitvorming, terwijl materiële informatie die redelijkerwijs voorhanden is niet in het besluit is betrokken. Dergelijk gedrag is onverklaarbaar.³⁸

31. Y. Borrius, 'Behoorlijk bestuur: één gedragsnorm?', in: G. van Solinge & M. Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2002-2003*, Deventer: Kluwer 2003, p. 83 onderscheidt – net als wij – de wettelijke gedragsnorm van maatstaven die in het concrete geval toepassing vinden, bij ons de 'toetsingsnorm'. Zij beschouwt de gedragsnorm als een 'sjabloon' voor de toetsingsnorm. Een 'sjabloon' dient om een afbeelding zo getrouw mogelijk over te brengen op een andere achtergrond. In die zin heeft de beeldspraak wel iets aantrekkelijks, maar zij is ook onzuiver. De gedragsnorm is ons inziens een 'streefnorm' en situatie-onafhankelijk. De toetsingsnorm is situatie-specifiek (wordt gekleurd door de concrete feiten en omstandigheden) én in beginsel ruimer getrokken dan de gedragsnorm. De gedragsnorm is dus geen 'sjabloon', maar een 'standaard'.
32. Dit uitgangspunt ligt niet alleen in lijn met *Van Dooren q.q./Hendriks*, r.o. 3.5, maar ook met HR 1 maart 2002, *NJ 2002*, 296 (*Zwagerman*) m.nt. Maeijer, r.o. 3.4-3.6; HR 3 mei 2002, *NJ 2002*, 393 (*Da Costa Gomez-Brandao/Joral*) m.nt. Van Schilfgaarde, r.o. 3.5.2; en HR 9 juli 2004, *JOR 2004/266* (*Duplicado/Goedkoop q.q.*) m.nt. Van den Ingh, r.o. 3.4.2-3.5.2.
33. Een toets die aanzienlijk concreter is dan het binnen het Nederlandse ondernemingsrecht doorgaans gehanteerde vage begrip 'marginale toetsing'. Vgl. J.H.M. Willems, 'Vorm en inhoud: enige opmerkingen over de medezeggenschap in de rechtspraak van de Ondernemingskamer', *ArbeidsRecht* 2000, p. 15.
34. Vgl. in *Engeland Hutton v. West Cork Rly. Co.* (1983) 23 Ch 654 (CA): 'Bona fides cannot be the sole test, otherwise you might have a lunatic conducting the affairs of the company, and paying away its money with both hands in a manner bona fide yet perfectly irrational.' Het is aannemelijk dat gedrag te goeder trouw vaak ook rationeel gedrag is. Iets anders is of het rationele bestuurlijke gedrag ook als redelijk kwalificeert. Vgl. M.A. Eisenberg, *Corporations and other business organizations: cases and materials*, New York, N.Y., Foundation Press 2000, p. 546-547: '(...) a decision may be unreasonable if there are good reasons for and against the decision, but under the circumstances a person of sound judgment, giving appropriate weight to the reasons for and against, would not have made the decision. Accordingly, a decision may be unreasonable even though it was supported by some affirmative reasons and was therefore explicable, although on balance objectively undesirable.'
35. Anders wordt een objectieve redelijkheidstoets gehanteerd met alle risico's van dien. Vgl. *Corporations and other business organizations: cases and materials*, p. 547-548: 'As a result of a systematic defect in cognition known as the hindsight bias, (...) under a reasonableness standard of review fact-finders might too often erroneously treat decisions that turned out bad as bad decisions, and unfairly hold directors liable for such decisions. (...) people who knew that a bad outcome resulted from a decision overestimate the extent to which the outcome was predictable and, therefore, the extent to which the decisionmaker was at fault for making the decision that led to the outcome.'
36. De door Laurus (door)gevoerde Operatie Groenland biedt daarvan een treffend voorbeeld. Vgl. OK 16 oktober 2003, *JOR 2003/260* (*Laurus*) m.nt. Brink, r.o. 3.4.
37. Vgl. *Gagliardi v. TriFoods Int'l, Inc.*, 683 A.2d 1049 (Del. Ch. 1996): 'Whether a business decision is wise or foolish, low risk or high risk, or even that others may look back on it and agree that it was stupid is legally unimportant' en *Lewis v. Vogelstein*, 699 A.2d 327 (Del. Ch. 1997): 'Courts are ill-fitted to (...) judge appropriate degrees of business risk.'
38. Vgl. nogmaals *Corporations and other business organizations: cases and materials*, p. 548: 'To see how exceptional a rationality standard is, we need only think about the judgments we make in everyday life. It is common to characterize a person's conduct as imprudent or unreasonable, but it is very uncommon to characterize a person's conduct as irrational.'

