

Bij bestuurdersaansprakelijkheid hoort geen klachtplicht

J.B. Huizink

1 Aanleiding

In steeds meer procedures over bestuurdersaansprakelijkheid wordt zijdens de bestuurder ter afwering van de vordering een beroep gedaan op schending van de klachtplicht, art. 6:89 BW. In de literatuur zijn in eerste instantie twee pamfletachtige stukken geschreven waarin wordt betoogd dat die klachtplicht niet aan de orde zou moeten zijn.¹ Daarna is dieper op de klachtplicht rond bestuurdersaansprakelijkheid ingegaan.² Die geschriften hebben beroepen op de klachtplicht niet doen verstommen. Redenen om opnieuw in te gaan op de vraag of art. 6:89 BW mede betrekking moet hebben op claims van de rechtspersoon, een faillissementscurator of derden jegens bestuurders wie onbehoorlijk bestuur respectievelijk onrechtmatig handelen wordt verweten.

2 Bestuurdersaansprakelijkheid in het kort

De belangrijkste vormen van bestuurdersaansprakelijkheid vinden hun grondslag in art. 2:9 BW (interne aansprakelijkheid), art. 6:162 BW (meestal externe aansprakelijkheid) en art. 2:138 (248) BW (aansprakelijkheid bij faillissement).³ Vaak wordt een combinatie van deze aansprakelijkheidsgrondslagen ter onderbouwing van de aansprakelijkheidsclaim aangevoerd. De aansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW ligt min of meer in de sfeer van een contractuele tekortkoming: de bestuurder is jegens de rechtspersoon tekortgeschoten in de uitoefening van de bestuurstaak. De aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW heeft betrekking op onrechtmatig handelen of stilzitten. Ofschoon over het rechtskarakter van de aansprakelijkheid op grond van art. 2:138 (248) BW verschillend wordt gedacht, beschouwen de meeste auteurs deze aansprakelijkheid toch als een vorm van externe aansprakelijkheid, nu deze strekt tot betaling van het faillissementstekort en daar-

- 1 J.B. Huizink, *Klachtplicht*, TvI 2013/37 en M.J. Kroeze, *Klachtplicht en bestuurdersaansprakelijkheid*, RMThemis 2015, afl. 5.
- 2 Zie onder meer A.J. Rijsterborgh & Z.D. Veldhoen, *De onwenselijkheid van de klachtplicht uit art. 6:89 BW op vorderingen ex art. 2:9 BW: een dogmatisch en een praktisch perspectief*, MvV 2015, afl. 4, p. 99 e.v.
- 3 Deze bepalingen hebben betrekking op de nv en de bv. Zie voor de vereniging en de stichting art. 2:50a BW en art. 2:300a BW. Volgens het wetsvoorstel *Bestuur en toezicht van rechtspersonen*, Kamerstukken 34491, zal deze ook wel genoemde WBF-aansprakelijkheid worden overgebracht naar de inleidende titel van Boek 2 en daarmee – soms in gemitigeerde vorm – van toepassing worden op alle in Boek 2 BW geregelde privaatrechtelijke rechtspersonen.

J.B. Huizink

mee primair gericht is op genoegdoening van de vennootschapscrediteuren en niet van de vennootschap zelf (en haar aandeelhouders).⁴

