

# VU Research Portal

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

**published in**  
Ondernemingsrecht (Kluwer)  
2021

**document version**  
Publisher's PDF, also known as Version of record

**document license**  
Article 25fa Dutch Copyright Act

[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](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](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

Overigens wordt de werknemer ex art. 7:661 BW wél (en terecht) beschermd voor aansprakelijkheid jegens de werkgever: hij is immers ondergeschikte, dient instructies op te volgen en zit in een afhankelijke kwetsbare positie. De werknemer is daarom niet aansprakelijk jegens de werkgever tenzij sprake is van ‘opzet of bewuste roekeloosheid’, wat in het arbeidsrecht gelijkgesteld wordt met ‘ernstig verwijt’. Van een bestuurder verwachten wij op grond van boek 2 BW echter méér, en dat blijkt ook uit de wetsgeschiedenis bij art. 6:170 lid 3 BW, waar de wetgever een uitzondering voorzag voor de regresmogelijkheid van werknemer jegens werkgever voor “*een ondergeschikte die als directeur in dienst was van de aangesproken N.V.*”<sup>14</sup> Zoals Hammerstein terecht opmerkte, moet een bestuurder immers handelen met het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult. Hammerstein stelde vervolgens echter dat pas als de bestuurder daarin *ernstig* is tekortgeschoten en er sprake is van ‘bijzondere omstandigheden’, hij persoonlijk aansprakelijk wordt. Dat is vreemd: is *gewoon* tekortkomen in deze verplichting bij *gewone* omstandigheden niet voldoende? Wat is anders het nut van deze gedragsnorm of bijvoorbeeld het nut van collectieve verantwoordelijkheid als gevolg waarvan een bestuurder moet ingrijpen als hij waarneemt dat een medebestuurder zijn taken niet goed vervult? Deze en andere hogere eisen die wij aan bestuurders stellen, zijn logisch. Zij hebben nu eenmaal een grotere verantwoordelijkheid dan bijvoorbeeld werknemers, aandeelhouders en andere stakeholders, richting wie zij er ook op moeten toezien dat de rechtspersoon toepasselijke regelgeving naleeft. In een tijd naar roep voor meer ‘maatschappelijk verantwoordelijke’ en minder ‘winstgerichte bestuurders’,<sup>15</sup> wordt dat eens te meer duidelijk.

#### 4. Verzekering, verwijtbaarheid en de reden voor de ‘aversie’

Tot slot, Hammerstein stelde dat bestuurders zich niet laten leiden door angst voor persoonlijke aansprakelijkheid aangezien zij toch al geen groot risico lopen omdat de schade meestal betaald wordt door anderen, zoals de verzekeraar. Wat er van de (vreemde) opmerking zelf ook zij, het enkele bestaan van een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering laat zien dat bij bestuurders sneller aansprakelijkheid kan ontstaan dan bij werknemers. Daarvoor is die verzekering juist en anders zou die verzekering ook niet nodig zijn: daadwerkelijk ernstig verwijtbaar handelen, opzet en bewuste roekeloosheid kunnen niet verzekerd worden, want dat is in strijd met de goede zeden. Dit betekent uiteraard niet dat een bestuurder ‘zomaar’ aansprakelijk is voor alles wat er misgaat. Een bestuurder kan niet alles weten of overzien, staat niet in voor resultaten, moet soms risico’s nemen en is afhankelijk van informatie

<sup>14</sup> Van Zeven, Pon & Olthoff 1981, *PG Boek 6 BW*, p. 728.

<sup>15</sup> J.A. Winter e.a., ‘Naar een zorgplicht voor bestuurders en commissarissen tot verantwoordelijke deelname aan het maatschappelijk verkeer’, *Ondernemingsrecht* 2020/86 en de reacties daarop in *Ondernemingsrecht* 2021/3 e.v.

die hem bereikt. Er is daarom niet zomaar sprake van ‘onbehoorlijke taakvervulling’, een ‘fout’ of onrechtmatigheid. Onbehoorlijk (of onrechtmatig) impliceert dat de bestuurder *verwijtbaar* moet hebben gehandeld,<sup>16</sup> oftewel: een toerekenbaar (gewoon) verwijt kan worden gemaakt. Is dat het geval, dan leidt dat tot aansprakelijkheid voor de causale (mogelijk verzekerde) schade. Dat geldt voor ieder rechtssubject en dat is in het maatschappelijk verkeer niet onredelijk. Een positieve noot om af te sluiten: enkele ongelukkige uitzonderingen daargelaten, wordt dit in de rechtspraak ook onderkend bij de weging van feiten. De ‘ernstig verwijt’-maatstaf draagt daar echter niets aan bij, maar compliceert die rechtspraak. Daar zijn rechtspersonen, bestuurders en derden niet bij gebaat en onder meer dát verklaart de aversie tegen de maatstaf.