4. Een tussenstap – de maatstaf 'ernstig verwijt' en 'werknemersgedragingen'

De in de inleiding genoemde auteurs besteden aandacht aan afbakeningsproblemen tussen het bereik van art. 2:9 BW enerzijds en art. 6:170 BW en art. 7:661 BW anderzijds. Het is ons inziens zinvol om de voor aansprakelijkheid vereiste maatstaf afhankelijk te stellen van de *hoedanigheid* waarin de bestuurder wordt aangesproken.³⁹ Als het gedragingen betreft die de bestuurder primair heeft verricht in de hoedanigheid van bestuurder, bijvoorbeeld terwijl hij de vennootschap vertegenwoordigt, ligt het voor de hand *exclusief* de weg van art. 2:9 BW (i.e. 'ernstig verwijt') te volgen, ook al gaat het om een bestuurder-werknemer. Daarentegen ligt exclusiviteit van art. 7:661 BW (i.e. 'opzet' dan wel 'bewuste roekeloosheid') meer voor de hand als het gedragingen betreft die de bestuurder-werknemer niet primair heeft verricht in hoedanigheid van bestuurder maar als *werknemer*, bijvoorbeeld door een ongeluk te veroorzaken op de werkvloer of op weg naar een bestuursvergadering een voetganger aan te rijden. Er is geen goede grond om ten aanzien van die laatste categorie gedragingen de bestuurder met een groter aansprakelijkheidsrisico te belasten dan een 'gewone' werknemer.

Dit voorkomt de in de literatuur wel gesignaleerde mogelijkheid van 'min of meer toevallige bevoordeling' van bestuurders die ook werknemer zijn, als het 'enge' criterium van art. 7:661 BW zou prevaleren boven het ruimere 'ernstig verwijt' criterium van art. 2:9 BW.⁴⁰ Het argument dat de vennootschap moet kunnen kiezen op welke grondslag zij de bestuurder aanspreekt is ons inziens niet steekhoudend, omdat de vennootschap negen, zo niet tien van de tien keer voor de maatstaf zal gaan die strenger is voor de bestuurder: art. 2:9 BW. Indien de bestuurder op een andere basis dan als werknemer in de vennootschap opereert, geldt art. 7:661 BW niet. Lid 3 van art. 6:170 BW verdeelt op vergelijkbare wijze de draagplicht tussen de vennootschap en een 'ondergeschikte'. Omdat art. 6:170 BW geen arbeidsrelatie veronderstelt, maar (niet nader benoemde) 'ondergeschiktheid', is art. 6:170 BW van toepassing op de bestuurder die geen werknemer is, maar dan uitsluitend wat betreft niet-bestuursgedragingen.

5. Vrijtekening en aansprakelijkheid jegens de vennootschap

De hiervoor uitgewerkte systematiek maakt een verfijndere beoordeling van gedragingen van bestuurders mogelijk. Dat maakt het tegelijkertijd mogelijk om in het debat over de vraag of de vennootschap – in de statuten of elders – een bestuurder bij voorbaat kan vrijtekenen voor eigen aanspraken ex art. 2:9 BW een genuanceerder standpunt in te nemen.

5.1. Loyale en bonafide bestuurders

Het belangrijkste argument voor het gangbare standpunt⁴¹ is dat voor aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW een 'ernstig verwijt' vereist is en een bestuurder zich juist door de vereiste hoge schuldgradatie niet kan en ook niet moet kunnen verschuilen achter 'vrijbrieven'. Voor bestuurlijk tekortschieten dat *niet* kwalificeert als 'ernstig verwijtbaar' heeft vrijtekenen geen zin, omdat aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW toch niet intreedt. Voor bestuurlijk tekortschieten dat *wel* kwalificeert als 'ernstig verwijtbaar' heeft vrijtekenen geen zin, omdat de vrijtekeningsbepaling *nietig* is via de band van art. 3:40 BW (i.e. strijdig met de openbare orde en/of de goede zeden, mogelijk ook strijdig met de wet⁴²) én – meer in het algemeen – in strijd is met het dwingendrechtelijke karakter van art. 2:9 BW (jo. art. 2:25 BW). Ook wordt wel betoogd dat een vrijtekeningsbepaling buiten toepassing dient te blijven in het geval de bestuurder zich 'ernstig verwijtbaar' heeft gedragen, omdat een beroep op de vrijtekening

dan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (art. 6:248 BW). De ratio is dat vrijtekening voor 'ernstig verwijtbaar' gedragingen niet strookt met de fiduciaire positie waarin de bestuurder staat tot de vennootschap en de onderneming.⁴³ Dat de voorstanders van een *beperkte* uitleg van het begrip 'ernstig verwijt' (i.e. 'opzet' dan wel 'bewuste roekeloosheid') menen dat exoneration niet mogelijk moet zijn, hoeft niet te verwonderen.⁴⁴ Wel verrassend vinden wij dat ook de voorstanders van een minder beperkte uitleg van het begrip 'ernstig verwijt' vrijtekening ontoelaatbaar achten, omdat het nietig is wegens strijd met art. 3:40 BW.⁴⁵