Als er al ruimte zou zijn voor een klachtplicht met betrekking tot bestuurdersaansprakelijkheid zou men prima vista uitkomen bij de interne aansprakelijkheid van art. 2:9 BW. Bij die bepaling gaat het immers om – in de terminologie van art. 6:89 BW – een ‘gebrekkige prestatie’, namelijk de vervulling van de bestuurstaak, jegens de ‘schuldeiser’, te weten de rechtspersoon. Volgens de rechtspraak van de Hoge Raad heeft art. 6:89 BW evenwel een ruim toepassingsbereik en geldt zij voor alle verbintenissen waarbij in de uitvoering sprake is van een tekortkoming.⁵ Dat betekent dat het toepassingsbereik zich mede uitstrekt tot verbintenissen uit onrechtmatige daad. Daar kan mijns inziens op goede gronden anders over worden gedacht,⁶ waarmee de klachtplicht ook bij bestuurdersaansprakelijkheid gegrond op art. 6:162 BW en art. 2:138 (248) BW in beeld zou kunnen komen. Wanneer men evenwel de onderliggende casus in de in noot 5 genoemde arresten beziet, ging het in deze arresten toch wel om een geheel andere setting dan bestuurdersaansprakelijkheid. Het arrest Van der Steeg c.s. had betrekking op een beleggingsadviesrelatie en in het arrest Ploum/Smeets ging het om een ‘rechtsvordering van de koper die (...) feitelijk gegrond is op het niet-beantwoorden van de afgeleverde zaak aan de overeenkomst, ook indien door de koper op deze grondslag een rechtsvordering uit onrechtmatige daad wordt gebaseerd’.

3 Een kort overzicht van de rechtspraak

Voor zover mij bekend is Landis de eerst zaak waar de klachtplicht specifiek aan de orde kwam.⁷ Volgens de rechtbank was de klachtplicht van toepassing op de vordering van curatoren voor zover deze gebaseerd was op art. 2:9 BW.⁸ Inhoudelijk werd het beroep op de klachtplicht evenwel afgewezen omdat curatoren binnen bekwame tijd hadden geklaagd over de mogelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur. Volgens de rechtbank ligt dat echter anders met betrekking tot de vordering ex art. 2:138 BW omdat de verplichting tot het voeren van een administratie een verbintenis jegens de vennootschap vormt en niet een verbintenis

4 Zie mijn commentaar op de bepaling in de Groene Serie RPS art. 138, aant. 7.

5 Zie HR 23 november 2007, NJ 2008/552 (Ploum/Smeets) en HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 m.nt. Jac. Hijma (Van de Steeg c.s./Rabobank).

6 Zie vooral J.L. Smeehuijzen, Hoe het verjaringsrecht door de klachtplicht wordt opgegeten – en waarom dat erg is, WPNR 2013/6988. Dat de klachtplicht louter zou moeten zien op stoffelijke prestaties wordt ook betoogd door A.J. Rijsterborgh & Z.D. Veldhoen, De onwenselijkheid van de klachtplicht uit art. 6:89 BW op vorderingen ex art. 2:9 BW: een dogmatisch en een praktisch perspectief, MvV 2015, afl. 4, p. 99 e.v. en W.H. van Boom, Zorgplicht vs. klachtplicht, *Ars Aequi* 2013, afl. 10.

7 Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3225, JOR 2013/237 m.nt. U.B. Verboom (Landis).

8 In gelijke zin Rb. Midden-Nederland 3 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6198, RO 2015/20.

jegens de gezamenlijke schuldeisers. De juistheid van dit oordeel laat ik maar in het midden.⁹

Radicaal anders oordeelde Rb. Zeeland-West-Brabant.¹⁰ Volgens de rechtbank is de gehoudenheid tot behoorlijk bestuur ex art. 2:9 BW geen verbintenis. Een verbintenis ontstaat eerst bij schending van die gehoudenheid: de verbintenis tot schadevergoeding. Een soortgelijke redenering hanteert de rechtbank met betrekking tot de vorderingen van de curator ex art. 6:162 en 2:248 BW. Daar lijkt een dergelijke redenering mij meer op zijn plaats dan rond art. 2:9 BW.¹¹ Hoe dan ook, een nogal juridisch-technische benadering waarover men anders kan denken.¹² Ik zou menen dat de uitkomst van een dergelijke juridisch-technische benadering over het rechtskarakter van de vorderingen ex art. 2:9 BW en de andere bestuurdersaansprakelijkheidsgrondslagen bezwaarlijk beslissend kan zijn voor het al dan niet aanvaarden van een klachtplicht ter zake. Niet alleen omdat over de uitkomsten daarvan zeer verschillend gedacht kan worden, maar vooral ook omdat de mijns inziens wezenlijke vraag of het aanvaarden van een klachtplicht tot een praktisch en rechtvaardig resultaat leidt, daardoor ten onrechte buiten beschouwing blijft. Zie voor een eveneens juridisch-technische benadering van het vraagstuk ook Rb. Zeeland-West-Brabant inzake het faillissement van NV Ebcon Holding.¹³

