

O. HEUTS

Aansprakelijkheid van bestuurders onbegrensd?

Case law bestuurdersaansprakelijkheid 2006: een selectie

O & F

10

Nr. 74 / januari 2007

Inleiding

Hoewel AHOLD lange tijd de voorpagina's domineerde, leidden de boekhoudperikelen van de Zaanse grootgrutter in Nederland voor wat betreft haar bestuurders en commissarissen in 2006 'slechts' tot strafrechtelijke jurisprudentie¹. Aan civielrechtelijke rechtspraak op het gebied van bestuurdersaansprakelijkheid is de laatste jaren echter bepaald geen gebrek. De omvangrijke stroom aan *case law* leidt dikwijls tot een zekere huivering bij bestuurders en dat is niet altijd nodig. Ook in 2006 verschenen weer uitspraken die voldoende aanknopingspunten bieden om te veronderstellen dat aan de aansprakelijkheid van bestuurders zo nu en dan grenzen worden gesteld.

Aansprakelijkheid jegens de vennootschap

Art. 2:9 BW verplicht de bestuurder om de hem opgedragen taak behoorlijk te vervullen. Schiet de bestuurder in de vervulling van de hem opgedragen taak tekort dan is hij hoofdelijk aansprakelijk voor de schade die de vennootschap als gevolg hiervan lijdt. Een vordering op basis van art. 2:9 BW wordt ingesteld door de vennootschap. In de praktijk vindt aansprakelijkstelling op deze grond plaats tegen voormalige bestuurders, op initiatief van een nieuw aangetreden bestuur, of door de curator indien de vennootschap is gefailleerd.

Volgens vaste jurisprudentie dient de bestuurder zijn taak te vervullen overeenkomstig hetgeen van een redelijk handelend bestuurder die voor zijn taak berekend is onder dezelfde omstandigheden mag worden verwacht. De bestuurder heeft een zekere

marge bij het uitoefenen van zijn bestuurstaak. Het nemen van risico's is immers inherent aan ondernemen; fouten maken mag en waar gehakt wordt, vallen spaanders.

Voor aansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW is nodig dat de bestuurder ernstig verwijtbaar handelt². Of sprake is van een ernstig verwijt moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval, rekening houdend met de aard van de door de vennootschap uitgeoefende activiteiten en de risico's die daarmee samenhangen. Een omstandigheid die kan duiden op ernstige verwijtbaarheid is het aangaan van een grote financiële transactie in weerwil van een statutaire bepaling die voorafgaande goedkeuring van een ander vennootschapsorgaan voorschrijft. Handelen in strijd met interne goedkeuringsbepalingen leidt echter niet per definitie tot aansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW. Volgens de Hoge Raad is tegenbewijs mogelijk: met overtuigende argumenten kan de bestuurder nog steeds aantonen dat zijn handelwijze in het specifieke geval geoorloofd was³.

Werking maatstaf art. 2:9 BW: gerechtshof Leeuwarden 22 maart 2006

Het gerechtshof Leeuwarden sprak zich uit over de vraag of ook anderen dan de vennootschap of de curator een beroep kunnen doen op art. 2:9 BW en de bestuurder kunnen aanspreken⁴. In dat concrete geval had de vennootschap twee aandeelhouders; N.V. NOM (49,9%) en "X" B.V. (50,1%). X B.V. was tevens bestuurder. Bestuurder van X B.V. was de heer "Y". De statuten van de vennootschap bepaalden dat

¹ Zie o.m. Rechtbank Amsterdam 22 mei 2006, JOR 2006/178.

² O.a. HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360 (Staleman/Van de Ven); HR 4 april 2003, NJ 2003/538 (Skipper Club Charter/Jaars-ma).

³ HR 29 november 2002, JOR 2003/2 (Schwandt/Berghuizer Papierfabriek).

⁴ Gerechtshof Leeuwarden 22 maart 2006, JOR 2006/148 m.nt. C.J. Groffen (NOM).

Aansprakelijkheid van bestuurders onbegrensd?

de goedkeuring van de aandeelhoudersvergadering vereist was voor een bestuursbesluit tot het aanvragen van surséance van betaling. De statuten bepaalden tevens dat besluiten van de aandeelhoudersvergadering dienden te worden genomen met een gekwalificeerde meerderheid. Daarnaast kende een participatie- en aandeelhoudersovereenkomst (waarbij de vennootschap en beide aandeelhouders partij waren) een vetorecht toe aan de minderheidsaandeelhouder voor besluiten van de aandeelhoudersvergadering tot goedkeuring van bestuursbesluiten. Toen de vennootschap in financiële moeilijkheden kwam te verkeren, passeerden diverse doorstartscenario's de revue. Door middel van een van deze scenario's beoogde NOM haar aandelen te verkopen. Zover kwam het niet: de vennootschap vroeg surséance van betaling aan. De bestuurder had daartoe geen goedkeuring gevraagd aan de aandeelhoudersvergadering. Aldus werd het bestuursbesluit buiten het goedkeuringstraject in de aandeelhoudersvergadering gehouden en werd NOM de uitoefening van haar contractuele vetorecht onthouden. De vennootschap werd, na het verlenen van surséance, failliet verklaard. NOM sprak de bestuurder van de vennootschap, X B.V., alsmede Y aan tot vergoeding van haar schade, onder meer bestaande uit waardevermindering van haar aandelen. Daartoe voerde zij aan dat X B.V. tekort was geschoten in de naleving van de participatie- en aandeelhoudersovereenkomst, althans onrechtmatig had gehandeld door in strijd met de statuten en zonder overleg met NOM surséance aan te vragen; voor wat betreft Y was de vordering gebaseerd op onrechtmatig handelen.

In eerste aanleg kwam de rechtbank Groningen tot het oordeel dat X B.V. en Y weliswaar een zorgvuldigheidsnorm hadden geschonden (niet alleen jegens de vennootschap, maar ook jegens aandeelhouder NOM), maar dat zij pas aansprakelijk konden zijn op grond van onrechtmatige daad jegens NOM indien sprake was van ernstig verwijtbaar handelen overeenkomstig art. 2:9 BW. Volgens de rechtbank was aan die eis niet voldaan; aan X B.V. (bestuurder van de vennootschap) kwam een zekere beoordelingsvrijheid toe. Ofschoon X B.V. formeel toestemming aan de algemene vergadering van aandeelhouders had moeten vragen voor het nemen van het besluit tot het aanvragen van surséance van betaling, was het niet naleven van de goedkeuringsbepaling niet zodanig verwijtbaar dat sprake was van aansprakelijkheid op grond van onrechtmatig handelen van X B.V.

