

# Nieuwe piketpalen bij aansprakelijkheidsvorderingen tegen indirecte bestuurders via art. 2:11 BW

*Mr. Y.A. Wehrmeijer en mr. J.P.W.M. van Heijningen\**

## 1 Inleiding

Aanleiding voor deze bijdrage is het arrest van de Hoge Raad van 17 februari 2017.<sup>1</sup> Aan de orde is een externe bestuurdersaansprakelijkheidsvordering van een crediteur tegen een bestuurder van de rechtspersoon-bestuurder van de contractuele wederpartij van de crediteur. De bestuurder van de rechtspersoon-bestuurder wordt vaak aangeduid als ‘indirecte bestuurder’ of ‘tweedegraads bestuurder’. De vraag die aan de Hoge Raad ter beantwoording is voorgelegd, gaat over de reikwijdte van art. 2:11 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Art. 2:11 BW bepaalt dat de aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon tevens hoofdelijk rust op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon daarvan bestuurder is. Specifiek speelde hier de vraag of de hoofdelijke aansprakelijkheidsregeling van art. 2:11 BW ten aanzien van indirecte bestuurders ook van toepassing is in het geval de rechtspersoon-bestuurder persoonlijk aansprakelijk is op grond van een onrechtmatige daad uit hoofde van art. 6:162 BW, en zo ja, welke maatstaf daarbij geldt.

Over het antwoord op die vraag bestond discussie in de literatuur. In lagere rechtspraak was reeds aangenomen dat art. 2:11 BW ook van toepassing is bij de persoonlijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder op grond van art. 6:162 BW. De Hoge Raad volgt die lijn en concludeert dat art. 2:11 BW van toepassing is op elke wettelijke aansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder. De maatstaf die de Hoge Raad aanlegt, is de volgende: als (1) een rechtspersoon-bestuurder persoonlijk aansprakelijk is op grond van art. 6:162 BW, is (2) de indirecte bestuurder via art. 2:11 BW hoofdelijk aansprakelijk voor het geheel, tenzij (3) de indirecte bestuurder stelt en zo nodig bewijst dat hem persoonlijk geen ernstig verwijt kan worden gemaakt van de gedragingen waarop de aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder is gebaseerd. De Hoge Raad kiest aldus voor een creditorsvriendelijke aanpak bij aansprakelijkheidsvorderingen tegen indirecte bestuurders die op art. 2:11 BW zijn gebaseerd, aangezien de crediteur

bij een dergelijke vordering tegen de indirecte bestuurder(s) niet opnieuw (zoals ten aanzien van de rechtspersoon-bestuurder) een persoonlijk ernstig verwijt hoeft te stellen of te bewijzen.

Hierna bespreken wij eerst het juridisch kader voor bestuurdersaansprakelijkheid (par. 2). Daarbij gaan wij in op de discussie die in de literatuur en rechtspraak speelde. Vervolgens bespreken wij het arrest van de Hoge Raad en hoe dit arrest tot nu toe is ontvangen (par. 3). Wij sluiten af met een conclusie (par. 4).

## 2 Bestuurdersaansprakelijkheid van de indirecte bestuurder

### 2.1 Bestuurdersaansprakelijkheid: intern en extern

Een bestuurder die zijn taak niet behoorlijk vervult, is ingevolge art. 2:9 BW (hoofdelijk) aansprakelijk tegenover de vennootschap. De hoofdelijke aansprakelijkheid geldt niet indien een individuele bestuurder aantoonbaar dat de tekortkoming niet aan hem is te wijten en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. Art. 2:9 BW betreft de verplichtingen van de bestuurder jegens de vennootschap waartoe de bestuurder in een contractuele verhouding staat. Men spreekt in dit verband over de interne aansprakelijkheid van de bestuurder.<sup>2</sup> Een bestuurder kan ook aansprakelijk zijn jegens derden op grond van onrechtmatige daad. Men spreekt dan over externe aansprakelijkheid.<sup>3</sup> Aansprakelijkheid jegens derden wordt in het algemeen alleen dan aangenomen indien de bestuurder, gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW, een ‘voldoende ernstig verwijt’ kan worden gemaakt.<sup>4</sup> Naast deze aansprakelijkheden kent Boek 2 BW diverse andere specifieke bepalingen voor aansprakelijkheid van bestuurders en andere functionarissen (bijvoorbeeld art. 2:69/180 lid 2, 2:138/248 en 2:139/249 BW).<sup>5</sup>

\* Mr. Y.A. Wehrmeijer en mr. J.P.W.M. van Heijningen zijn advocaat bij Houthoff Buruma te Amsterdam, werkzaam in de praktijkgroep Corporate & Commercial Litigation.

1. HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275.

2. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/445.

3. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/469.

4. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/469; HR 8 december 2006, NJ 2006/659 (Ontvanger/Roelofsen).