Het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft zich in 2017 over de klachtplicht gebogen en in lijn met – het ging om art. 2:9 BW – de beslissingen van de Rb. Zeeland-West-Brabant arrest geweest.¹⁴ Net als de rechtbank is het hof van oordeel dat de verplichting van bestuurders tot een behoorlijke vervulling van hun taak niet leidt tot een verbintenis waarop afdeling 9 van titel 1 van Boek 6 BW van toepassing is. Zulks tot ongenoegen van JOR-annotator Verboom, die schrijft dat het vreemd is dat de klachtplicht wel geldt in een beleggingsadviesrelatie en niet bij de bestuurs-taak om de vennootschap naar behoren te besturen.

- 9 Zie de JOR-annotatie van Verboom, die van mening is dat de klachtplicht ook hier van toepassing had moeten zijn.
- 10 Rb. Zeeland-West-Brabant 5 november 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:9203, JOR 2015/94 m.nt. R.J.G. de Haan (Vilanzo).
- 11 Zie recent Rb. Zeeland-West-Brabant 4 juli 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:3892, waar de rechtbank overweegt: '3.2 (...) Géén verbintenissen in de zin van artikel 6:89 BW zijn de op een ieder rustende rechtsplicht om een ander niet op onrechtmatige wijze schade te berokkenen. Dergelijke algemene rechtsplichten zijn geen verbintenissen, omdat zij geen rechtsbetrekking vestigen tussen twee of meer bepaalde personen en omdat met deze rechtsplichten niet een subjectief vermogensrecht van de door de norm beschermde persoon correspondeert (vergelijk TM, Parl. Gesch., Boek 6, pag. 37). Het in boek 6 BW omtrent verbintenissen bepaalde is niet toepasselijk op de bedoelde andere rechtsplichten.'
- 12 Zie de JOR-annotatie van De Haan.
- 13 Rb. Zeeland-West-Brabant 14 september 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:5790, RO 2016/68 (Ebcon).
- 14 Hof Arnhem-Leeuwarden 24 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:523, JOR 2017/122 m.nt. U.B. Verboom.

4 De belangrijkste argumenten vóór een klachtplicht

Zoals gezegd dient de vraag of in het kader van bestuurdersaansprakelijkheidsprocedures met succes een beroep op art. 6:89 BW moet kunnen worden gedaan niet noodzakelijk te worden beantwoord aan de hand van rechtstheoretische exercities over aangelegenheden als het rechtskarakter van de rechtsbetrekking van de bestuurder tot de vennootschap (rechtspersonenrechtelijk/contractueel) en daaruit voortvloeiende aanspraken (verbintenissen/rechtsplichten) of over het rechtskarakter van 's-curators vordering op grond van de derde antimisbruikwet respectievelijk diens plaatsbepaling bij het instellen van een Peeters-Gatzen-vordering¹⁵ ex art. 6:162 BW. Al was het maar vanwege het feit dat in literatuur en jurisprudentie zeer verschillend aangekeken wordt tegen de dogmatische ontleding van dit soort aangelegenheden. De belangrijkste reden om de klachtplicht al dan niet los te laten op vorderingen tot aansprakelijkheidstelling van bestuurders op grond van falend bestuur moet liggen in het antwoord op de vraag of toepasselijkheid van art. 6:89 BW in dergelijke zaken wenselijk is, en zo ja waarom.

