

VU Research Portal

Reactie II op Hammerstein, 'Een persoonlijk ernstig verwijt
Bleeker, Tim

published in
Ondernemingsrecht (Kluwer)
2021

document version
Peer reviewed version

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Bleeker, T. (2021). Reactie II op Hammerstein, 'Een persoonlijk ernstig verwijt. *Ondernemingsrecht (Kluwer)*, 2021(15), 715-717. Article 2021/114.
https://www.researchgate.net/publication/355700997_TR_Bleeker_Reactie_II_op_Hammerstein_Ondernemingsrecht_202162_Ondernemingsrecht_2021114

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:
vuresearchportal.ub@vu.nl

Reactie II op Hammerstein, Ondernemingsrecht 2021/62

Tim Bleeker, datum 28-09-2021

1. Inleiding

De Hoge Raad heeft geoordeeld dat voor de aansprakelijkheid van een bestuurder van een rechtspersoon op grond van onrechtmatige daad 'hogere eisen gelden dan in het algemeen geval is'.^[2] Sinds het Ontvanger/Roelofsen-arrest uit 2006, geldt dat een bestuurder (die handelt in hoedanigheid^[3]) pas aansprakelijk is wanneer hem persoonlijk een *ernstig verwijt* treft.^[4]

Deze ernstig-verwijt-doctrine wordt echter geplaagd door een niet-afnemende stroom van kritiek. In *Ondernemingsrecht* 2021/62 vraagt Fred Hammerstein zich hardop af "waar toch de aversie vandaan [komt] tegen het gebruik van de maatstaf van een 'persoonlijk ernstig verwijt' in het kader van de aansprakelijkheid van een bestuurder van de rechtspersoon?" Op deze vraag tracht ik in deze reactie antwoord te geven.^[5]

Ik zie in ieder geval drie verklaringen voor de aversie tegen het gebruik van deze maatstaf in het onrechtmatigedaadsrecht: de ernstig-verwijt-maatstaf is onduidelijk, onnodig en ongefundeerd. Op alle drie de verklaringen ga ik hierna kort in.

2. Onduidelijk

Over de eerste verklaring zijn voor- en tegenstanders van de ernstig-verwijt-doctrine eensgezind: de ernstig-verwijt-maatstaf is 'notoir onduidelijk'.^[6] Van totaalconcept, tweetrapsraket tot een gekwalificeerd schuldverband, telkens wordt de ernstig-verwijt-maatstaf anders gekarakteriseerd. Gaat het over de normschending, om de toerekening daarvan, of om een combinatie? Heeft het verwijt betrekking op de onrechtmatige daad van de rechtspersoon, of op het eigen handelen van de bestuurder? De Hoge Raad lijkt op verschillende gedachten te hinken en ook in de literatuur lopen de opvattingen uiteen over de plaats en betekenis van de ernstig-verwijt-maatstaf.

Nog problematischer dan deze dogmatische onbepaaldheid, is hoe weinig richtinggevend de ernstig-verwijt-maatstaf is. De maatstaf biedt namelijk – zeker buiten Beklamel-gevallen – nauwelijks handvatten om te bepalen óf er in een concreet geval sprake is van ernstig verwijtbaar handelen. Dan heb ik het nog niet eens gehad over de verwarring die sinds het Spaanse Villa-arrest bestaat omtrent het toepassingsbereik van de doctrine.^[7] Daardoor is niet alleen onduidelijk *wanneer* de bestuurder een ernstig verwijt treft; zelfs kan er onduidelijkheid bestaan *of* een ernstig verwijt noodzakelijk is voor de aansprakelijkheid van een bestuurder.

3. Onnodig

De toepassing van de ernstig-verwijt-maatstaf is niet alleen onduidelijk, maar bovendien *onnodig*. Om te zien dat het anders kan, hoeft alleen maar te worden gekeken naar de jurisprudentie inzake bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad van vóór 2006. Destijds werd artikel 6:162 BW ongeclausuleerd toegepast; en dat ging prima.