5. Deze bepalingen laten wij hier buiten beschouwing.

### 2.2 Wetsgeschiedenis bij art. 2:11 BW

De aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon rust op grond van art. 2:11 BW tevens hoofdelijk op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon daarvan bestuurder is. Art. 2:11 BW voorziet daarmee in een doorschakeling van aansprakelijkheid die voor rechtspersoon-bestuurders uit de wet voortvloeit naar de achterliggende personen. De toepassing van art. 2:11 BW kan worden herhaald totdat uiteindelijk iedere in de bestuurdersketen aanwezige rechtspersoon is gepasseerd. Art. 2:11 BW strekt ertoe uitbreiding te geven aan de categorie van personen die onder het regime van de bestuurdersaansprakelijkheid vallen.<sup>6</sup> Uit de wetsgeschiedenis volgt dat art. 2:11 BW van toepassing is op aansprakelijkheden voor de uitoefening van de functie van bestuurder die uit de wet voortvloeien. Het bestaan van aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder is een voorwaarde voor de aansprakelijkheid van de indirecte bestuurder op basis van deze bepaling. Het gaat erom dat de rechtspersoon-bestuurder onder het toepassingsgebied van de betreffende aansprakelijkheidsregeling valt, ook als uitsluitend de indirecte bestuurder en niet de rechtspersoon-bestuurder wordt aangesproken.<sup>7</sup>

Tot het arrest van de Hoge Raad dat in deze bijdrage centraal staat, bestond discussie over de vraag of aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder uit hoofde van onrechtmatige daad eveneens onder de werking van art. 2:11 BW valt en de hoofdelijke aansprakelijkheid van de indirecte bestuurders 'triggert'.

Tijdens de parlementaire behandeling bij art. 2:11 BW zei de minister daarover het volgende:<sup>8</sup>

'Waarom de aansprakelijkheid ex artikel 1401 tegenover schuldeisers (...) boek 2 BW zouden zijn uitgesloten, is mij niet duidelijk.'

De minister zag dus geen redenen dat (thans) art. 6:162 BW niet onder de werking van art. 2:11 BW zou kunnen vallen. In de literatuur werd daarover echter verschillend gedacht<sup>9</sup> en ook de lagere rechters waren het niet met elkaar eens.

### 2.3 Discussie in literatuur en rechtspraak

Een meerderheid in de literatuur was van mening dat aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad eveneens onder de werking van art. 2:11 BW valt. Daarbij werd met name

gesteund op de parlementaire geschiedenis, zoals hierboven geciteerd, waar de minister overweegt dat hem niet duidelijk is waarom aansprakelijkheid uit art. 1401 (thans art. 6:162) BW zou zijn uitgesloten.<sup>10</sup>

Tegenstanders van toepasselijkheid van art. 2:11 BW in geval van bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW hebben erop gewezen dat art. 2:11 BW, net als de (bestuurders)aansprakelijkheidsbepalingen in Boek 2 BW, uitgaat van een collectieve aansprakelijkheid. De bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW is geen hoofdelijke maar een individuele aansprakelijkheid: per aangesproken individuele bestuurder dient bewezen te worden dat hem een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt van de schade die door niet-nakoming/onrechtmatig handelen van de vennootschap is geleden. Toepassing van art. 2:11 BW heeft, indien art. 6:162 BW de grondslag van aansprakelijkheid is, tot gevolg dat indirecte bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn daar waar voor directe bestuurders een individuele aansprakelijkheid geldt.<sup>11</sup>

Een van de tegenstanders, Roest, meent daarom in haar noot bij een uitspraak van het Hof Den Haag dat het dogmatisch niet zuiver is te oordelen dat art. 2:11 BW van toepassing is bij op art. 6:162 BW gebaseerde vorderingen. Zij verwijst daarbij naar Wezeman en Lennarts, die er in hun dissertaties op hadden gewezen dat art. 2:11 BW slechts ertoe strekt dat tegen indirecte bestuurders dezelfde aansprakelijkheidsbepalingen kunnen worden ingeroepen als tegen directe bestuurders en dat toepassing van art. 2:11 BW bij een op art. 6:162 BW gebaseerde vordering 'zinloos' is, aangezien tegen een indirecte bestuurder al op basis van art. 6:162 BW kan worden geprocedeerd.<sup>12</sup>

Lagere rechters hebben in verschillende uitspraken al aangenomen dat art. 2:11 BW van toepassing is bij aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW.<sup>13</sup> In die uitspraken zijn de rechters echter niet eensgezind over de vraag of de indirecte bestuurder een disculpatiemogelijkheid heeft of dat de eiser een stelplicht en bewijslast heeft aan te tonen dat sprake is van een persoonlijk ernstig verwijt.