In dat kader wordt wel betoogd dat een klachtplicht in zaken over bestuurdersaansprakelijkheid ertoe zou kunnen bijdragen dat de bewijspositie van de bestuurders wordt versterkt, althans niet wordt verminderd. Men kan zich evenwel afvragen of die bewijspositie wel zo problematisch is. De bewijslast dat er sprake is geweest van (kennelijk) onbehoorlijk bestuur, van onbehoorlijke taakvervulling of van een onrechtmatige daad rust toch in eerste instantie op de rechtspersoon respectievelijk – bij faillissement van de rechtspersoon – op de curator, of op degene die tegen de bestuurder een onrechtmatige-daadvordering instelt. Voor de bestuurder komt het vervolgens aan op disculpatie. Kort gezegd: geen (ernstige) verwijtbaarheid en/of – bij een WBF-vordering – het aannemelijk maken van een andere faillissementsoorzaak dan kennelijk onbehoorlijk bestuur. Het is maar zeer de vraag en bij mijn weten nooit systematisch onderzocht in hoeverre 's-bestuurders bewijspositie door het ontbreken van een klachtplicht zou worden verzwagd. Van de door de Hoge Raad vereiste concrete benadeling lijkt geen sprake.¹⁶

Vaak gaat de aansprakelijkheidstelling van de bestuurder gepaard met een faillissement van de rechtspersoon. Dat zo'n faillissement de bewijspositie van een bestuurder die zich wil disculperen kan bemoeilijken, behoeft wel geen betoog: getuigen in de vorm van voormalig personeel uit zicht, moeilijk bereikbare administratie, toegang tot het (voormalig) bedrijfsterrein etc. Ik vermag evenwel niet in te zien hoe een klachtplicht voor deze bewijsproblemen een oplossing kan zijn.

15 HR 14 januari 1983, NJ 1983/597 m.nt. BW.

16 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 m.nt. Jac. Hijma (Van de Steeg c.s./Rabobank).

5 Andere argumenten

Onder andere door Verboom¹⁷ en De Haan¹⁸ is gesuggereerd dat het aannemen van een klachtplicht voor de vordering ex art. 2:9 BW faillissementscuratoren zal noodzaken om het onderzoek naar het faillissement en naar falend bestuur voortvarend ter hand te nemen. Als er door de bestuurder een beroep op de klachtplicht wordt gedaan, zal de curator zich voor zijn optreden moeten verantwoorden, zo lijkt de gedachte. In die gedachte wordt de klachtplicht niet gezien als middel om rechtszekerheid in het belang van de schuldenaar – in casu de bestuurder van de rechtspersoon – te bewerkstelligen, maar als nieuw instrument dat goed zou passen in het insolventierechtelijke organisatierecht.¹⁹

Ik zou menen dat de klachtplicht daarvoor niet in het BW is opgenomen. Als men van oordeel is dat er het nodige schort aan de afwikkeling van faillissementen, dan brengt men dit onder bij de plannen van de minister van Justitie en Veiligheid tot modernisering van de Faillissementswet.²⁰

Men zou verder kunnen aanvoeren dat de schuldenaar – in ons geval dus de aansprakelijk gestelde bestuurder – door de klacht de gelegenheid kan hebben om de gestelde tekortkomingen alsnog te helen, respectievelijk de daaruit ontstane schade te beperken.²¹ Dat lijkt mij in gevallen van bestuurdersaansprakelijkheid evenwel geen argument. Bestuurdersaansprakelijkheid is doorgaans de (pittige) mosterd na de maaltijd, nu de bestuurders meestal – al dan niet door ontslag – vertrokken zijn.

Het argument dat een bestuurder niet te lang in het ongewisse moet worden gelaten over de vraag of hij al dan niet aansprakelijk wordt gesteld, kan mij evenmin overtuigen, zie hierna. Resumerend zou ik willen stellen dat bestuurders van rechtspersonen naast de hoge drempel voor het aannemen van bestuurdersaansprakelijkheid en de gewone verjaringstermijnen geen behoefte hebben aan een extra bescherming in de vorm van een klachtplicht. En mocht een en ander desalniettemin tot een onaanvaardbare uitkomst leiden, dan is er – in elk geval ten aanzien van de interne aansprakelijkheid – ook nog zoiets als art. 2:8 BW.