De argumentatie van de rechtbank bleef in hoger beroep niet overeind. Het gerechtshof Leeuwarden oordeelde dat de verzwaarde maatstaf van art. 2:9 BW uitsluitend werking heeft binnen de verhouding tussen de bestuurder en de door hem bestuurd rechtspersoon:

“Naar het oordeel van het hof bestaat er onvoldoende grondslag om de maatstaf van overeenkomstige toepassing te doen zijn op de verhouding tussen een bestuurder en een ander orgaan van de rechtspersoon (zoals bijvoorbeeld de AVA), en nog minder om, zoals de rechtbank heeft gedaan, de betreffende maatstaf mede van toepassing te achten op de verhouding tussen enerzijds de bestuurder en anderzijds een derde die geen orgaan is van de rechtspersoon, zoals een individuele aandeelhouder gelijk NOM.”

Is er, gezien het vonnis van de rechtbank Groningen, nu toch reden om te twijfelen aan het uitgangspunt dat een vordering gebaseerd op art. 2:9 BW uitsluitend aan de vennootschap toekomt? De consequentie zou kunnen zijn dat een ieder die de bestuurder van een vennootschap aansprakelijk stelt op grond van onrechtmatige daad niet alleen aan de vereisten van art. 6:162 BW moet voldoen, maar (per definitie) ook de verhoogde drempel van art. 2:9 BW moet nemen. Ik zou menen van niet. Ik vraag mij namelijk af of de rechtbank daadwerkelijk onderscheid heeft willen maken tussen de normering van art. 2:9 BW respectievelijk van art. 6:162 BW. Het hof leek te suggereren dat de rechtbank de toets van art. 2:9 BW tot uitgangspunt had genomen in een geval waarin de rechtsbetrekking niet was die van bestuurder jegens de vennootschap, maar die van een bestuurder jegens een derde. Ik begrijp het vonnis van de rechtbank echter aldus dat de rechtbank weliswaar een parallel heeft getrokken met ernstig verwijt in de zin van art. 6:162 BW, maar de zaak uiteindelijk louter heeft beoordeeld op basis van onrechtmatige daad.

De invulling van het begrip onrechtmatig is ten aanzien van vennootschapsbestuurders is gegeven in het standaardarrest Beklamel en de daarop gebaseerde rechtspraak (waarover hierna meer). Volgens deze rechtspraak handelt de bestuurder onrechtmatig jegens crediteuren van de indien hem een persoonlijk verwijt kan worden gemaakt en kan dit verwijt ook als ernstig worden gekwalificeerd. Denkbaar is dus dat de invulling van de onrechtmatigheid in de zin van art. 6:162 BW min of meer gelijk is aan ernstige verwijtbaarheid als bedoeld in art. 2:9 BW. Voor de

Aansprakelijkheid van bestuurders onbegrensd?

bestuurder verandert er dan weinig: wil sprake zijn van onrechtmatigheid dan zal dit vaak betekenen dat de bestuurder een persoonlijk (ernstig) verwijt treft. De redenering van de rechtbank Groningen was dus zo gek nog niet.

Het hof heeft in het vonnis in eerste aanleg wellicht meer gelezen dan de rechtbank bedoelde. De overweging van het hof dat individuele aandeelhouders de bestuurder niet aansprakelijk kunnen stellen op grond van art. 2:9 BW en zij zijn aangewezen op een onrechtmatige daadsactie is echter geheel juist. Kritisch hierover is Groffen, die in zijn noot bij het arrest bepleit om de maatstaf voor aansprakelijkheid van art. 2:9 BW ook te laten gelden voor een vordering van een individuele aandeelhouder tegen een bestuurder op grond van onrechtmatige daad (voor zover het betreft diens handelen als bestuurder van de vennootschap). Die visie kan ik niet delen. Mijns inziens is er geen reden om voor een individuele aandeelhouder die de bestuurder aansprakelijk stelt een ander regime toe te passen dan voor een 'externe' benadeelde. Art. 2:9 BW lijkt mij instrumenteel aan het uitgangspunt dat de bestuurder ten opzichte van de vennootschap gehouden is tot een behoorlijke taakvervulling en sluit aan bij de contractuele relatie tussen bestuurder en vennootschap⁵. De gevolgen van een tekortkoming in deze relatie kunnen bij uitsluiting worden ingeroepen door de vennootschap en niet door organen van de vennootschap, laat staan door derden (waartoe ik de individuele aandeelhouder reken). Derden zijn aangewezen op onrechtmatige daadsacties. Dat onrechtmatig handelen in het concrete geval kan worden ingevuld door omstandigheden die zich laten kwalificeren als ernstig verwijtbaar handelen doet daaraan niet af.

Aansprakelijkheid bij faillissement

Verkeert de vennootschap in staat van faillissement dan kan de bestuurder aansprakelijk worden gesteld voor het tekort in de boedel indien sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur in de periode van drie jaar voorafgaande aan het faillissement en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement (de zogenaamde Derde Misbruikwet; art. 2:138/248). Aansprakelijkstelling geschiedt in dit geval door de curator die hierbij optreedt namens de boedel. Van kennelijk onbehoorlijk bestuur is sprake als geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus gehandeld zou hebben⁶.

Van cruciale betekenis voor de praktijk is lid 2 van art. 2:138/248 BW, dat de bewijspositie van curator en bestuurder regelt. Indien het bestuur niet heeft voldaan aan de boekhoudplicht (art. 2:10 BW) of de verplichting om tijdig de jaarrekening te publiceren (art. 2:394 BW) treden twee wettelijke vermoedens in werking (art. 2:138/248 lid 2 BW):

- (i) het onweerlegbare vermoeden dat sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijk toezicht (niet alleen voor wat betreft de boekhoud- en publicatieplicht, maar ook voor het overige gevoerde beleid); en
- (ii) het vermoeden dat dit een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement. Dit vermoeden is weerlegbaar: om aansprakelijkheid te ontlopen dient de bestuurder te weerleggen dat het onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement.

Zonder deze bewijsvermoedens zou het voor de faillissementscurator nog een hele toer worden om een vordering op grond van art. 2:138/248 BW tot een voor de boedel gunstig einde te brengen. Met name bij het ontbreken van een deugdelijke boekhouding zou de curator moeilijk kunnen bewijzen dat van onbehoorlijk bestuur sprake is geweest. Juist daarin zag de wetgever bij de introductie van de Derde Misbruikwet aanleiding om de positie van de curator te versterken teneinde hem beter in staat te stellen een bestuurder die door verwaarlozing van zijn taak het faillissement in de hand heeft gewerkt persoonlijk aan te spreken. Een doelmatige en praktische aanpak van de misbruikproblematiek ligt ten grondslag aan lid 2 van art. 138/248 BW⁷. De bestuurder die nalaat ervoor te zorgen dat de boekhouding voldoet aan de wettelijke maatstaven of verzuimt de jaarrekening tijdig te publiceren belandt derhalve in het voorportaal van aansprakelijkheid.