Waar voor het standpunt van eerstgenoemde schrijvers veel te zeggen valt – (doel)bewust ondermaats gedrag verdient in een dergelijke fiduciaire relatie immers geen bescherming – ontgaat ons de ratio van het standpunt van de laatstgenoemde schrijvers. In hun visie – en in de onze – kan sprake zijn van aansprakelijkheid wegens ernstig onzorgvuldig gedrag zonder dat de bestuurder zich van dat tekortschieten bewust is. Dergelijk gedrag 'te goeder trouw' kan ons inziens wel bescherming *verdienen*. Hieruit volgt dat wij het Nederlandse vennootschapsrecht in deze context een geclausuleerde mate van flexibiliteit toedichten. De vennootschap wordt anders de mogelijkheid ontnomen een *loyale* bestuurder de ruimte te geven om risico's te nemen in situaties die per definitie worden gekenmerkt door een chronisch gebrek aan informatie en die vaak geen lange bedenktijd toelaten, zolang de bestuurder zich in zijn eigen volle en eerlijke overtuiging maar verantwoord gedraagt in het belang van vennootschap en onderneming. Dit belang omvat het aandeelhoudersbelang, maar is daartoe niet beperkt. Vennootschappen die bereid zijn dat risico te nemen kunnen gebaat zijn bij een bestuurder die dat risico ook

39. Anders: *Vrijwaring voor bestuurders en commissarissen*, p. 608 en *Vrijwaring van bestuurders en commissarissen van een N.V. of B.V.*, p. 474. Vgl. echter *Moonen/Prickartz q.q.*, r.o. 3.2 en *Ernstig verwijtbaar handelende bestuurders van NV's en BV's*, p. 91.

40. In die sleutel bepleit Maeijer als oplossing in zijn noot sub 3 bij *Skipper Club Charter/Jaarsma* 'opzet' of 'bewuste roekeloosheid' ook als norm ex art. 2:9 BW te hanteren, terwijl Potjewijd in *Vrijwaring voor bestuurders en commissarissen*, p. 608 kiest voor het tegenovergestelde: ook in de context van art. 7:661 BW geldt het ruimere 'ernstig verwijt' als norm. Vgl. onder andere *Van de BV en de NV*, p. 140 en *Vrijwaring van bestuurders en commissarissen van een N.V. of B.V.*, p. 474–475.

41. Vgl. *Vrijwaring voor bestuurders en commissarissen*, p. 607; *Vrijwaring van bestuurders en commissarissen van een N.V. of B.V.*, p. 476–477; en E.A. de Jong, 'Het spookbeeld van decharge herrezen?', *Ondernemingsrecht* 2001, p. 235 met literatuurverwijzingen.

42. Dit is afhankelijk van het antwoord op de vraag of men art. 2:9 BW beschouwt als een bepaling die slechts een der partijen (de vennootschap) beoogt te beschermen. Het is verdedigbaar dat de bepaling ook strekt tot bescherming van 'hogere belangen', zoals dat ook wel werd betoogd ten aanzien van art. 3 Wte 1995 en ooit is uitgemaakt ten aanzien van art. 6 Wte (oud) in Hof Amsterdam 14 januari 1999, *JOR* 1999/35. Het belang van die uitspraak is overigens nadien verminderd (zie de noot van Grundmann-van de Krol bij Rb. Breda 20 augustus 2002, *JOR* 2002/178), maar alleen wat betreft de civielrechtelijke gevolgen van overtreding van *effectenrechtelijke* bepalingen.

43. Vgl. *Vertegenwoordiging en vennootschap*, p. 436–437.

44. *Vertegenwoordiging en vennootschap*, p. 436 en *Aansprakelijkheid van bestuurders*, p. 78–79.

45. *Van de BV en de NV*, p. 140. Dit standpunt moet alleen aan Winter worden toegeschreven, zowel gelet op de redactie van de laatste druk van 'het gele boek' als op P. van Schilfgaarde, *Misbruik van rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 1986, p. 76 waar wordt opgemerkt dat vrijtekening in beginsel geldig is zolang deze bepaling geen betrekking heeft op 'opzet' of 'grove schuld'. Zie ook *Vrijwaring voor bestuurders en commissarissen*, p. 607 en *Vrijwaring van bestuurders en commissarissen van een N.V. of B.V.*, p. 476 waarin opmerkelijk genoeg juist een beroep wordt gedaan op Maeijer en Wezeman.