6 Bezwaren tegen toepasselijkheid van art. 6:89 BW op art. 2:9 BW.

Ingevolge art. 6:89 BW moet de schuldeiser binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek in de prestatie heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken bij de bestuurder hebben geprotesteerd. Dat betekent dat de rechtspersoon binnen bekwame tijd bij de bestuurder moet protesteren. Zonder dit verder uitgebreid te bespreken signaleer ik de volgende moeilijkheden:

17 Zie Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3225, JOR 2013/237 m.nt. U.B. Verboom (Landis).

18 Zie Rb. Zeeland-West-Brabant 5 november 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:9203, JOR 2015/94 m.nt. R.J.G. de Haan (Vilenco).

19 Vgl. J.B. Huizink, *Insolventie* (9de druk), 2018, nr. 9.

20 Zie het wetsvoorstel Wet modernisering faillissementsprocedure, Kamerstukken 34740.

21 Vgl. HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1270, NJ 2017/344 m.nt. D.W.F. Verkade.

J.B. Huizink

- Wat is 'binnen bekwame tijd'? Maakt het in dat verband verschil of het om een reeks van kleinere tekortkomingen gaat tot men uiteindelijk belandt bij de spreekwoordelijke druppel die de emmer heeft doen overlopen, of dat het gaat om een notoir kenbare bestuursblunder?
- Geldt de klachtplicht voor onbehoorlijk bestuur als zodanig, of moet ten aanzien van elk element waarin de bestuurder in de uitoefening van zijn bestuurstaak is tekortgeschoten tijdens de rechtspersoon tijdig worden geprotesteerd?
- En in verband daarmee het 'alles of niets'-karakter van de regeling: te laat klagen/protesteren leidt tot verval van recht.
- Gebrekkige kenbaarheid van de wijze waarop de bestuurswerkzaamheden zijn vervuld.²²
- In hoeverre staat decharge aan protesteren in de weg? In dat verband lijkt mij eveneens van belang dat bestuurders in het rechtspersonenrecht dikwijls opereren onder toezicht van een raad van commissarissen of een raad van toezicht en verantwoording moeten afleggen aan de algemene (leden)vergadering.
- Bestuurders en commissarissen stellen elkaar gedurende hun respectieve ambtstermijnen niet graag aansprakelijk. Daarbij speelt de collectieve verantwoordelijkheid een rol van betekenis. Bestuurdersaansprakelijkheid manifesteert zich doorgaans na het bestuurslidmaatschap en vooral bij faillissement. Ik verwacht niet dat dit anders zal zijn met betrekking tot het in art. 6:89 BW bedoelde protest.
- Hoe verhoudt een en ander zich tot art. 3:320 BW jo. art. 3:321 lid 1 onder d BW? Analogische toepassing?
- Wat is rechtens als de rechtspersoon de klachtplicht heeft geschonden en de rechtspersoon vervolgens in staat van faillissement wordt verklaard. Is daarmee dan ook de art. 2:9 BW-vordering van de curator van de baan? Of past hier eveneens analogische toepassing van art. 3:321 lid 1 onder d BW?

Een volgend bezwaar tegen toepasselijkheid van art. 6:89 BW op art. 2:9 BW lijkt mij dat er in redelijkheid bij bestuurders die aansprakelijk zijn voor onbehoorlijk bestuur geen onzekerheid kan bestaan over het antwoord op de vraag of zij hun taak gebrekkig hebben vervuld. Daarvoor immers ligt de lat te hoog; van aansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW kan eerst sprake zijn indien hun van de onbehoorlijke taakvervulling een ernstig verwijt valt te maken.²³ Daarin verschilt een tekortschieten in de bestuurstaak van tekortschieten in gewone verbintenissen uit overeenkomst. Daar laten we 'gewoon' art. 6:75 BW op los: geen toerekening van de tekortkoming indien zij niet is te wijten aan schuld van de schuldenaar

22 Zie M.J. Kroeze & J.B. Wezeman, *De curator en interne bestuurdersaansprakelijkheid*, in: *Inso-lad* jaarboek 2015, p. 12/13, welke auteurs in dat verband wijzen op de enquêteprocedure.