Het Hof Arnhem-Leeuwarden en in navolging daarvan de Rechtbank Den Haag waren van oordeel dat vereist is dat de

6. Strik, in: T&C Ondernemingsrecht, art. 2:11 BW, aant. C (online, laatst bijgewerkt op 8 juni 2015).  
7. Strik, in: T&C Ondernemingsrecht, art. 2:11 BW, aant. C (online, laatst bijgewerkt op 8 juni 2015).  
8. Kamerstukken I 1985/86, 16631, 27b, p. 22.  
9. Voorstanders toepassing: Assink/Slagter, Compendium 2013, par. 15, p. 270; Huizink, in: GS Rechtspersonen, art. 2:11 BW, aant. 6.5 en Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/476. Tegenstanders: J.B. Wezeman, Aansprakelijkheid van bestuurders (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1998, p. 372-373, M.L. Lennarts, Concernaansprakelijkheid (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1999, p. 263-265 en Rb. Den Haag 16 september 2015, JOR 2016/3 m.nt. J. Roest.

10. Zie Rb. Den Haag 16 september 2015, JOR 2016/3 m.nt. J. Roest en Kamerstukken I 1985/86, 16631, 27b, p. 22.  
11. Zie Rb. Den Haag 16 september 2015, JOR 2016/3 m.nt. J. Roest, Hof Arnhem-Leeuwarden 25 november 2014, JOR 2015/3 m.nt. J. van Bekkum, J. Hellings, Persoonlijke verwijtbaarheid en art. 2:11 BW: gaat dat samen?, FIP 2013, afl. 3, p. 85-86 en Hof Arnhem-Leeuwarden 15 oktober 2013, JIN 2014/8 m.nt. Van der Kraan.  
12. Zie Rb. Den Haag 16 september 2015, JOR 2016/3 m.nt. J. Roest, Wezeman 1998, p. 372 en Lennarts 1999, p. 263.  
13. Zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 1 mei 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW5200 (TVM/X.), r.o. 8.5, Rb. Den Haag 18 maart 1998, JOR 1998/132 (Ontvanger/Moonen), r.o. 4.1, Rb. Arnhem 6 december 2006, JOR 2007/109 (Brouwer o.g. Barneveld/Cluistra c.s.), r.o. 4.9, Rb. Utrecht 30 juli 2008, JOR 2009/32 (Goethals q.q./MJW Consultancy c.s.), r.o. 4.35 en Rb. Arnhem 9 mei 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW7724, r.o. 4.2.

bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt dient te kunnen worden gemaakt. Zo oordeelde de Rechtbank Den Haag in overeenstemming met het Hof Arnhem-Leeuwarden:

‘De grondslag van aansprakelijkheid kan echter ook gelegen zijn in bijvoorbeeld art. 6:162 BW (...) In zodanig geval ligt het voor de hand om te oordelen dat voor aansprakelijkheid van de tweedegraads bestuurder nog steeds moet worden geëist dat hem persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Zou Van der Wildt namelijk eerstegraads bestuurder van LvZ zijn geweest, dan zou voor aansprakelijkheid van Van der Wildt op grond van art. 6:162 BW ook zijn vereist dat hem persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Van de antimisbruikbepaling van art. 2:11 BW kan evenmin de bedoeling zijn dat álle tweedegraads bestuurders zonder meer aansprakelijk zijn op de enkele grond dat een andere collega-bestuurder persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. De door IPP voorgestane letterlijke toepassing van art. 2:11 BW op Van der Wildt leidt, gelet op het voorgaande, niet zonder meer tot zijn aansprakelijkheid.’<sup>14</sup>

Roest meent dat deze toepassing van art. 2:11 BW bij een op art. 6:162 BW gebaseerde vordering tegenstrijdig is. Eerst wordt namelijk geoordeeld dat art. 2:11 BW bij onrechtmatigedaadvorderingen van toepassing is. Met dat uitgangspunt is verbonden dat indirecte bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn. Vervolgens wordt de in art. 2:11 BW vervatte collectieve aansprakelijkheid verlaten doordat wordt geoordeeld dat eiser ten aanzien van (ieder van de) indirecte bestuurders dient te onderbouwen (dus te stellen en zo nodig te bewijzen) dat hem ‘persoonlijk een voldoende ernstig verwijt treft’.<sup>15</sup>

Het Hof 's-Hertogenbosch koos voor een andere benadering, namelijk een disculpatiemogelijkheid. Dit hof oordeelde dat de bestuurder omstandigheden kan aanvoeren op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem ter zake van het onrechtmatig handelen van de directe bestuurder geen persoonlijk verwijt gemaakt kan worden:

‘Anders dan [geïntimideerde] c.s. aanvoeren, is het hof van oordeel dat art. 2:11 BW ook van toepassing [is] op de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, zoals blijkt uit de parlementaire geschiedenis (Kamerstukken I, 1985-86, 16 631, nr. 27b, p. 22). Dat de bestuurders zich niet verweeren met de bedoeling zich achter de rechtspersoon te verschuilen maakt dat niet anders.