Bij de toepassing van de 'gewone aansprakelijkheidsregels' van artikel 6:162 BW, hoeven bonafide bestuurders niet te vrezen voor excessieve aansprakelijkheid. Het leerstuk van onrechtmatige daad is namelijk veelzijdig genoeg om rekening te houden met de bijzondere positie waarin de bestuurder verkeert. Dat begint al bij de onrechtmatigheidsstoets van artikel 6:162 lid 2 BW. Voor specifieke gevallen waarin aanvullende bescherming van de bestuurder geboden is – bijvoorbeeld in een 'zinkend schip'-scenario – kan middels de normstelling desgewenst een hogere aansprakelijkheidsdrempel worden bewerkstelligd.

Ook de andere vereisten van artikel 6:162 BW helpen voorkomen dat bestuurdersaansprakelijkheid de spuigaten uitloopt. Zo moet de onrechtmatige daad bijvoorbeeld persoonlijk aan de bestuurder kunnen worden toegerekend, en daarvoor is in beginsel schuld vereist. Verder is de bestuurder ingevolge het causaliteitsvereiste alleen aansprakelijk wanneer zijn onrechtmatige daad een noodzakelijke oorzaak is van de geleden schade. Daarnaast beperkt het relativiteitsvereiste de kring van personen die de bestuurder aansprakelijk kunnen stellen voor een normschending. Zo zijn er nog andere mogelijkheden binnen artikel 6:162 BW. Zelfs *als* onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid kan worden gevestigd bestaan er op grond van afdeling 6.1.10 BW nog tal van mogelijkheden om de *omvang* van de aansprakelijkheid te matigen. Kortom, de gewone aansprakelijkheidsregels van artikel 6:162 BW bieden ook voor bestuurdersaansprakelijkheid een beoordeling op maat.

4. Ongefundeerd

Het gebruik van de ernstig-verwijt-maatstaf is niet alleen onnodig en onduidelijk; de toepassing van de maatstaf is ook ongefundeerd. Zoals in diverse publicaties en promotieonderzoeken^[6] wordt benadrukt, bestaat er geen steekhoudende rechtstheoretische rechtvaardiging voor de toepassing van deze maatstaf in het onrechtmatigedaadsrecht. Artikel 6:162 BW bevat een cumulatieve en limitatieve opsomming van de vereisten die gelden voor dit type aansprakelijkheid. De vereisten gelden ook wanneer een onrechtmatige daad 'in hoedanigheid' wordt gepleegd.

Bij gebrek aan (wettelijke) uitzondering rijst de vraag waarom voor bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad aanvullende vereisten gelden. In het Hezemans Air-arrest noemt de Hoge Raad twee gronden:^[9]

"(...) Een hoge drempel voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover een derde wordt gerechtvaardigd door [1] de omstandigheid dat ten opzichte van de *wederpartij primair sprake is van handelingen van de vennootschap* en [2] door *het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen.*" (Cursivering en toevoeging van nummering TRB)

In reactie op mijn *NJB*-artikel^[10] erkent Hammerstein dat de tweede grond – die ook wel bekend staat als het 'bange bestuurders'-argument – niet steekhoudend is. Hij stelt echter "dat ook zonder het argument van bange bestuurders de omstreden maatstaf nog steeds goed bruikbaar is. In beginsel is de rechtspersoon aansprakelijk voor de gevolgen van zijn handelen en nalaten. Als de schade kan worden toegerekend aan de rechtspersoon en op deze kan worden verhaald, bestaat geen reden zijn bestuurder(s) daarvoor mede aansprakelijk te houden." Deze stelling en de navolgende argumentatie van Hammerstein liggen in het verlengde van de eerste grond die werd genoemd door de Hoge Raad.^[11] Bij de uitwerking van zijn stelling miskent Hammerstein mijns inziens dat de toerekening van een gedraging aan de rechtspersoon niet zorgt voor een *verplaatsing* van de aansprakelijkheid, maar voor een *uitbreiding* daarvan. Het functionele daderschap van de rechtspersoon laat de eigen verplichtingen van de natuurlijke personen binnen de rechtspersoon onverlet. De toerekening geeft ook geen aanleiding voor de toepassing van een andere aansprakelijkheidstoets. De persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder heeft bovendien geen afgeleid of secundair karakter, want op grond van artikel 6:162 BW kan hij slechts aansprakelijk worden gesteld indien hij persoonlijk een tot hem gerichte norm heeft geschonden.^[12]