23 Vgl. M.J. Kroeze, *Klachtplicht en bestuurdersaansprakelijkheid*, *RMThemis* 2015, afl. 5. Weliswaar is die ernstige verwijtbaarheid in art. 2:9 BW, zoals dat sinds de Wet bestuur en toezicht (2013) luidt, geformuleerd als een disculpatiegrond, maar de meeste auteurs houden onverkort vast aan art. 2:9 BW als codificatie van HR 10 januari 1997, NJ 1997/360 m.nt. Ma. (Staleman/Van de Ven).

noch krachtens de wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor diens rekening komt.

Wat dat aangaat lijkt de positie van de bestuurder tegenover de rechtspersoon op die van de werknemer tegenover de werkgever. Geen zinnig mens die in die laatste relatie voor het aannemen van een klachtplicht zal opteren.²⁴ Je kunt het ook anders formuleren: bestuurders die het zodanig bont²⁵ hebben gemaakt dat zij ex art. 2:9 BW schadeplichtig zijn, hebben naast een mogelijk beroep op disculpatie niet ook bescherming van de klachtplicht van node.

Ten slotte, maar bepaald niet onbelangrijk, moet erop worden gewezen dat de klachtplicht door advocaten die opkomen voor aansprakelijk gestelde bestuurders te pas en te onpas kan worden ingeroepen.²⁶ Immers, hier geldt het adagium 'Baat het niet, het schaadt ook niet' welhaast onverkort. Een behoorlijke rechtsbedeling lijkt mij daar niet mee gediend.

7 Bezwaren tegen toepasselijkheid van art. 6:89 BW op art. 2:138 (248) BW

De bezwaren tegen het aannemen van een klachtplicht bij art. 2:9 BW vormen in belangrijke mate – mede – een argument tegen toepasselijkheid van art. 6:89 BW op art. 2:138 (248) BW.²⁷ Er komt echter iets bij en dat is 1) de mogelijkheid voor bestuurders om het gestelde causale verband tussen het kennelijk onbehoorlijke bestuur (KOB) en het faillissement van de rechtspersoon te weerleggen, en 2) de mogelijkheid voor bestuurders om een beroep te doen op de matigingsbevoegdheid (zowel collectief als individueel) in het vierde lid van art. 2:138 (248) BW. Door deze twee bijkomende omstandigheden lijkt een beroep op de klachtplicht eerder gerechtvaardigd bij de WBF-aansprakelijkheid dan bij een aansprakelijkheidsprocedure ex art. 2:9 BW.

Daar staat dan weer tegenover dat de gehoudenheid tot behoorlijk bestuur op grond van art. 2:9 BW een veel meer verbintenisrechtelijk karakter heeft dan de

24 Omgekeerd – dus de werknemer die de werkgever aansprakelijk houdt – mogelijk wel, zie Rb. Den Haag (ktr.) 3 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:921, JAR 2016/62 en I.L. Gerrits & M. Opdam, *De klachtplicht in het arbeidsrecht*, *ArbeidsRecht* 2017/32. Dat de klachtplicht wel van toepassing is op art. 7:661 BW wordt betoogd door R.P.L. Tjittes, *Een klachtplicht bij interne bestuurdersaansprakelijkheid*, in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 140), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 473 e.v. Tjittes heeft het dan over de bestuurder en de arbeidsrechtelijke relatie tot de vennootschap, zonder een uitspraak te doen over gewone werknemers. Wel wijst Tjittes erop dat de kwestie van weinig praktische relevantie is, nu aansprakelijkheid op grond van art. 7:661 BW zelden wordt aanvaard.

25 Zie mijn commentaar in *Groene Serie RPS*, art. 9, aant. 9.

26 Zie de wenk opgenomen bij Rb. Zeeland-West-Brabant 14 september 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:5790, RO 2016/68 (Ebcon). Zie voorts J.L. Smeehuijzen, *Hoe het verjaringsrecht door de klachtplicht wordt opgegeten – en waarom dat erg is*, WPNR 2013/6988 en M.J. Kroeze, *Klachtplicht en bestuurdersaansprakelijkheid*, *RMThemis* 2015, afl. 5.