Onbelangrijk verzuim en bewijsvermoeden: HR 20 oktober 2006

Op een onderdeel verleent lid 2 van art. 2:138/-248 BW de tekortschietende bestuurder clementie: een onbelangrijk verzuim in de naleving van de boekhoud- en publicatieplicht wordt buiten beschouwing gelaten.

Aan de boekhoudplicht is voldaan wanneer de boekhouding op enig moment snel inzicht verschaft

⁵ De uit de contractuele aansprakelijkheid voortvloeiende schade wordt echter geheel beheerst door art. 2:9 BW. Vgl. J.B. Wezman en A.W. Dolphijn, *Vrijwaring van bestuurders en commissarissen*, O&F, nr. 57, 2003, p. 42.

⁶ HR 8 juni 2001, JOR 2001/171 (Panmo).

⁷ MvT 16 631, nr. 3, p. 1-6.

in de debiteuren- en crediteurenposities en indien deze (samen met de liquiditeitspositie), gezien de aard en omvang van de onderneming, een redelijk inzicht geeft in de vermogenspositie⁸. Of de boekhouding in voorkomend geval onder de maat is en of het tekortschieten van het bestuur als een onbelangrijk verzuim kan worden aangemerkt, zal afhangen van de specifieke feitelijke omstandigheden. Voor de publicatieplicht geldt een termijn van dertien maanden na afloop van het boekjaar (art. 2:394 lid 3 BW), ook indien geen aandeelhoudersbesluit is genomen om de wettelijke termijn voor het opmaken van de jaarrekening van vijf maanden te verlengen met maximaal zes maanden. Een overschrijding van de dertien maandenstermijn met enkele dagen wordt als een onbelangrijk verzuim gezien. Of ook een langere overschrijding nog als onbelangrijk kan gelden, hangt af van de omstandigheden van het geval, zoals de redenen die tot de termijnoverschrijding hebben geleid⁹.

Zeer recent oordeelde de Hoge Raad ook in ander opzicht over de reikwijdte van het begrip onbelangrijk verzuim¹⁰. Aan de orde was het faillissement van een vennootschap die volgens de criteria van art. 2:397 BW als middelgrote rechtspersoon kwalificeerde, maar – in strijd met art. 3:392 lid 1a – had verzuimd bij de jaarrekeningen 1995 en 1996 een accountantsverklaring te voegen of een mededeling waarom de accountantsverklaring ontbrak. De jaarrekeningen zelf waren wel tijdig openbaar gemaakt. Bovendien stond vast dat de wel gepubliceerde gegevens correct waren. Niettemin had de curator de bestuurder aansprakelijk gesteld op grond van art. 2:248 BW en stelde hij dat de bestuurder niet had voldaan aan de publicatieplicht. Het gerechtshof 's-Hertogenbosch had in hoger beroep geoordeeld dat het ontbreken van een accountantsverklaring of een mededeling waarom deze ontbreekt in casu leidt tot de vaststelling dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en dat zulks niet kan worden aangemerkt als een onbelangrijk verzuim, ook niet als vast zou staan dat de gepubliceerde gegevens correct zijn.

Dat oordeel vond niet zonder meer genade bij de Hoge Raad: onjuist is de opvatting dat het enkele niet openbaar maken van de accountantsverklaring of de mededeling waarom deze ontbreekt nimmer als een onbelangrijk verzuim kan gelden. Het is volgens de

Hoge Raad mogelijk dat schending van de voorschriften op het punt van de openbaarmaking van de jaarrekening onder omstandigheden als een onbelangrijk verzuim moet worden beschouwd. De wetgever heeft weliswaar willen voorkomen dat de curator moet nagaan of de gepubliceerde stukken wat betreft hun inhoud kloppen alvorens zich op art. 2:248 lid 2 BW te kunnen beroepen, maar dat neemt niet weg dat wanneer is komen vast te staan dat de gepubliceerde gegevens correct zijn, het enkele verzuim om de accountantsverklaring dan wel de mededeling waarom deze ontbreekt te publiceren onder omstandigheden als een onbelangrijk verzuim kan gelden. De wetgever heeft dit niet categorisch willen uitsluiten, aldus de Hoge Raad. Zou in een dergelijk geval geen sprake kunnen zijn van een onbelangrijk verzuim, dan rest de bestuurder niets anders meer dan het leveren van het tegenbewijs dat het onbehoorlijk bestuur niet een belangrijke oorzaak is van het faillissement, in de ogen van de Hoge Raad een “ingrijpende sanctie”.

De opvatting van de Hoge Raad valt toe te juichen. De Hoge Raad lijkt te onderkennen dat de bestuurder die niet heeft voldaan aan de boekhoud- of publicatieplicht in ernstige bewijsnood kan komen te verkeren. De omkering van de bewijslast van lid 2 van art. 2:138/248 BW dient gereserveerd te blijven voor gevallen waarin sprake is van schendingen van boekhoud- en publicatieplicht van voldoende gewicht. De toets of (met name) de publicatieplicht is geschonden is niet zelden een summiere; thans lijkt de Hoge Raad te impliceren dat de schending op haar eigen merites moet worden beoordeeld en met inachtneming van alle bijzondere omstandigheden van het geval. Pas als deze beoordeling eenduidig leidt tot de conclusie dat de publicatieplicht is geschonden, treden de vermoedens van lid 2 in werking. Deze “pas op de plaats” lijkt mij geheel aansluiten bij het uitgangspunt van art. 2:138/248 BW om misbruik van rechtspersonen tegen te gaan. Waar vast staat dat misbruik niet aan de orde is en sprake is van omstandigheden die de mate van verwijtbaarheid ten aanzien van de boekhoud- en (met name) publicatieplicht kunnen beperken, dient eerst de weg van onbelangrijk verzuim te worden bewandeld. In die gevallen past een terughoudende toepassing van het onweerlegbare vermoeden dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld¹¹.

⁸ HR 11 juni 1993, NJ 1993, 713 (Brens q.q./Sarper).

⁹ HR 11 juni 1993, NJ 1993, 713 (Brens q.q./Sarper) en HR 2 februari 1996, NJ 1996, 406 (Pfenning/Niederer).

¹⁰ HR 20 oktober 2006, LJN AY7916 (Jansen q.q.).

¹¹ Restrictieve uitleg van schending van art. 2:394 BW is ook bepleit door: H. Beckman, *Administratie en openbaarmaking van de jaarrekening in het licht van de boedelaansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, TVVS 1998, p. 359; Kroeze en Wezeman, *De openbaarmakingsplicht en aansprakelijkheid in faillissement*, in: *Verantwoording aan Hans Beckman*, Kroeze e.a. red., 2006, p. 325–336.

Aansprakelijkheid van bestuurders onbegrensd?