Naar het oordeel van het hof moet art. 2:11 BW in het geval van aansprakelijkheid als hier aan de orde is zo worden begrepen dat de aansprakelijkheid in elk geval tevens hoofdelijk rust op iedere tweedegraadsbestuurder, behou-

dens door de bestuurder aan te voeren omstandigheden op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem/haar ter zake van het onrechtmatig handelen geen persoonlijk verwijt gemaakt kan worden.’<sup>16</sup>

Uit het voorgaande volgt dat er tot het arrest van de Hoge Raad drie visies waren te onderscheiden:

1. Art. 2:11 BW is alleen bedoeld voor interne aansprakelijkheid. Aansprakelijkheid van een indirecte bestuurder jegens derden kan op grond van art. 6:162 BW worden gestoeld.<sup>17</sup>
2. Aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad van de rechtspersoon-bestuurder valt eveneens onder de werking van art. 2:11 BW. Eiser dient te stellen en bewijzen dat er sprake is van ‘persoonlijk voldoende ernstig verwijt’.<sup>18</sup>
3. Aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad van de rechtspersoon-bestuurder valt eveneens onder de werking van art. 2:11 BW. De indirecte bestuurder dient te stellen en bewijzen dat hem geen ‘persoonlijk voldoende ernstig verwijt’ kan worden gemaakt.<sup>19</sup>

### 3 Arrest van de Hoge Raad

#### 3.1 Feiten

De casus die aan het arrest ten grondslag ligt, is als volgt. Verweerster in cassatie is Le Roux, fruitexporteur in Zuid-Afrika. Le Roux levert druiven aan commissionairs. Dezen verkopen de druiven en dragen de opbrengst daarvan na aftrek van kosten en een commissionairsvergoeding af aan Le Roux.

Voor de verkoop in Europa heeft Le Roux in 2001 een overeenkomst gesloten met de vennootschap Hyka B.V. (hierna: Hyka). Enig bestuurder en aandeelhouder van Hyka is X B.V. (hierna: Holding). Het bestuur van Holding wordt gevormd door de eiser tot cassatie (hierna: K) en zijn broer (hierna: W).

De afrekening tussen Hyka en Le Roux vond plaats op basis van zogenaamde *Out-Turn Statements* (OTS'en) die Hyka opstelde. Le Roux heeft in 2005 een vordering tot schadevergoeding tegen Hyka ingesteld. Le Roux verweet Hyka over 2001 en 2002 stelselmatig aan Le Roux lagere prijzen te hebben verantwoord dan zij had gerealiseerd en hogere douanerechten te hebben voorgespiegeld dan zij had afgedragen. De rechtbank heeft geoordeeld dat Hyka schadeplichtig is jegens Le Roux. Tot een eindvonnis is het niet gekomen: Hyka is op 13 juni 2008 failliet verklaard.

16. Hof 's-Hertogenbosch 1 mei 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW5200 (TVM/X.), r.o. 8.5.

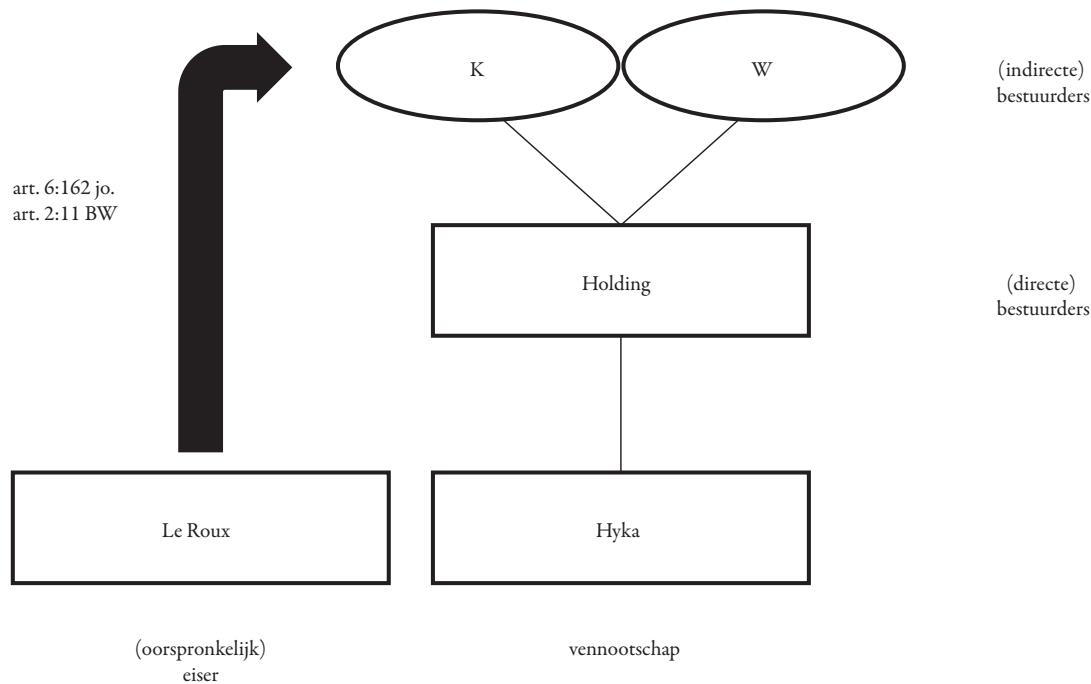
17. Zie Rb. Den Haag 16 september 2015, JOR 2016/3 m.nt. J. Roest, Wezman 1998, p. 372 en Lennarts 1999, p. 263.