durft te nemen, omdat hij zich tot op zekere hoogte geëxoneerd weet voor vorderingen van de vennootschap ex art. 2:9 BW. De ava kan altijd de vinger aan de pols houden door bepaalde besluiten of vertegenwoordigingshandelingen aan voorafgaande goedkeuring te onderwerpen. Iets anders is dat een bestuurder geen onbeperkte *carte blanche* kan worden gegeven, zelfs niet wanneer de ava daartoe haar toestemming verleent. De vennootschap zou zo verworden tot een *crime vehicle*, met alle – financiële – risico's van dien voor de vennootschap, haar onderneming én haar omgeving (*moral hazard*). Een dergelijke ruime vrijtekening moet inderdaad strijdig met de openbare orde en/of goede zeden worden geacht en derhalve nietig ex art. 3:40 BW.⁴⁶ Dit laat onverlet dat ons inziens voor de categorie van de *loyale* en *bonafide* 'onbehoorlijke taakvervulling' bestuurdersaansprakelijkheid kan worden uitgesloten door een vrijtekening op voorhand. De kernbepaling van een dergelijke vrijtekening zou kunnen luiden: '(...) een *loyale* bestuurder van de vennootschap is jegens de vennootschap niet aansprakelijk voor de schade die de vennootschap lijdt ten gevolge van enig handelen, nalaten daaronder begrepen, terzake waarvan komt vast te staan dat de bestuurder een "ernstig verwijt" treft, behoudens voor zover tevens komt vast te staan dat de bestuurder niet meende in het belang van de vennootschap te handelen.' De formulering zoekt aansluiting bij de toetsingsnorm (i.e. 'ernstig verwijt') en niet de gedragsnorm (i.e. 'behoorlijke taakvervulling'), opdat niet aanstonds wordt geoordeeld dat de bepaling in strijd is met art. 2:9 BW. De bepaling komt de bestuurder voorts zo ver mogelijk tegemoet door te verlangen dat de vennootschap de afwezigheid van goede trouw stelt en aannemelijk maakt.

5.2. Een dwarsverband met Delaware

Het is overigens – meer dan – interessant te zien dat in Delaware aandeelhouders sinds 1986 op basis van Section 102(b)(7) van de Delaware General Corporation Law de mogelijkheid hebben een statutaire vrijtekening van bestuurders op te nemen ('director protection statutes' of 'raincoat provisions') voor fouten die kwalificeren als schending van de 'duty of due care'.⁴⁷ In Delaware komt dit primair neer op fouten in het besluitvormingsproces (*process due care*), fouten die zelfs als grof nalatig (*gross negligence*) te kwalificeren vallen.⁴⁸ Inhoudelijke zorgvuldigheid (*substantive due care*) wordt hooguit indirect getoetst via de rationaliteits-toets. Het ontbreken van 'any rational business purpose' leidt in Delaware tot de aanname dat sprake is van 'bad faith' ('acts or omissions not in good faith') en dus gedrag 'niet te goeder trouw', niet tot een 'lack of due care'.⁴⁹ In navolging van Delaware hebben veel staten in de Verenigde Staten een soortgelijke faciliteit geschapen in deelstatelijke wetgeving. De directe aanleiding voor deze ontwikkeling is de uitspraak van het Hoogerechtshof van Delaware in 1985 inzake *Smith v. Van Gorkom*.⁵⁰ Daarin overwoog het hoogerechtshof dat de *loyale* en te goeder trouw handelende bestuurders van Trans Union Corp. aansprakelijk konden worden gesteld voor bijna USD 50 000 000 wegens een zonder directe aanleiding overhaaste, onvoldoende geïnformeerde en onvoldoende doordachte goedkeuring van een fusie, ondanks het feit dat de geboden prijs per aandeel Trans Union Corp. een premium bevatte van bijna 50% boven de marktprijs en terwijl de *investment banker* van Trans Union Corp. niet in staat was geweest een nog hogere prijs per aandeel te realiseren. Met name om te voorkomen dat het als gevolg van deze baanbrekende uitspraak vergrote risico van bestuurdersaansprakelijkheid in de weg zou staan aan het aantrekken van bewakame en vakkundige bestuurders, heeft de wetgever deze facultatieve vrijtekening ingebouwd.

De mogelijkheid die aan aandeelhouders in onder andere Delaware toekomt om een bestuurder vrij te tekenen voor aansprakelijkheid als gevolg van onbehoorlijke taak-