Heeft het bestuur de boekhoud- of publicatieplicht geschonden, waarbij geen sprake is van onbelangrijk verzuim, dan heeft het zijn taak onbehoorlijk vervuld en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Dit weerlegbare vermoeden blijkt in de praktijk op hardnekkige misverstanden te stuiten. Moet de bestuurder, om aansprakelijkheid te ontlopen, aannemelijk maken dat zijn onbehoorlijk bestuur niet een belangrijke oorzaak is van het faillissement of dient hij aannemelijk te maken dat het faillissement overwegend is veroorzaakt door andere omstandigheden?

In het Koster/Van Nie-arrest oordeelde de Hoge Raad dat de aangesproken bestuurder aannemelijk zal moeten maken dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest¹². De gebruikte formulering “een belangrijke oorzaak van het faillissement” is niet zonder betekenis: de Hoge Raad zegt niet (evenmin als de leden 1 en 2 van 2:138/248 BW): “de belangrijke of uitsluitende oorzaak” (cursiveringen auteur). In de wetgeschiedenis is steun te vinden voor de opvatting dat de bestuurder kan volstaan met duidelijk te maken dat het faillissement in overwegende mate door externe omstandigheden is veroorzaakt¹³. Wezeman heeft de portee van Koster/Van Nie als volgt verwoord: de bestuurder hoeft niet meer (maar ook niet minder) aannemelijk te maken dat andere (dus externe) factoren dan onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Slaagt de bestuurder hierin, dan mag de curator op zijn beurt aannemelijk maken dat kennelijk onbehoorlijk bestuur mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest¹⁴. Art. 2:248 lid 1 BW is dan gewoon weer van toepassing.

Bleek deze uitleg nog niet expliciet uit het arrest Koster/Van Nie, in genoemd arrest van 20 oktober 2006 bracht de Hoge Raad alsnog een verduidelijking aan: een redelijke uitleg van art. 2:248 lid 2 BW brengt mee dat voor het ontzenuwen van het daarin neergelegde vermoeden volstaat dat de aangesproken bestuurder aannemelijk maakt dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Als hij daarin slaagt, ligt het op de weg van de curator op grond van art. 2:248 lid 1 BW aannemelijk te maken dat de kennelijk onbehoorlijke taak-

vervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. In casu stond vast dat “externe” omstandigheden in belangrijke mate hadden bijgedragen aan het faillissement: omzetsdaling als gevolg van het overlijden van een feitelijke beleidsbepaler die een spilfunctie vervulde, het vertrek van een commercieel directeur die een aantal grote klanten meenam en een afspraak met een grote klant bleek te hebben gemaakt die erop neerkwam dat de vennootschap nog een aanzienlijke betaling aan de klant moest doen, een verongelukte scheepslanding, garantieverplichtingen en reorganisatiekosten. Het hof had geoordeeld dat deze andere omstandigheden weliswaar in belangrijke mate hadden bijgedragen aan het faillissement, maar dat de bestuurder niet aannemelijk had gemaakt dat het onbehoorlijk bestuur niet mede een belangrijke oorzaak was. In die redenering kon de Hoge Raad zich dus niet vinden. A-G Timmerman suggereerde dat het hof wellicht heeft willen aanknopen bij het arrest inzake Stainless¹⁵. In de zaak Stainless was sprake van frauduleus handelen, waarbij het bestuur zich willens en wetens had ontdaan van de administratie. In een dergelijke context is voorstelbaar dat eventuele andere factoren die ook hebben bijgedragen aan het faillissement niet kunnen afdoen aan het aannemen van aansprakelijkheid. Volgens Timmerman kan hieruit echter niet de algemene rechtsregel worden afgeleid dat een bestuurder dient aan te tonen dat zijn onbehoorlijk bestuur niet mede een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement. Dat gaat te ver en past niet binnen het strenge bestel van art. 2:138/248 lid 2 BW.

De implicaties van dit arrest hebben grote praktische en strategische waarde voor het verweer van de aangesproken bestuurder. Kan de bestuurder aannemelijk maken dat externe factoren een belangrijke oorzaak zijn van het faillissement, dan ligt de bal weer bij de curator. De bestuurder hoeft niet aannemelijk te maken dat het faillissement niet door het onbehoorlijk bestuur is veroorzaakt, een negatieve bewijslast waaraan zelden kan worden voldaan. Evenmin rust op hem de bewijslast dat het faillissement uitsluitend het gevolg is van deze andere oorzaken.

Feitelijke beleidsbepaler: gerechtshof Arnhem 10 januari 2006

Lid 7 van art. 2:138/248 breidt de aansprakelijkheid bij faillissement uit tot degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede bepaald als

¹² HR 20 mei 1988, NJ 1989, 676 m.nt. Ma en EAA (Koster / Van Nie).

¹³ Zie de conclusie van A-G Timmerman bij HR 20 oktober 2006 (Jansen q.q.).

¹⁴ J.B. Wezeman, Ondernemingsrecht 2002, p. 114.

¹⁵ HR 5 juni 1998, NJ 1998, 668 (Stainless).

Aansprakelijkheid van bestuurders onbegrensd?

ware hij bestuurder. Te denken valt daarbij aan de commissaris die daden van beheer verricht, de titulair directeur of (actueel gezien de toenemende invloed van private equity investeerders) de aandeelhouder die zich met het beleid bemoeit.

Met lid 7 van art. 2:138/248 BW heeft de wetgever zich willen richten op personen die feitelijk de macht hebben, maar schuilgaan achter stromannen¹⁶. Met de zinsnede “als ware hij bestuurder” heeft de wetgever een zekere grens willen trekken tussen personen die in feite de bestuurstaak uitoefenen ook al zijn zij geen formele bestuurders, en anderen, die weliswaar op het te voeren beleid invloed kunnen hebben, maar die geen beleid bepalen als waren zij bestuurder. Wil aansprakelijkheid kunnen worden aangenomen, dan moet er enerzijds een directe bemoeienis met het bestuur zijn en anderzijds een “*feitelijke terzijdestelling van het formele bestuur*”¹⁷.

Dat een bestuur te maken kan krijgen met bemoeienis van derden ten aanzien van het beleid van een rechtspersoon en dat deze derden aanzienlijke invloed kunnen uitoefenen op het beleid van een rechtspersoon of dat de feitelijke machtsverhoudingen zodanig kunnen zijn dat het bestuur de voorwaarden van de derde accepteert en/of het advies overneemt en het tot het zijne maakt, is bij de totstandkoming van lid 7 onderkend. Indien het bestuur die voorwaarden, adviezen of aanwijzingen aanneemt en daarnaar handelt, dan handelt het bestuur en niet de betreffende derde¹⁸. Kortom: dat de bestuurder zich in overwegende mate laat leiden door de inzichten van derden, betekent niet dat hij zijn bestuursautonomie inlevert. Waar het om gaat is dat de bestuurder steeds een eigen belangenafweging kan maken¹⁹. Voor een geslaagd beroep op art. 2:138/248 lid 7 BW dient de curator te bewijzen dat (i) iemand die geen formeel bestuurder is het beleid van de rechtspersoon heeft bepaald of mede heeft bepaald, én (ii) dat de formele bestuurder door die beleidsbepalende handelingen feitelijk terzijde is gesteld. De “*curator moet*

aantonen dat (...) zo diep in de bestuursautonomie heeft ingegrepen dat zij het (...) bestuur terzijde heeft gesteld”²⁰. Kortom: zolang de betrokkene niet op de stoel van de bestuurder plaatsneemt, kan voor hem geen aansprakelijkheid ontstaan op grond van art. 2:248 lid 7 BW²¹.