18. Zie Rb. Den Haag 16 september 2015, JOR 2016/3 m.nt. J. Roest en Hof Arnhem-Leeuwarden 15 oktober 2013, JOR 2014/3, r.o. 4.3.

19. Hof 's-Hertogenbosch 1 mei 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW5200 (TVM/X.), r.o. 8.5.

14. Rb. Den Haag 16 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11218 en Hof Arnhem-Leeuwarden 15 oktober 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:7697.

15. Zie Rb. Den Haag 16 september 2015, JOR 2016/3 m.nt. J. Roest.



Le Roux heeft aansluitend schadevergoeding gevorderd van Holding en haar bestuurders, omdat zij als (directe respectievelijk indirecte) bestuurders van Hyka onrechtmatig hebben gehandeld jegens Le Roux. Le Roux voert daarvoor twee feitelijke grondslagen aan: (1) het waren de bestuurders die stelselmatig lagere prijzen en hogere douanerechten aan Le Roux hadden voorgespiegeld, en (2) het onttrekken van geldbedragen aan het voor verhaal vatbare vermogen van Hyka. In figuur 1 is deze zaak schematisch weergegeven.

### 3.2 Beoordeling door de rechtbank

In eerste aanleg oordeelde de rechtbank ten aanzien van K dat Le Roux niet concreet heeft gesteld en onderbouwd dat en in welk opzicht K persoonlijk van doen heeft gehad met de beweerdelijk valse OTS'en en waarom ook hem ter zake een persoonlijk verwijt zou treffen. Om die reden heeft de rechtbank niet aangenomen dat K in dit opzicht een onrechtmatige daad jegens Le Roux heeft gepleegd. Tegen dit oordeel richt Le Roux haar incidenteel appel.<sup>20</sup>

### 3.3 Beoordeling door het hof

Het hof oordeelde vervolgens als volgt. De grondslag van de aansprakelijkheid van een bestuurder op grond van art. 2:11 BW kan gelegen zijn in diverse wetsartikelen van Boek 2 BW, zoals art. 2:9 en 2:248 BW. Daarvoor is in de wetsgeschiedenis voorzien dat de in die artikelen opgenomen individuele disculpatiemogelijkheden ook openstaan voor de indirecte bestuurders. De grondslag van aansprakelijkheid kan echter ook gelegen zijn in bijvoorbeeld art. 6:162 BW. Het hof oordeelde dat de disculpatiemogelijkheid niet geldt, maar de indirecte

bestuurder alsnog een persoonlijk ernstig verwijt moet kunnen worden gemaakt:

'In zodanig geval ligt het voor de hand om te oordelen dat voor aansprakelijkheid van de tweedegraadsbestuurder nog steeds moet worden geëist dat hem persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Zouden [eiser] en [betrokkene 1] namelijk eerstegraads bestuurders van [A] zijn geweest, dan zou voor aansprakelijkheid van [eiser] op grond van artikel 6:162 BW ook zijn vereist dat hem persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Van de antimisbruikbepaling van artikel 2:11 BW kan niet de bedoeling zijn dat alle tweedegraads bestuurders zonder meer aansprakelijk zijn op de enkele grond dat één van hun collega bestuurders persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. De door [verweerster] voorgestane letterlijke toepassing van artikel 2:11 BW op [eiser] leidt dus niet zonder meer tot zijn aansprakelijkheid.<sup>21</sup>

Dit is dus in lijn met visie 2 (zie par. 2.3).

### 3.4 Beoordeling door de Hoge Raad

De Hoge Raad stelt voorop dat de ratio van art. 2:11 BW is te voorkomen dat een natuurlijk persoon zich achter de rechtspersoonlijkheid van een rechtspersoon-bestuurder kan verschuilen wanneer benadeling van schuldeisers het gevolg is van slecht of onbehoorlijk bestuur:

20. Hof Arnhem-Leeuwarden 15 oktober 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:7697, r.o. 4.1.

21. Hof Arnhem-Leeuwarden 15 oktober 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:7697, r.o. 4.3.

‘De verhaalsaansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder is immers beperkt tot het (mogelijk geringe) vermogen van die rechtspersoon.