vervulling is dezelfde mogelijkheid die wij voorstaan in Nederland, met dien verstande dat wij de grens trekken bij (i) de *loyale* bestuurder die (ii) te goeder trouw meent in het belang van de vennootschap te handelen. De vrijtekening kan dan zowel beleidsvoorbereidend als beleidsinhoudelijk ernstig onzorgvuldig bestuurlijk gedrag dekken. Ons inziens zouden noch art. 2:25 BW⁵¹, noch de eisen van redelijkheid en billijkheid⁵², noch de openbare orde en/of goede zeden⁵³ hieraan in het algemeen in de weg staan, nu in alle redelijkheid niet in te zien valt waarom aan de vennootschap via de ava niet de mogelijkheid zou moeten kunnen toekomen een *loyale* en *bonafide* bestuurder een ruimere mate van bewegingsvrijheid te verschaffen, *zonder* daarvan een ongeclausuleerde vrijbrief te maken en daarmee interne bestuurdersaansprakelijkheid geheel te beperken.⁵⁴ Bij een decharge *achteraf* weten de aandeelhouders, mits voldoende geïnformeerd, voor welke bestuurlijke gedragingen decharge verleend wordt.⁵⁵ Bij vrijtekening *vooraf* weten de aandeelhouders ook op welke bestuurlijke gedragingen de exonertie ziet, zij het meer in abstracto. Het tot decharge bevoegde orgaan weet dus in beide gevallen waarvoor ontslag uit aansprakelijkheid wordt verleend. Waar zij dit achteraf kan, moet haar die mogelijkheid ook op voorhand toekomen, binnen de grenzen die de openbare orde en/of goede zeden daaraan stellen.⁵⁶ Hierin kan geen bezwaar gelegen liggen. Daarbij komt dat de vennootschap het bestuurlijk gedrag altijd ter toetsing kan voorleggen aan de rechter, door in

-
46. Zie ook HR 8 juli 1991, NJ 1991, 765 (*Hoeben/Metaal, Buizen en Voth*). Hoewel men zou kunnen betogen dat een dergelijke vrijtekening kan worden gezien als een herdefiniëring van de in casu vereiste behoorlijkheid van de taakvervulling, waardoor van onbehoorlijke taakvervulling pas sprake zou kunnen zijn bij gedragingen 'niet te goeder trouw', geven wij er om redenen van dogmatische zuiverheid de voorkeur aan een dergelijke vrijtekening te zien als een middel dat de onbehoorlijkheid van de taakvervulling niet voorkomt, maar wel bestuurdersaansprakelijkheid als gevolg daarvan.
 47. Section 102(b)(7) is niet van toepassing op '(1) any breach of the director's duty of loyalty to the corporation or its stockholders, (2) acts or omissions not in good faith or which involve intentional misconduct or a knowing violation of law, (3) unlawful payments of dividends or unlawful stock purchases or redemptions, and (4) any transaction from which the director derived an improper personal benefit'.
 48. Gezien de ruime definitie van 'gross negligence' zal niet iedere schending van de 'duty of due care' vrijtekenbaar zijn, gelet op de eis van Section 102(b)(7) onder (2) dat geen sprake mag zijn van 'acts or omissions not in good faith'. Vgl. *Kahn v. Roberts*, 679 A.2d 460 (Del. 1996): 'In the corporate context, gross negligence means reckless indifference to or a deliberate disregard of the whole body of stockholders, or actions which are without the bounds of reason.'
 49. Een beroep op Section 102(b)(7) is dan niet mogelijk, zie Section 102(b)(7) onder (2).
 50. *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858 (Del. 1985).
 51. Anders: onder andere *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, p. 458; *Aansprakelijkheid van bestuurders*, p. 78-79; *Rechtspersonen* (losbl.), aant. 12a; en *Ernstig verwijtbaar handelende bestuurders van NV's en BV's*, p. 94.
 52. Anders: *Vertegenwoordiging en vennootschap*, p. 436-437.
 53. Anders: *Van de BV en de NV* (Winter), p. 140.
 54. Vgl. *An economic rationale*, p. 693-694: '(...) the investor's expectation is that it is fine to have directors who are risk-takers, unencumbered by concepts of tort liability for failure to do all their homework, an innocent failure to disclose material facts, or even a sustained inattention not rising to the level of bad faith. These investors want to attract good, honest, independent, business-like directors. They do not want timid, risk-averse people managing the firm.'
 55. Ons inziens mag uit HR 22 oktober 1989, NJ 1990, 308 (*Ellem Beheer/De Bruin*) m.nt. Maeijer, r.o. 3.3-3.4 niet worden afgeleid dat de ava te allen tijde en voor iedere vorm van onbehoorlijke taakvervulling decharge kan verlenen. Ook deze bevoegdheid kent grenzen.
 56. Vgl. *Rechtspositie en aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, p. 480 en *Misbruik van rechtspersonen*, p. 76.

weerwil van de vrijtekening tegen de bestuurder een vorde-
ring ex art. 2:9 BW in te stellen.

6. Vrijwaring en aansprakelijkheid jegens derden

Het antwoord op de vraag of de vennootschap een bestuurder – in de statuten of elders – bij voorbaat kan vrijwaren voor aanspraken van derden ondanks ‘ernstig verwijtbare’ gedragingen van de bestuurder jegens de vennootschap en/of de derde, kan naar onze mening evenmin per definitie negatief worden beantwoord, anders dan algemeen wel wordt aangenomen.⁵⁷ Ook bij het analyseren van de ruimte voor vrijwaring is het van belang om onderscheid te maken tussen de hoedanigheid waarin de bestuurder-werknemer wordt aangesproken.