5. Slotsom

De ernstig-verwijt-maatstaf maakt bestuurdersaansprakelijkheid onnodig ingewikkeld. Bovendien is er juridisch gezien geen goede reden om in het kader van artikel 6:162 BW een uit artikel 2:9 BW afkomstige maatstaf toe te passen. Vele auteurs (in het bijzonder Westenbroek, Karapetian en Verstijlen) hebben eerder hierop gewezen, maar de argumenten die zij daarbij naar voren hebben gebracht zijn – voor zover ik kan nagaan – inhoudelijk onweersproken gebleven. Daarom zou ik de vraag van Hammerstein willen omdraaien: waar komt toch die aversie vandaan om voor bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad de gewone vereisten van artikel 6:162 BW toe te passen?

Tim Bleeker

Voetnoten

^[1]

Mr. T.R. Bleeker is als universitair docent milieuaansprakelijkheid verbonden aan de VU en coördinator van de master *International Business Law: Climate Change & Corporations*. Momenteel zit hij in de afrondende fase van zijn promotieonderzoek naar bestuurdersaansprakelijkheid in het milieurecht.

^[2]

HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, *JOR* 2014/296, m.nt. Kroeze (*Hezemans Air*), r.o. 3.5.2.

^[3]

HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5881, *NJ* 2013/302, m.nt. Van Schilfgaarde (*Spaanse Villa*).

^[4]

HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, *Ondernemingsrecht* 2007, 36, m.nt. Wezeman (*Ontvanger/ Roelofsen*).

^[5]

In deze reactie richt ik me op de ernstig-verwijt-maatstaf in het kader van artikel 6:162 BW. Zie voor kritiek op deze maatstaf in de context van zowel artikel 6:162 BW als artikel 2:9 BW: W.A. Westenbroek, *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

^[6]

B.F. Assink, 'Vrijtekening door de vennootschap van ondernemende bestuurders', in: L. Timmerman e.a. (red.), *SamenWerken in het ondernemingsrecht* (Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 80), Deventer: Kluwer 2011, par. 2.V. Elders constateert Assink – die overigens zelf

voorzitter is van de ernstig-verwijt-doctrine – treffend dat 'de anatomie van de ernstig-verwijt-maatstaf in nevelen gehuld is'. B.F. Assink, 'De Januskop van het ondernemingsrecht', *Ondernemingsrecht* 2010/50, afl. 6, par. 5.3.

[7]

Zie bijvoorbeeld R.P.J.L. Tijltes, 'De hoedanigheid van de 'bestuurder' en zijn aansprakelijkheid', in: B.F. Assink e.a. (red.), *De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders'*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

[8]

Zie naast het proefschrift van Westenbroek voorts dat van A. Karapetian, *Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2019. Tevens T.R. Bleeker, *Milieuaansprakelijkheid van leidinggevenden* (diss. Utrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2021 (verwacht december 2021).

[9]

HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, *JOR* 2014/296, m.nt. Kroeze (*Hezemans Air*), r.o. 3.5.2.

[10]

T.R. Bleeker, 'De angst voor bange bestuurders ontrafeld', *NJB* 2020/2300.

[11]

Saillant detail: Maarten Kroeze – vader van het bange-bestuurders-argument – merkt in zijn annotatie onder het Hezemans Air-arrest op dat juist deze eerste grond "niet een echte rechtvaardiging vormt voor de hogere drempel"; *JOR* 2014/296, nr. 3.

[12]

Zie uitvoerig W.A. Westenbroek, *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 10.4-10.5.