Art. 2:11 BW is ingevoerd als minder vergaand alternatief voor een verbod op een rechtspersoon als bestuurder, bij welk alternatief als het ware wordt heengezien door de rechtspersoon-bestuurder en naast deze ook zijn bestuurders aansprakelijk worden in de gevallen waarin de wet aansprakelijkheid van bestuurders regelt. (Vgl. Kamerstukken II 1980-1981, 16 631, nr. 3, p. 1-3)<sup>22</sup>

Vervolgens stelt de Hoge Raad onder verwijzing naar de eerder genoemde opmerking van de minister dat uit de ratio van art. 2:11 BW geen beperking voortvloeit voor toepassing van art. 6:162 BW:

‘Noch uit de tekst, noch uit de ratio van art. 2:11 BW volgt dat een beperking is beoogd tot toepassing van art. 2:11 BW op een of meer bepaalde wettelijke grondslagen van bestuurdersaansprakelijkheid. Deze uitleg van art. 2:11 BW strookt met de opmerking van de minister van Justitie tijdens de parlementaire behandeling van deze bepaling, dat hem niet duidelijk is waarom de aansprakelijkheid ingevolge (thans) art. 6:162 BW tegenover schuldeisers en die uit (thans) art. 2:9 BW zouden zijn uitgesloten en dat deze wettelijke aansprakelijkheden te vergelijken zijn met die van art. 2:138 BW en art. 2:248 BW (Kamerstukken I 1985-1986, 16 631, nr. 27b, p. 22).<sup>23</sup>

Een indirecte bestuurder die uit hoofde van de wetsbepaling waaruit de aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder voortvloeit een grond tot disculpatie heeft om de aanspraak af te weren, kan zich daarop beroepen, onafhankelijk van de rechtspersoon-bestuurder.<sup>24</sup> Of een wetsbepaling waaruit aansprakelijkheid voortvloeit de mogelijkheid van disculpatie biedt, moet worden bepaald door uitleg van die bepaling, aldus nog steeds de Hoge Raad.

Uit het voorgaande volgt dat art. 2:11 BW van toepassing is in alle gevallen waarin een rechtspersoon in zijn hoedanigheid van bestuurder aansprakelijk is op grond van de wet. Daaronder valt ook de aansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder die is gebaseerd op art. 6:162 BW. Deze aansprakelijkheid rust dan tevens hoofdelijk op eenieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder daarvan bestuurder is.<sup>25</sup> Anders dan waarvan het hof uitging, betekent dit volgens de Hoge Raad dus dat voor vestiging van de aansprakelijkheid van een indirecte bestuurder geen aanvullende eis geldt dat de claimant stelt, en zo nodig bewijst, dat ook de indirecte bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.<sup>26</sup>

De Hoge Raad vervolgt dat uit de ratio van zowel art. 2:11 BW als art. 6:162 BW voortvloeit dat de indirecte bestuurder aansprakelijkheid alsnog kan afweren als hij stelt en zo nodig bewijst dat hem persoonlijk geen ernstig verwijt kan worden gemaakt voor de gedragingen waarop de aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder is gebaseerd:

‘Uit de aard van de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW volgt echter wel dat als een rechtspersoon-bestuurder aansprakelijk is op die grond, een bestuurder van die rechtspersoon-bestuurder aansprakelijkheid op grond van art. 2:11 BW (alsnog) kan voorkomen door te stellen, en zo nodig te bewijzen, dat hem persoonlijk geen ernstig verwijt kan worden gemaakt van de gedragingen waarop de aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder is gebaseerd. Deze bewijslastverdeling doet recht zowel aan de ratio van art. 2:11 BW als aan de vereisten voor bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW.<sup>27</sup>

De koers van de Hoge Raad valt samen met visie 3 (zie par. 2.3). Aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder uit hoofde van onrechtmatige daad valt eveneens onder de werking van art. 2:11 BW. De indirecte bestuurder is aldus hoofdelijk voor het geheel aansprakelijk. De indirecte bestuurder kan niettemin aan aansprakelijkheid ontkomen als hij stelt en zo nodig bewijst dat hem ter zake geen ernstig verwijt kan worden gemaakt. De bewijslast ligt dus niet bij de eisende partij, maar bij de bestuurder van de rechtspersoon-bestuurder. Deze benadering is crediteurvriendelijk.

### 3.5 Signaleringen: positieve ontvangst, maar hoe zit het met de disculpatiemogelijkheid?

Het arrest is overwegend positief ontvangen.<sup>28</sup> De Hoge Raad schept duidelijkheid met de gekozen lijn en heeft aandacht voor de disculpatiemogelijkheid van de indirecte bestuurder. Niettemin zijn volgens sommige auteurs – in lijn met het betoog van de tegenstanders van deze oplossing – wel kritische kanttekeningen te plaatsen.<sup>29</sup>

Wij lichten hier één punt uit, namelijk de disculpatiemogelijkheid die de Hoge Raad identificeert voor een indirecte bestuurder bij een vordering die is gebaseerd op art. 2:11 BW, waarbij de rechtspersoon ex art. 6:162 BW aansprakelijk is (externe bestuurdersaansprakelijkheid). Ten aanzien van deze mogelijkheid lijkt het arrest verschillend te kunnen worden geïnterpreteerd.