6.1. Onderscheid verhouding bestuurder-vennootschap en bestuurder-derde

Potjewijd neemt aan dat art. 6:170 BW (i.e. risicoaansprakelijkheid van de werkgever voor fouten van ondergeschikten) ook geldt voor een bestuurder. Onder het oude recht is dat inderdaad zo uitgemaakt.⁵⁸ Het gaat in art. 6:170 BW-gevallen – via de band van art. 6:162 BW – echter om aansprakelijkheid voor fouten van een bestuurder, die *uitsluitend* fouten zijn van de bestuurder (en niet van de vennootschap), maar die in een functioneel verband staan tot de bestuurlijke taakuitoefening en op die grond aan de vennootschap worden toegerekend. De nadruk ligt bij art. 6:170 BW op het niet-bestuurlijke gedrag, het werknemerschap, net zoals bij art. 7:661 BW.⁵⁹ Op grond van dat functionele verband is het niet meer dan redelijk dat de vennootschap – die immers profiteert van de taakuitoefening van de bestuurder-werknemer – de schade voor haar rekening neemt. Daartoe vestigt art. 6:170 BW risicoaansprakelijkheid van de vennootschap en is de vennootschap op grond van art. 6:170 lid 3 BW en art. 7:661 BW in beginsel draagplichtig. Die risicoaansprakelijkheid en draagplichtverdeling zien niet (juist niet!) op typische bestuurshandelingen, die immers *namens* de vennootschap worden verricht en dus niet in de eerste plaats fouten van de bestuurder opleveren. Het gaat bij art. 6:170 BW en art. 7:661 BW – om een voorbeeld te geven – om de bestuurder die op weg naar een bestuursvergadering een verkeersongeluk veroorzaakt. Reed de bestuurder 120 terwijl hij 100 mocht rijden, dan is vermoedelijk sprake van ongekwalificeerde ‘schuld’ (hetgeen voldoende is om aansprakelijkheid te vestigen), niet van ‘opzet’ of ‘bewuste roekeloosheid’. De vennootschap kan dan géén regres nemen op de bestuurder. Was de bestuurder bovendien dronken, dan zal al snel sprake zijn van ten minste ‘bewuste roekeloosheid’. De vennootschap kan dan wél regres nemen op de bestuurder, nu – aangenomen dat art. 6:170 BW of art. 7:661 BW geldt – de vennootschap volgens art. 6:170 lid 3 BW en art. 7:661 lid 1 BW slechts het recht van regres heeft indien de schade het gevolg is van ‘opzet’ of ‘bewuste roekeloosheid’ van de bestuurder. In alle andere gevallen dient de vennootschap de schade te dragen. De bestuurder die in dergelijke gevallen de schade reeds heeft vergoed, komt op zijn beurt een regresrecht toe jegens de vennootschap. Nu de wettelijke regeling reeds voorziet in een vrijwaring van de bestuurder-werknemer door de vennootschap, behalve in geval van ‘opzet’ en ‘bewuste roekeloosheid’, is een aanvullende vrijwaring voor ‘werknemersgedragingen’ ons inziens niet mogelijk en niet gewenst.

De hiervoor beschreven situatie moet worden onderscheiden van gevallen, waarin de vennootschap de *eerst* aansprakelijke is, bijvoorbeeld omdat zij haar verplichtingen jegens derden niet nakomt en de bestuurder *naast* de vennootschap aansprakelijkheid oploopt, omdat hem ter zake van het handelen van de vennootschap – waarbij hij instrumenteel was – persoonlijk een ‘voldoende ernstig verwijt’ treft.⁶⁰ Dit oordeel staat – eveneens – in de sleutel van

art. 6:162 BW, maar niet in die van art. 6:170 BW of art. 7:661 BW.⁶¹ Het gaat dus om situaties waarin de bestuurder de vennootschap vertegenwoordigend, iets doet wat hem ‘voldoende ernstig verwijtbaar’ is. De nadruk ligt op het bestuurderschap. De aard en de ernst van de gedraging jegens de derde dienen te rechtvaardigen dat de bestuurder niet langer uitsluitend als ‘orgaan’ van de vennootschap wordt beschouwd, maar dat hij van de vennootschap los wordt gezien en *persoonlijk* aansprakelijk wordt geacht voor hetgeen hij uit naam van de vennootschap heeft gedaan. Een vrijwaring door de vennootschap voor aanspraken van derden voortvloeiend uit dergelijke bestuurdersgedragingen achten wij mogelijk en – als uitvloeisel van onze opvatting ten aanzien van art. 6:170 BW en art. 7:661 BW – zonder meer gerechtvaardigd, nu er voor bestuurdersgedragingen geen wettelijke regresregeling voorhanden is. Een bestuurder zal zich alleen dan op de vrijwaring willen beroepen, indien hij met succes is aangesproken (daargelaten de kosten van verdediging, die hem reeds eerder kunnen worden vergoed of voorgeschoten). Het staat in dat geval vast dat de bestuurder jegens de derde onrechtmatig heeft gehandeld. De mate waarin de vennootschap de bestuurder mag vrijwaren (lees: de gevallen waarin de bestuurder op een eerder gegeven vrijwaring een beroep kan doen) hangt ons inziens af van een dubbele toets. In de eerste plaats moet worden vastgesteld welke gradatie van ‘ernstig verwijt’ de bestuurder is gemaakt ter zake van zijn gedragingen jegens de derde. In de tweede plaats – en afzonderlijk te toetsen – moet worden uitgemaakt hoe deze gedragingen hebben te gelden in de relatie tot de vennootschap. Deze dubbele toets is noodzakelijk, omdat gedragingen die als ‘voldoende ernstig verwijtbaar’ gelden jegens een derde niet automatisch ‘ernstig verwijtbaar’ zijn jegens de vennootschap. Dat is niet alleen zo in theorie, maar het is ook een positie die in de rechtspraak aan de orde is geweest, in een (aanverwant) geval waarin het gerechtshof oordeelde dat geen sprake was van onbehoorlijk bestuur ex art. 36 Iw 1990, maar wel van onrechtmatig handelen jegens de Ontvanger.⁶²