De status van de feitelijke beleidsbepaler krijgt bijzondere betekenis indien de bestuurder een rechtspersoon is en dus art. 2:11 BW een rol speelt. Art. 2:11 BW richt zich op de natuurlijke persoon achter de rechtspersoon bestuurder: in het geval de rechtspersoon bestuurder aansprakelijk is, dan rust deze aansprakelijkheid tevens op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon daarvan bestuurder is. Dit kwam aan de orde in een reeks van uitspraken van het gerechtshof Arnhem rond de gefailleerde vennootschap Blankenhoef Participatie²². Vennootschap NVR stond in het handelsregister ingeschreven als bestuurder van Blankenhoef. Bestuurder van NVR was op haar beurt Lammers, echtgenote van en “strovrouw” voor Van Raai. De curator sprak Lammers aan op grond van 2:248 jo. 2:11 BW. Om onduidelijke redenen had de curator kennelijk niet lid 7 van art. 2:248 BW aan zijn vordering jegens Lammers ten grondslag gelegd; hij moest het dus hebben van de aansprakelijkheid van NVR, waarna hij zou kunnen doorbreken naar Lammers op grond van art. 2:11 BW. Hobbel was daarbij dat een geldig benoemingsbesluit voor NVR ontbrak. NVR was dus geen bestuurder en kon niet aansprakelijk worden gehouden op grond van 2:248 BW. Het hof oordeelde dat NVR via Lammers wel als medebeleidsbepaler in de zin van lid 7 kon worden aangemerkt en derhalve aansprakelijk kan worden gehouden. Ingevolge art. 2:11 BW, zo redeneerde het hof, rust die aansprakelijkheid dan mede op Lammers als bestuurder van NVR.

De gedachtengang van het hof overtuigt mij niet. Het kan voorkomen dat een rechtspersoon ingevolge lid 7 van art. 2:248 BW als feitelijke beleidsbepaler

¹⁶ Tweede kamer, 1983–1984, 16 631, nr. 6, p. 19 laatste alinea; Eerste Kamer, 1985–1986, 16 631, nr. 27b, p. 19 laatste alinea; Eerste Kamer, 1985–1986, 16 631, nr. 27b, resp. p. 20 en 21.

¹⁷ Letterlijk Tweede kamer, 1983–1984, 16 631, nr. 6, p. 23 laatste alinea en p. 24 tweede alinea.

¹⁸ Tweede kamer, 1980–1981, 16 631, nr. 3, pagina 6 voorlaatste alinea en 1983–1984, 16 631, nr. 6, p. 23 laatste alinea en p. 24 tweede alinea.

¹⁹ Asser-Maeijer 2-III, 2000, nr. 615.

²⁰ M.L. Lennarts, *Concernaansprakelijkheid*, Kluwer 1999, nr. 133.

²¹ A-G Wesseling-Van Gent, onderdeel 2.5 en 2.10 bij HR 24 mei 2002, NJ 2002, 413: “Nu uit de parlementaire geschiedenis tevens volgt dat het bekleeden van een machtspositie op zichzelf niet voldoende is om iemand als “beleidsbepaler” (...) te beschouwen (...); ook: Asser-Maeijer 2-III, nr. 331; J.B. Wezeman, *Aansprakelijkheid van bestuurders*, Kluwer 1998, p. 202.

²² Gerechtshof Arnhem 6 juli 2004, 13 september 2005 en 10 januari 2006, JOR 2006/173 (Lammers/Aerts q.q.).

Aansprakelijkheid van bestuurders onbegrensd?

aansprakelijk wordt gesteld. Dit speelt met name in gevallen waarin het feitelijk bestuurlijk handelen wordt toegerekend aan de rechtspersoon. De curator kan ervoor kiezen om niet alleen de natuurlijke persoon 'achter' deze rechtspersoon aansprakelijk te stellen als feitelijke beleidsbepaler, maar tevens de rechtspersoon, bijvoorbeeld omdat deze rechtspersoon verhaal biedt en de natuurlijke persoon niet. In die situatie kan naar mijn overtuiging geen sprake zijn van uitbreiding van de aansprakelijkheid naar de bestuurder van deze rechtspersoon-feitelijke beleidsbepaler. In de literatuur is betoogd dat de gelijkstelling van de feitelijke beleidsbepaler met de werkelijk bestuurder slechts geldt voor de toepassing van art. 2:138/248 BW en niet voor de toepassing van art. 2:11 BW²³. De rechtspraak van de Hoge Raad wordt op dit onderwerp tot dusverre bepaald door het Montedison-arrest. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat de rechtspersoon Montedison niet als bestuurder van de failliete vennootschap kon worden aangemerkt, zodat de bestuurders en feitelijke beleidsbepalers van Montedison niet aansprakelijk konden worden gehouden op grond van art. 2:11 BW²⁴. Naar aanleiding van deze uitspraak is verdedigd dat de Hoge Raad hiermee tevens heeft bevestigd dat art. 2:11 BW evenmin kan worden gebruikt om bestuurders van rechtspersonen-feitelijke beleidsbepalers aansprakelijk te houden²⁵. Ik deel die visie. De uitbreiding van aansprakelijkheid naar de feitelijke beleidsbepaler blijft wat mij betreft beperkt tot de Derde Misbruikwet²⁶. De systematiek van art. 2:11 BW is mijns inziens dan ook niet van toepassing op de figuur van de rechtspersoon-feitelijke beleidsbepaler. Het oordeel dat de aansprakelijkheid van NVR als feitelijke beleidsbepaler van Blankenhoef tevens rust op haar bestuurder Lammers lijkt me in dat opzicht dus onjuist.

Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad

Naar vaste rechtspraak handelt de bestuurder die namens de vennootschap verplichtingen aangaat ter-

wijl hij weet of behoort te weten dat de vennootschap niet zal kunnen nakomen en geen verhaal zal bieden voor de vordering tot vergoeding van schade die de crediteur dientengevolge lijdt, onrechtmatig en is hij jegens de benadeelde crediteur schadeplichtig²⁷. Van onrechtmatigheid is onder omstandigheden ook sprake indien de bestuurder toelaat of bewerkstelligt dat de vennootschap haar verplichtingen niet nakomt²⁸ of crediteuren ongelijk behandelt²⁹. Doen zich een dergelijke situatie voor, dan zal in het algemeen – behoudens door de bestuurder aan te voeren, zijn handelwijze rechtvaardigende of verontschuldigende omstandigheden – moeten worden aangenomen dat de bestuurder een zodanig verwijt treft dat hij persoonlijk jegens de wederpartij van de vennootschap aansprakelijk is op grond van onrechtmatig handelen³⁰.

Wetenschap en eigen verantwoordelijkheid schuldeiser: gerechtshof Leeuwarden 24 mei 2006

Dat de schudeiser van de vennootschap ook een eigen verantwoordelijkheid heeft, blijkt uit het arrest van het gerechtshof Leeuwarden in de zaak Isoform³¹. Isoform had de bestuurder van een gefailleerde vennootschap aansprakelijk gesteld. Aan die vordering lag ten grondslag dat de bestuurder onrechtmatig zou hebben gehandeld jegens Isoform door toe te staan dat de vennootschap doorging met het plaatsen van bestellingen bij Isoform, terwijl duidelijk was dat zij de hiermee verband houdende facturen niet zou kunnen voldoen. Volgens Isoform had de bestuurder een zorgplicht in acht moeten nemen door haar te waarschuwen voor de dreigende wanbetaling en in moeten staan voor betaling van de facturen. In eerste aanleg slaagde de bestuurder er niet in te bewijzen dat zij Isoform vanaf medio 2001 uitdrukkelijk had gewaarschuwd, en werd de bestuurder aansprakelijk gehouden voor de schade van Isoform. In hoger beroep stelde het gerechtshof Leeuwarden de eigen rol van Isoform centraal: Isoform was op de hoogte van de precaire financiële situatie van de ven-

²³ Asser-Maeijer, 2.III, 2000, nr. 331; Van der Heijden/Van der Grinten, *Handboek voor de Naamloze en de Besloten Vennootschap*, 12e druk 1992, nr. 399.2, pag. 688.

²⁴ HR 28 april 2000, NJ 2000, 411 (Montedison).

²⁵ M.L. Lennarts, *Ondernemingsrecht 2000-10*, p. 298. Anders: J.B. Huizink, *Kluwer losbl. Rechtspersonen*, aant. 6 bij art. 2:11 BW.

²⁶ Idem voor de Tweede Misbruikwet, welke ziet op aansprakelijkheid bij niet betaalde belastingen en premies (art. 36 lid 5 sub b en 36a Invorderingswet 1990 en art. 23 lid 6 sub b Wet verplichte deelneming in een Bedrijfstakpensioenfonds 2000).

²⁷ HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 286 (Beklamel); HR 15 januari 1993, NJ 1993, 301 (Henkel); HR 8 januari 1999, NJ 1999, 318 (Pelco/Sturkenboom).

²⁸ HR 3 april 1992, NJ 1992, 411 (Van der Vliet); HR 18 februari 2000, NJ 2000, 295 (New Holland Belgium/Oosterhof).

²⁹ HR 12 juni 1998, NJ 1998, 727 (Coral/Stalt).

³⁰ Vgl. recentelijk HR 3 november 2006, LJN AY9711 (Stichting Teak-Opstand).

³¹ Gerechtshof Leeuwarden 24 mei 2006, JOR 2006/204 (Isoform).

nootschap per ultimo 2000. Bovendien was komen vast te staan dat Isoform gedurende het gehele jaar 2001 bij de vennootschap had aangedrongen op betaling van haar openstaande facturen, waarop zij dan deelbetalingen ontving. Isoform moest kiezen uit twee kwaden: bij doorlevering kreeg zij slechts gedeeltelijk betaald; indien zij de leveringen zou staken zou de vennootschap failleren. Het hof was van oordeel dat in een situatie als deze niet zonder meer kan worden gesproken van onrechtmatig handelen van de bestuurder conform de Beklamel-doctrine. Wanneer de schuldeiser volledig op de hoogte is van de betalingsproblemen, maar om haar moverende reden desondanks de leveringen op bestelling continueert, kan bezwaarlijk een waarschuwingsplicht van de bestuurder van de opdrachtgever worden aangenomen. Het hof voegde hieraan toe dat dit anders kan zijn indien aanvankelijk uitdrukkelijke garanties ter zake van de betaling zouden zijn verstrekt (door de bestuurder).

De beoordeling van het hof lijkt mij juist. Aan leveranciers als Isoform staan in een geval als het onderhavige vele middelen ten dienste, bijvoorbeeld het verkrijgen van zekerheid voorafgaand aan de levering dan wel contante betaling bij aflevering. Indien een leverancier om commerciële redenen besluit om geen van deze middelen in te zetten en zijn leveranties voort te zetten, lijkt me dat een handelwijze die voor zijn rekening behoort te blijven. Aansprakelijkheid van de bestuurder is dan niet aan de orde, terwijl de Beklamel-vordering ook nog eens zou afstuiten op het feit dat de schade die de leverancier lijdt (mede) het gevolg is van eigen schuld en zodoende voor eigen rekening dient te blijven.

Een ander interessant aspect uit dit arrest is de overweging van het hof omtrent de aanvang van de aansprakelijkheid. In casu was de door Isoform aangesproken bestuurder als zodanig aangetreden nadat een belangrijk deel van de schuld aan Isoform was ontstaan. Het hof stelde voorop dat uit de Beklamel-rechtspraak voortvloeit dat een bestuurder, die aan treedt op het moment dat er al sprake is van een schuld van de vennootschap, in beginsel alleen aansprakelijk is voor schulden die tijdens zijn bestuur zijn ontstaan.

Een nogal krasse uitspraak. Niet in alle gevallen heeft de schuldeiser zelf in de hand of hij zijn prestatie voortzet. Dikwijls blijven met name leveranties in

het kader van langlopende duurovereenkomsten onbetaald. Bij dergelijke overeenkomsten hebben schuldeisers vaak weinig zicht op de financiële situatie van hun opdrachtgever en lopen hun vorderingen snel op. Wanneer het ook nog eens gaat om zaken of diensten waarvan de opdrachtgever niet onmiddellijk afhankelijk is, verkeren zij niet in een positie om toekomstige leveringen afhankelijk te stellen van betaling van oude facturen. Zou de bestuurder die aan treedt nadat een duurovereenkomst is gesloten, maar die vervolgens constateert dat al voor zijn aantreden de vennootschap is gestopt met betalen en desondanks leveringen aanvaardt, niet moeten ingrijpen? Voor de aandeelhouder die intensief bij het beleid van de vennootschap is betrokken en controle heeft over de financiën geldt dat, vanaf het moment dat hij moet inzien dat crediteuren onbetaald blijven, hij zich de belangen van crediteuren moet aantrekken en zonodig er op moet toezien dat hun schade niet toeneemt als gevolg van continuerende leveringen die onbetaald blijven³². Voor de bestuurder zelf, die per definitie betrokken is bij het beleid van de vennootschap en haar financiën, ligt dit wat mij betreft niet anders. Ook al is de bestuurder later aangetreden, hij zal vanaf zijn aantreden moeten nagaan of schuldeisers dreigen te worden benadeeld als gevolg van het feit dat de onderneming – niettegenstaande financiële moeilijkheden – wordt voortgezet. Juist voor deze situaties bestaan instituten als surseance van betaling en faillissement; het feit dat een bewindvoerder of curator aan treedt is voor schuldeisers een waarborg. Zonodig moet het bestuur die waarborgen forceren opdat onbetaalde vorderingen van schuldeisers niet verder oplopen.