Bartman en Hanegraaf merken op dat de Hoge Raad zich niet uitlaat over de concrete omstandigheden waaronder indirecte

22. HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275, r.o. 3.4.2.

23. HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275, r.o. 3.4.2.

24. Kamerstukken II 1983/84, 16631, 6, p. 18 en nr. 9, p. 15-16.

25. HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275, r.o. 3.4.3.

26. HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275, r.o. 3.4.3.

27. HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275, r.o. 3.4.3, tweede alinea.

28. Zie HR 17 februari 2017, NJ 2017/215 m.nt. P. van Schilfgaarde, JOR 2017/121 m.nt. A. Leijten, JIN 2017/51 m.nt. R. Wolf; S.M. Bartman & C.E.J.M. Hanegraaf, Indirect bestuurder rechtspersoon dient eigen onschuld te bewijzen, AA 2017, p. 523-527.

29. Zie Bartman & Hanegraaf 2017, p. 525-527, par. 6-11.



bestuurders zich kunnen disculperen en de factoren die daarbij een rol kunnen spelen.<sup>30</sup> Die constatering lijkt ons juist. Wel dichten zij een belangrijke – zo niet beslissende – rol toe aan de taakverdeling tussen de indirecte bestuurders onderling, net zoals bij art. 2:9 BW. Leijten ziet dat ook zo.<sup>31</sup> Eveneens achten zij van belang of de indirecte bestuurder die kennisneemt van schadeveroorzakende handelingen van zijn indirecte medebestuurder(s) actie onderneemt om de gevolgen daarvan te mitigeren, of juist stil blijft zitten.

Van Schilfgaarde lijkt het arrest op het punt van de disculpatiemogelijkheid van de indirecte bestuurder anders te lezen. Als wij Van Schilfgaarde goed begrijpen – maar we moeten hierbij enige slagen om de arm houden – leest hij de hierboven genoemde overweging van de Hoge Raad (r.o. 3.4.3, tweede alinea) zo dat de indirecte bestuurder een disculpatiemogelijkheid heeft op basis van door hem te stellen en zo nodig te bewijzen voor de rechtspersoon-bestuurder geldende gronden.<sup>32</sup> Volgens hem betekent dit dat de indirecte bestuurders alleen kunnen terugvallen op de disculpatiegronden van de eerstegraads bestuurder:

‘Dat kan zeker uitmaken wanneer de rechtspersoon-bestuurder (zoals in casu Holding) de enige eerstegraads bestuurder is. Wordt gesteld dat een enig bestuurder een (voldoende) ernstig verwijt treft, dan kan hij dat bestrijden maar hij kan niet als argument aanvoeren dat hij, gelet op een taakverdeling met andere bestuurders of iets dergelijks, buiten schot moet blijven. Maar dat ligt anders wanneer er naast de rechtspersoon-bestuurder nog andere eerstegraads bestuurders zijn. Taakverdeling en andere elementen, deskundigheid, tijdelijke afwezigheid enz., kunnen dan een rol gaan spelen. Dat kan in de opvatting van de Hoge Raad dus niet wanneer alleen gekeken wordt naar de taakvervulling als tweedegraads bestuurder. Wel kunnen de tweedegraads bestuurders terugvallen op de disculpatiegronden van de rechtspersoon-bestuurder als eerstegraads bestuurder. Kan op dat niveau een disculpatiegrond worden blootgelegd, dan kunnen ook de tweedegraads bestuurders daarvan profiteren.’<sup>33</sup>

Wij begrijpen deze redenering zo dat indien een derde succesvol op grond van art. 6:162 BW de rechtspersoon-bestuurder een ernstig verwijt heeft gemaakt, de indirecte bestuurder die via art. 2:11 BW daarvoor hoofdelijk aansprakelijk is, slechts aan aansprakelijkheid kan ontkomen in het geval hij stelt en bewijst dat de rechtspersoon-bestuurder toch geen ernstig verwijt kan worden gemaakt van zijn gedragingen. Dat zou bijvoorbeeld mogelijk kunnen zijn indien het verweer van de rechtspersoon-bestuurder niet adequaat is geweest.<sup>34</sup> Met

andere woorden: de indirecte bestuurder kan slechts bestrijden dat er geen sprake was van een ernstig verwijt van de directe bestuurder.

Deze benadering wijkt af van hoe bijvoorbeeld Bartman en Hanegraaf<sup>35</sup> alsook Leijten<sup>36</sup> het arrest lezen op het punt van de disculpatiemogelijkheid. Zij achten wel het persoonlijke gedrag van de indirecte bestuurder ten aanzien van het onrechtmatige gedrag van de rechtspersoon-bestuurder tegenover de derde relevant. In die benadering bestaat (dus) wel ruimte voor bijvoorbeeld een taakverdeling op het niveau van de rechtspersoon-bestuurder die een indirecte bestuurder kan inroepen tegen de 2:11 BW-vordering van de derde (waarbij kan worden uitgegaan van ernstig verwijtbaar handelen van de rechtspersoon-bestuurder), terwijl dat in de benadering van Van Schilfgaarde niet zo lijkt te zijn.