6.2. Uitwerking dubbele toets

De vervolgvraag is wat de uitkomst moet zijn van deze dubbele toets, wil een bestuurder zich op een vrijwaring kunnen beroepen. De eerste toets betreft de relatie tot de derde.

-
57. Aldus *Vrijwaring van bestuurders en commissarissen van een N.V. of B.V.*, p. 477-478.
58. HR 4 november 1988, *NJ* 1988, 244 (*Shell/Van Dooren*) m.nt. Maeijer.
59. Anders dan *Vrijwaring voor bestuurders en commissarissen*, p. 609 menen wij dat art. 2:9 BW niet toepasselijk kan zijn náást art. 6:170 BW. Het is het een of het ander. Borrius meent in *Behoorlijk bestuur: één gedragsnorm*, p. 81 dat de ernst van de gedraging bepaalt of aansprakelijkheid als werknemer aan de orde komt. Ook dat lijkt ons niet juist.
60. Vgl. HR 18 februari 2000, *NJ* 2000, 295 (*New Holland Belgium/Oosterhof*) m.nt. Maeijer, r.o. 3.4.1 en HR 6 juni 2003, *NJ* 2003, 563 (*Kuipers/Wentink*), r.o. 3.4. Men kan zich afvragen of het benoemen van deze maatstaf als ‘voldoende ernstig verwijt’ in deze context wel wenselijk en zuiver is, nu in de context van art. 2:9 BW (i.e. situaties waarin bestuurders als *ondernemer* risico lopen) de qua naamgeving vergelijkbare, maar qua inhoud afwijkende maatstaf ‘ernstig verwijt’ wordt gehanteerd.
61. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan betalingsonwil van de bestuurder (HR 3 april 1992, *NJ* 1992, 411 (*Van Waning/Van der Vliet*) m.nt. Maeijer, r.o. 3.3), aan voor de bestuurder voorzienbare betalingsonmacht van de vennootschap (HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286 (*Stimulan/Klaas*) m.nt. Maeijer, r.o. 3.1-3.2), of aan een schending van de zorgplicht jegens crediteuren van een derde (HR 21 december 2001, *JOR* 2001/38 (*Sobi/Hurks*) m.nt. Faber en Bartman, r.o. 5.4.6-5.4.7).
62. Zie HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002, 94 (*B. en R./Ontvanger*) m.nt. Maeijer.