Geen verplichting tot "oormerken" vermogen: HR 6 oktober 2006

Een ander recent voorbeeld van schuldeisers die bot vingen bij hun onrechtmatige daadsvordering tegen bestuurders is de zaak Stichting Juweliërs Belangen³³. Deze stichting trad op als schakel tussen juweliërs en de detailhandel: detaillisten kochten via de stichting zaken van de juwelier, de stichting incasseerde op basis van een incassovolmacht de bij de aankopen verschuldigde bedragen en droeg dit af aan de betreffende juwelier, waarbij de stichting zich naast de detaillist jegens de juwelier verplichtte tot betaling van de betreffende facturen. Toen de stichting één van de juweliërs onbetaald liet, sprak deze de stichting en haar bestuurder aan uit hoofde van onechtmatige daad. De juwelier betoogde dat de betaling die de

³² O.m. HR 1988, NJ 1988, 487 (Albada Jelgersma II); HR 12 juni 1998, NJ 1998, 727 (Coral / Stalt Holding); HR 21 december 2001, JOR 2002/38 (Sobi/Hurks II);

³³ HR 6 oktober 2006, LJN AX844 (Stichting Juweliërs Belangen).

stichting van de detaillist had ontvangen zag op zijn levering en om die reden ook exclusief aan hem toe kwam. Hij verweet de bestuurder van de stichting dat deze er niet op had toegezien dat de stichting de gelden conform deze bestemming had afgedragen. In beide feitelijke instanties werd de vordering tegen de bestuurder afgewezen. Ook het cassatieberoep strandde, waarbij de Hoge Raad zelfs geen aanleiding zag om zijn uitspraak te motiveren. A-G Huydecooper schetste in zijn conclusie niettemin een helder beeld van deze problematiek. Om te beginnen stelde hij vast dat in de rechtspraak van de Hoge Raad is aanvaard dat er geen onderscheid mag worden gemaakt tussen de vermogensbestanddelen die tot het vermogen van een bepaalde debiteur behoren, al naar gelang daaraan een bepaalde "bestemming" is toegekend, en dat alle tot het vermogen behorende vermogensbestanddelen gelijkelijk strekken tot verhaal voor de vorderingen van alle crediteuren. De Hoge Raad is zeer terughoudend met het aanvaarden van uitzonderingen op dit beginsel van de "paritas creditorum". Op de rechtspersoon rust derhalve geen verplichting om haar vermogen te oormerken. Om die reden kan van een verplichting van het bestuur om erop toe te zien dat de rechtspersoon haar middelen niet anders aanwendt dan conform de daaraan gegeven bestemming evenmin sprake zijn.

De bestuurder hoeft er daarom ook niet op toe te zien dat de vennootschap voldoende middelen ter beschikking houdt om de crediteur in kwestie te kunnen blijven voldoen.

Bescherming tegen aansprakelijkheid

Bestuurders kunnen maatregelen treffen om het onheil van persoonlijke aansprakelijkheid af te wenden. De geëigende middelen daartoe zijn:

- décharge, waarbij de bestuurder van de vennootschap kwijting verkrijgt over het gevoerde beleid in het verleden;
- exoneratie, waarbij de bestuurder zich jegens de vennootschap vooraf contractueel vrijtekent voor de schadelijke gevolgen van zijn handelen;
- vrijwaring, waarbij de bestuurder door de vennootschap, de aandeelhouder of een groepsvennootschap gevrijwaard wordt jegens aanspraken op grond van (met name) art. 2:138/248 of art. 6:162 BW.

Exoneratie van aansprakelijkheid is mogelijk, maar niet ter zake van opzet, bewuste roekeloosheid en ernstige verwijtbaarheid. Hetzelfde geldt min of meer

voor vrijwaringsclausules. Décharge beschermt niet tegen aansprakelijkheid op grond van art. 2:138.248 BW³⁴.

De meest effectieve bescherming tegen bestuurdersaansprakelijkheid wordt geboden door een D&O (Directors & Officers)- of BCA (Bestuurders- en Commissarissen Aansprakelijkheids)- verzekering. Een dergelijke verzekering beschermt de bestuurder tegen de gevolgen van interne als externe aansprakelijkheid. Ook dekt de verzekering de kosten van verweer. De meeste polissen bepalen dat de verzekeraar deze kosten rechtstreeks vergoedt aan de advocaat of adviseur van de aangesproken bestuurder. Het verzekerd bedrag kan dus deels of geheel opgaan aan verweerkosten. Sommige faillissementscuratoren zien dat met lede ogen aan: wordt de bestuurder na een lange juridische procedure aansprakelijk gehouden voor het tekort in de boedel, dan blijkt de bestuurder, ondanks een mooie verzekeringspolis, toch geen verhaal te bieden. Door middel van een conservatoir (derden)beslag onder de verzekeraar (art. 475 jo. 720 Rv) wordt, hangende de civiele procedure over de aansprakelijkheid, voorkomen dat de verzekeraar aan de commissaris kosten van verweer vergoedt en het verzekerde bedrag verdampt.

In de zaak Text Lite oordeelde de Voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam dat de vordering van de bestuurder op de verzekeraar (tot vergoeding van zijn kosten) in beginsel voor beslag vatbaar is³⁵. Volgens de Voorzieningenrechter leidt vergoeding van de kosten van verweer ten behoeve van de aansprakelijk gestelde bestuurder ertoe dat de mogelijkheid voor de curator tot verhaal op de verzekeringsuitkeringen wordt aangetast of tot nihil wordt gereduceerd, hetgeen een valide grond voor beslaglegging oplevert.

Vervolgens kwam de Voorzieningenrechter echter tot een belangenafweging: in casu belette het beslag de verzekerde niet om verweer te voeren tegen de aansprakelijkstelling; evenmin had het beslag geleid tot een noodtoestand voor de verzekerde. De belangenafweging viel in dit geval uit in het voordeel van de curator.