Duidelijk is in ieder geval dat de indirecte bestuurder een disculpatiegrond zou kunnen inroepen om de aanspraak af te weren. Op grond van de regel die de Hoge Raad formuleert, staat bij een externe bestuurdersaansprakelijkheidsvordering tegen de indirecte bestuurder via de band van art. 2:11 BW de aansprakelijkheid van de indirecte bestuurder vast als bij de rechtspersoon-bestuurder sprake is van een persoonlijk ernstig verwijt. Tot zover is er geen discussie. Voor de vervolgvraag volgen wij de lijn die Bartman en Hanegraaf en Leijten voorstaan. Mede in het licht van de overweging van de Hoge Raad in r.o. 3.4.2, dat de indirecte bestuurder een disculpatiegrond heeft ‘*onafhankelijk*’ van de rechtspersoon-bestuurder, ligt het volgens ons in de rede dat de Hoge Raad erop doelt dat de indirecte bestuurder zich ten aanzien van persoonlijk onrechtmatig bestuurdersgedrag van de rechtspersoon-bestuurder jegens de derde zou kunnen disculperen, bijvoorbeeld indien op het niveau van de rechtspersoon-bestuurder een in rechte te honoreren taakverdeling zou bestaan waarop de indirecte bestuurder mocht afgaan, of de aangesproken indirecte bestuurder zelf voldoende heeft gedaan om het onrechtmatige bestuursgedrag van de rechtspersoon-bestuurder te voorkomen.<sup>37</sup> Alsdan kan het persoonlijke onrechtmatige bestuursgedrag van de rechtspersoon-bestuurder de indirecte bestuurder niet ernstig persoonlijk worden verweten. Uiteraard draagt de indirecte bestuurder daarvoor wel de stelplicht en de bewijslast.

Deze opvatting sluit volgens ons aan bij de overweging van de Hoge Raad over de ratio van zowel art. 2:11 BW als art. 6:162 BW. Art. 2:11 BW gaat uit van een hoofdelijke aansprakelijkheid, maar voor externe bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW geldt de maatstaf van de ernstige verwijtbaarheid. De Hoge Raad komt daarom met de oplossing: de gelaedeerde hoeft geen aansprakelijkheid wegens een ernstig verwijt van de indirecte bestuurder meer aan te tonen (dit

30. Zie Bartman & Hanegraaf 2017, p. 525, par. 5.

31. HR 17 februari 2017, JOR 2017/121 m.nt. A. Leijten, onder 11 en 12.

32. HR 17 februari 2017, NJ 2017/215 m.nt. P. Schilfgaarde, par. 11.

33. HR 17 februari 2017, NJ 2017/215 m.nt. P. Schilfgaarde, par. 14.

34. Die mogelijkheid oppert Van Schilfgaarde in HR 17 februari 2017, NJ 2017/215 m.nt. P. Schilfgaarde, par. 14.

35. Zie Bartman & Hanegraaf 2017, p. 525, par. 4.

36. HR 17 februari 2017, JOR 2017/121 m.nt. A. Leijten, par. 11 en 12.

37. Zie in gelijke zin: Bartman & Hanegraaf 2017, p. 523 en noot A. Leijten bij HR 17 februari 2017, JOR 2017/121.

zou immers een beperking vormen op art. 2:11 BW), maar de indirecte bestuurder kan nog wel het ontbreken van een ernstig verwijt aantonen op de voet van de disculpatiegrond, zoals ook bepaald in art. 2:9 lid 2 BW (zodat de verzwaarde maatstaf van art. 6:162 BW wel geldt, maar de collectieve aansprakelijkheid niet wordt verlaten).

Overigens lijkt dit ook de gewenste benadering te zijn volgens Van Schilfgaarde, aangezien hij tevens opmerkt of het niet eenvoudiger zou zijn 'de disculpatiegrond voor de tweede-graads bestuurders rechtstreeks te koppelen aan art. 2:11 BW, dus aan de vraag welke bijdrage de betrokken tweede-graads bestuurder aan het besturen van de onderliggende rechtspersoon heeft geleverd?'

#### 4 Conclusie

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 17 februari 2017 duidelijke piketpalen geslagen voor aansprakelijkheidsvorderingen tegen indirecte bestuurders via de band van art. 2:11 BW. De aansprakelijkheid van indirecte bestuurders via art. 2:11 BW geldt voor alle wettelijke aansprakelijkheden ten aanzien van de rechtspersoon-bestuurder waarvan de indirecte bestuurder op zijn beurt bestuurder is. Dat betekent in het geval dat de rechtspersoon-bestuurder op grond van art. 6:162 BW jegens een derde aansprakelijk is voor onbehoorlijk bestuurshandelen, dat de indirecte bestuurders eveneens hoofdelijk aansprakelijk zijn. De Hoge Raad kiest daarmee voor een crediteursvriendelijke benadering. Wel moet volgens de Hoge Raad nog naar de aard van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder worden gekeken. Bij een externe bestuurdersaansprakelijkheidsvordering die is gegrond op art. 6:162 BW heeft een indirecte bestuurder een disculpatiemogelijkheid om alsnog aan aansprakelijkheid te ontkomen. De indirecte bestuurder draagt hiervoor de stelplicht en de bewijslast.