Wij menen dat in de relatie tot de derde de mate van schuld hoger mag zijn dan in de relatie tot de vennootschap (jegens wie de bestuurder een fiduciaire positie inneemt), voordat de bestuurder het recht verspeelt om zich op een vrijwaring te beroepen. In de verhouding tot de derde zouden wij willen aanknopen bij de trede die verzekeraars hanteren bij het bepalen of onder de betreffende omstandigheden plaats is voor een uitkering. Franssen van de Putte beschrijft de 'schuldladder' die door verzekeraars wordt gehanteerd.⁶³ Het valt op dat een D(irectors)&O(fficers)-verzekering alleen dan niet uitkeert, als sprake is van 'opzet' en de meest ernstige vorm van 'voorwaardelijk opzet', het 'zekerheidsbewustzijn'.⁶⁴ 'Bewuste roekeloosheid' valt hier buiten. De vennootschap moet niet gedwongen worden tot een keuze tussen verzekeren en vrijwaren op andere dan economische gronden: is het verantwoord om het risico zelf te dragen of niet? Met name ligt het niet voor de hand om ethische bezwaren te koesteren tegen het vrijwaren, terwijl diezelfde bezwaren – in weerwil van de bestaande praktijk – evenzeer gelden voor het verzekeren. Wij zouden menen dat alleen een vrijwaring voor 'opzettelijk' dan wel met 'zekerheidsbewustzijn' toegebrachte schade in strijd is met de openbare orde en/of de goede zeden, en derhalve nietig ex art. 3:40 BW. De tweede toets betreft de relatie tot de vennootschap. Hier geldt onverkort wat hiervoor is betoogd met betrekking tot art. 2:9 BW. Maakt de bestuurder aanspraak op vergoeding onder de vrijwaring, dan dient de vennootschap te beoordelen of zijn gedragingen jegens de derde niet ook in strijd zijn geweest met art. 2:9 BW en dus in de verhouding bestuurder-vennootschap een 'ernstig verwijt' opleveren. In dat geval immers is de bestuurder jegens de vennootschap schadeplichtig en zal de vennootschap zich erop kunnen beroepen dat zij over een verrekenbare tegenvordering beschikt. Heeft de vennootschap de loyale en bonafide bestuurder echter vrijgetekend, dan kan ook een dergelijke bestuurlijke tekortkoming die wel degelijk kwalificeert als 'ernstig verwijtbaar' niet verhinderen dat de bestuurder een succesvol beroep toekomt op de vrijwaring, zelfs al kan de onbehoorlijke gedraging van de bestuurder jegens de derde worden gekwalificeerd als 'niet te goeder trouw' (want bijvoorbeeld 'bewust roekeloos').

7. Conclusie

Onbehoorlijke taakvervulling ex art. 2:9 BW laat zich vertalen als en staat dus gelijk aan ernstig verwijtbaar bestuurlijk gedrag. Een 'ernstig verwijt' valt in twee componenten uiteen: in het licht van de concrete feiten en omstandigheden is het bestuurlijke gedrag duidelijk (i) ernstig onzorgvuldig en (ii) verwijtbaar. Handelen of nalaten te goeder trouw staat aan aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW niet in de weg. Door de vereiste ernst van het onzorgvuldige gedrag zal de bestuurder al snel het verwijt treffen dat hij dit tekortschieten behoorde te beseffen. Soms is de vereiste ernst van de onzorgvuldigheid relatief eenvoudig vast te stellen (vergelijk *Schwandt/Berghuizer Papierfabriek*). Soms ook niet, met name niet wanneer het gaat om beleidsaspecten waarbinnen de bestuurder een ruime beleidsvrijheid toekomt, zoals in de context van ondernemingsbeleid. In die gevallen is het wenselijk dat de rechter zich terughoudend opstelt en een *rationaliteits*toets toepast. Wanneer het risico van belangenverstrengeling dreigt bestaat voor een dergelijke terughou-

dende toetsing onvoldoende rechtvaardiging en kan minder ernstig onzorgvuldig bestuurlijk gedrag al onaanvaardbaar worden geacht.

Onze invulling van de maatstaf 'ernstig verwijt' geeft een genuanceerde kijk op vrijtekening en vrijwaring. Een beroep op vrijtekening door een loyale bestuurder is ook mogelijk bij een 'ernstig verwijt' ex art. 2:9 BW, zolang geen sprake is van gedragingen 'niet te goeder trouw'. Een beroep op vrijwaring door de bestuurder is ook mogelijk indien hem door de derde een 'voldoende ernstig verwijt' ex art. 6:162 BW kan worden gemaakt, zolang geen sprake is van een schuldgraad die onverzekerbaar zou zijn. De vrijwaring biedt de bestuurder echter geen remedie als tegelijkertijd sprake is van een 'ernstig verwijt' ex art. 2:9 BW, dus in zijn relatie tot de vennootschap. Dat is alleen anders indien de bestuurder tegelijkertijd is vrijgetekend. In dat geval kan de loyale bestuurder zelfs bij een beperkt 'voldoende ernstig verwijt' een beroep doen op de vrijwaring, mits in de relatie tussen de bestuurder en de vennootschap het 'ernstige verwijt' schuilt in gedragingen 'te goeder trouw'. Aan de combinatie van vrijtekening en vrijwaring – binnen de door ons getrokken grenzen – kan de bestuurder bescherming tegen aansprakelijkheid ontnemen die verder gaat dan de meeste schrijvers willen aannemen.

Mr. drs. B.F. Assink is advocaat te Amsterdam en schrijft een rechtsvergelijkend proefschrift over rechterlijke toetsing van ondernemingsbeleid.

Mr. P.D. Olden is advocaat te Amsterdam.

63. A.S. Franssen van de Putte, 'Vrijwaring en verzekering', in: G. van Solinge & M. Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2003-2004*, Deventer: Kluwer 2004, p. 499.

64. Vgl. HR 30 mei 1975, NJ 1976, 572 (*Goudse Verzekering Maatschappij/Muller*) m.nt. Wachter. Zie ook *Vrijwaring voor bestuurders en commissarissen*, p. 611.