Winand Westenbroek<sup>17</sup>

## Reactie II op Hammerstein, Ondernemingsrecht 2021/62

### Ondernemingsrecht 2021/114

#### 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.<sup>1</sup> Sinds het Ontvanger/Roelofsen-arrest uit 2006, geldt dat een bestuurder (die handelt in hoedanigheid<sup>2</sup>) pas aansprakelijk is wanneer hem persoonlijk een *ernstig verwijt* treft.<sup>3</sup>

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.<sup>4</sup>

<sup>16</sup> *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, nr. 6, p. 3-4.

<sup>17</sup> Mr. dr. W.A. Westenbroek is advocaat te Amsterdam, verbonden aan Erasmus School of Law en gepromoveerd met *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie* (diss. Rotterdam:;) (IVOR nr. 108), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

<sup>1</sup> HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, *JOR* 2014/296, m.nt. Kroeze (*Hezemans Air*), r.o. 3.5.2.

<sup>2</sup> HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5881, *NJ* 2013/302, m.nt. Van Schilfgaarde (*Spaanse Villa*).

<sup>3</sup> HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, *Ondernemingsrecht* 2007, 36, m.nt. Wezeman (*Ontvanger/Roelofsen*).

<sup>4</sup> 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.

Ik zie in ieder geval drie verklaringen voor de aversie tegen het gebruik van deze maatstaf in het onrechtmatiggedaadsrecht: 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'.<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup> 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 onrechtmatigheids-

toets 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 spuitgaten 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* onrechtmatiggedaadsaansprakelijkheid 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<sup>7</sup> wordt benadrukt, bestaat er geen steekhoudende rechtstheoretische rechtvaardiging voor de toepassing van deze maatstaf in het onrechtmatiggedaadsrecht. 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:<sup>8</sup>

“(…) 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)

5 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 voorstander 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.

6 Zie bijvoorbeeld R.P.J.L. Tjittes, '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.

7 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 leidinggevend* (diss. Utrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2021 (verwacht december 2021).

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

In reactie op mijn *NJB*-artikel<sup>9</sup> 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 omstrepen 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.<sup>10</sup>

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.<sup>11</sup>

## 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<sup>12</sup>

## Naschrift

### *Ondernemingsrecht 2021/115*

Columns zijn naar mijn smaak alleen de moeite waard als ze tegenspraak oproepen. Ik ben mijn opponenten dus erkentelijk voor hun reacties. Ik heb, anders dan Westenbroek suggereert, geen aversie tegen kritiek op de opvattingen van de Hoge Raad. Mijn ervaring is dat je daarvan als rechter juist veel kunt leren. Ik heb wel een broertje dood aan kritiek ad hominem en jij-bakken en daarom laat ik zijn reactie verder voor wat die waard is. Bleeker heeft goed begrepen dat ik graag een antwoord wil krijgen op mijn verbazing over de stevige kritiek op de maatstaf van het “persoonlijk ernstig verwijt”. Ik stel zijn heldere inhoudelijke betoog op prijs. Anders dan hij vind ik echter deze maatstaf niet onduidelijk. Het gaat om een verhoogde drempel voor *persoonlijke* aansprakelijkheid afhankelijk van de omstandigheden. Die is nodig om een bestuurder te beschermen tegen aansprakelijkheid voor fouten die wel onrechtmatig opleveren doch hem niet ernstig verweten kunnen worden en vallen binnen de vrijwel onvermijdelijke risico’s van bestuurlijk handelen. Het derde argument van Bleeker vind ik het meest interessante: ongefundeerd. Dat lijkt me een te absolute stelling. De koers van de Hoge Raad past binnen het wettelijk stelsel waarbij het risico van schade veroorzaakt door een ondergeschikte primair gelegd wordt bij de werkgever of opdrachtgever. Daarachter schuilt een rechtspolitieke keuze: de kans op fouten wordt vooral veroorzaakt door diens activiteiten en het handelen of nalaten van de betrokkene ligt binnen zijn invloedssfeer. Een andere keuze is denkbaar, doch die zal hoogstwaarschijnlijk leiden tot meer procedures waarin bestuurders persoonlijk aansprakelijk worden gehouden voor nadelige gevolgen van hun optreden. Ik vind dat geen aanlokkelijk perspectief, behalve wellicht voor curatoren in faillissementen.

Fred Hammerstein<sup>1</sup>

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

10 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.

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

12 Mr. T.R. Bleeker is als universitair docent milieu-aansprakelijkheid 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.

1 Mr. A. Hammerstein is oud-raadsheer in de Hoge Raad der Nederlanden.