Dat de balans ook naar de andere kant kan doorslaan bewijst de Jomed-uitspraak van, opnieuw, de Voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam³⁶. In die zaak hadden de curatoren van het failliete Jomed N.V. conservatoir beslag gelegd op de

³⁴ Zie voor een uiteenzetting van het effect en toepassing van exoneratie, vrijwaring, verzekering en décharge: O.L.M. Heuts, *De commissaris beschermd*, O&F, nr. 68, 2005, p. 39 en de daar vermelde literatuur.

³⁵ Voorzieningenrechter Rb. Amsterdam 30 oktober 2003, KG 03/1994 JRB, TvI, 2004/1, 10 (Text Lite).

³⁶ Voorzieningenrechter Rb. Amsterdam 19 april 2006, nr. 325468/H 05.2735, n.g. (Jomed). Hoger beroep ingesteld.

Aansprakelijkheid van bestuurders onbegrensd?

vorderingen die de bestuurders ingevolge de D&O-aansprakelijkheidspolis zouden verkrijgen op de verzekeraar. Het beslag diende tot zekerheid voor de voldoening aan een eventuele veroordeling tot betaling van het boedeltekort, waartoe de curatoren de bestuurders aansprakelijk hadden gesteld. De bestuurders vorderden in kort geding (kort gezegd) opheffing van het beslag op grond van art. 705 Rv. Daartoe stelden zij primair dat de vorderingen tot vergoeding van de kosten van verweer onder de verzekering gezien hun aard geen voor beslag vatbare vorderingen zijn in de zin van art. 475a Rv jo. art. 720 Rv, zodat het beslag geen doel had getroffen. Subsidiar vorderden de bestuurders opheffing van het beslag op grond van een afweging van belangen van de bestuurders en de verzekeraar enerzijds en die van de curator anderzijds.

De voorzieningenrechter oordeelde dat beslag op de vordering tot vergoeding van de verweerkosten niet a priori onmogelijk is. Als uitgangspunt moet gelden dat de vorderingen op de verzekeraar vermogensrechten zijn en dat beslag op deze vorderingen, ook wanneer het verweerkosten betreft, in beginsel mogelijk is. Het hangt telkens van de omstandigheden van het geval af of er aanleiding is om het beslag op te heffen. Het maatschappelijk belang kan daarbij een rol spelen. Het belang van de verzekeraar ziet er op dat adequate verdediging het risico verkleint dat de verzekeraar wordt verplicht tot uitkering van schade gelden onder de verzekering uit hoofde van aansprakelijkheid jegens de boedel. Adequate verdediging is niet mogelijk indien het beslag de uitkering van de kosten van verweer, die onderdeel uitmaken van de verzekerde som, verhindert. De bestuurders kunnen zich dan immers niet laten bijstaan door eigen advocaten, vermits zij niet bereid en in staat zijn zich voor eigen rekening van rechtsbijstand te voorzien. De verzekeraar wordt op die wijze in zijn belangen geschaad. Daarbij speelt een rol dat, op grond van art. 475a lid 1 Rv, de derdebeslagene (in casu de verzekeraar) door het beslag niet mag worden benadeeld (het “non peius-beginsel”), terwijl de beslaglegger (de curatoren) niet in een betere positie mag komen te verkeren dan de beslagdebiteur (de bestuurders) (het “nemo plus-beginsel”). De voorzieningenrechter oordeelde dat het beslag een schending is van het “non peius-beginsel”, waarbij hij aantekende dat dit beginsel strekt tot bescherming van het getroffen belang van de verzekeraar (en niet

zoeer dat van de bestuurders). Reden voor opheffing van het beslag was uiteindelijk dus dat de verzekeringsmaatschappij te zeer in haar belang wordt geschaad.

Eerder verdedigde ik al dat een belangenafweging in voorkomend geval dient te resulteren in opheffing van een beslag op de vordering tot vergoeding van de verweerkosten³⁷. In die belangenafweging zou, anders dan in de Jomed-uitspraak, niet alleen het belang van de verzekeraar doorslaggevend dienen te zijn. Het belang van de verzekerde bestuurder zelf bij een adequate verdediging zou op zichzelf eveneens reden kunnen zijn voor opheffing, zoals a contrario al bleek uit de Text-Lite beslissing.

Resumerend

De ontwikkelingen op het gebied van bestuurdersaansprakelijkheid leiden langzaam maar zeker tot een gedetailleerde verzameling *do's and don'ts*. De bona fide bestuurder die zijn boekhouding op orde heeft en tijdig de jaarrekening publiceert heeft in het algemeen weinig te vrezen. De besproken jurisprudentie van afgelopen jaar biedt wellicht geen revolutionaire inzichten, maar geeft op detailpunten een nadere invulling:

- aansprakelijkstelling van een bestuurder op grond van art. 2:9 BW komt niet toe aan individuele aandeelhouders; zij zijn aangewezen op een onrechtmatige daadsactie. Daartegen kan de bestuurder zich niet verweren met een beroep op de verzwaarde aansprakelijkheidseisen van art. 2:9 BW. Voor de bestuurder verandert er in de praktijk waarschijnlijk weinig; wil sprake zijn van onrechtmatigheid dan zal dit vaak betekenen dat de bestuurder een persoonlijk (ernstig) verwijt treft. Het is gerechtvaardigd te stellen dat terughoudendheid wordt betracht bij het aanvaarden van aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad³⁸;
- geringe verzuimen in de publicatie van de jaarrekening zijn niet per definitie fataal, vooral niet indien de wel gepubliceerde gegevens correct zijn;
- dat de aansprakelijkheid van de rechtspersoon die als feitelijke beleidsbepaler in de zin van art 2:138/248 lid 7 BW wordt aangemerkt tevens zou rusten op de bestuurder van deze rechtspersoon lijkt nog lang geen uitgemaakte zaak;
- niet elke schuldeiser wiens vordering onbetaald blijft kan bij de bestuurder aankloppen; eigen

³⁷ Zie voetnoot 33.

³⁸ Vgl. de conclusie van A-G Huydecooper (sub 10) bij HR 6 oktober 2006, voetnoot 32

Aansprakelijkheid van bestuurders onbegrensd?

- schuld kan een geldig verweer zijn;
- het bestuur is niet verplicht om voor iedere schuldeiser een potje aan te houden ter dekking van diens vordering;
- de bestuurder doet er nog steeds verstandig aan zijn eigen positie in kaart te brengen en tijdig zelfbeschermende maatregelen te treffen. Dat een eventuele verzekeringsuitkering kan worden

getroffen door een beslag is geen reden om verzekering als beschermingsinstrument af te schrijven; opheffing van het beslag heeft sinds kort een overtuigend precedent.

mr. O.L.M. Heuts advocaat en partner bij CORP. advocaten te Amsterdam, een uitsluitend op het ondernemingsrecht gericht niche kantoor.