27 Zie over de congruentie tussen art. 2:9 BW enerzijds en art. 2:138 (248) BW anderzijds *Groene Serie RPS*, art. 9, aant. 26, en J.B. Huizink, *Bestuurdersaansprakelijkheid: één pot nat?*, *O&F* 2009, afl. 1, p. 100 e.v.

J.B. Huizink

verplichting tot behoorlijk bestuur ex art. 2:138 (248) BW, nu deze vorm van bestuurdersaansprakelijkheid door de meeste auteurs beschouwd wordt als een vorm van externe aansprakelijkheid. Soms zelfs als een verbijzondering van art. 6:162 BW (onrechtmatige daad tegenover de gezamenlijke faillissementscrediteuren).²⁸

Hoe dat ook zij, het is mijns inziens de vraag of de zojuist geopperde gedachte hout snijdt. Als er geruime tijd zit tussen het uitspreken van het faillissement van de rechtspersoon en het entameren van een procedure op grond van art. 2:138 (248) BW kan dit – in elk geval in theorie – betekenen dat het er voor bestuurders niet eenvoudiger op wordt om een beroep op de faillissementsoorzaken respectievelijk de matigingsbevoegdheid van de rechter te doen. Ik zou evenwel menen dat zulks niet noopt tot het aannemen van een klachtplicht. Dat het faillissement door andere oorzaken dan KOB is veroorzaakt, heeft als zodanig niets met de prestatieplicht tot behoorlijk besturen uitstaande. Voor de matigingsbevoegdheid zou ik *grosso modo* hetzelfde willen betogen, nu de aard en ernst van het KOB slechts één van de wettelijke matigingsgronden vormt en de overige matigingsgronden opnieuw weinig met de vervulling van de bestuurstaak te maken hebben. In dit verband merk ik nog op dat een en ander niet anders komt te liggen indien de vordering haar grondslag vindt in schending van art. 2:10 BW.²⁹ In de praktijk zal dat zelden het geval zijn omdat schending van de administratieplicht op zichzelf geen schade veroorzaakt. Schending van art. 2:10 BW stelt juist het mechanisme van art. 2:138 (248) lid 2 BW in werking, waarmee het kennelijk onbehoorlijk bestuur in de procedure vaststaat.

Ten slotte dient erop gewezen te worden dat de aansprakelijkheid voor het faillissementstekort in geval van kennelijk onbehoorlijk bestuur zich beperkt tot de periode gelegen drie jaar vóór het faillissement van de rechtspersoon.

8 Bezwaren tegen toepasselijkheid van art. 6:89 BW op art. 6:162 BW

Wederom: de bezwaren tegen het aannemen van een klachtplicht bij art. 2:9 BW vormen in belangrijke mate – mede – een argument tegen toepasselijkheid van art. 6:89 BW op art. 6:162 BW.³⁰ Plus natuurlijk dat de gehoudenheid om je niet onrechtmatig, respectievelijk maatschappelijk onzorgvuldig op te stellen naar gangbare maatstaven geen verbintenis oplevert.³¹ De verbintenisrechtelijke klachtplicht komt dan niet in beeld. Daar kan men vervolgens tegenover stellen dat dit weer anders ligt bij een op art. 6:162 BW gegronde verbintenis tot schadevergoeding. Met dogmatiek komt men er dus niet goed uit.

Veel belangrijker lijkt mij dat volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad de lat voor bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad hoger ligt

28 Zie het eerdergenoemde vonnis Rb. Zeeland-West-Brabant 4 juli 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:3892 (noot 11).

29 Zie opnieuw de JOR-annotatie van Verboom, die van mening is dat de klachtplicht ook hier van toepassing had moeten zijn.

30 Zie noot 26.

31 Zie opnieuw Rb. Zeeland-West-Brabant 4 juli 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:3892 (noot 11).

dan voor aansprakelijkheid voor ‘gewone’ onrechtmatige daden.³² Voor het aannemen van aansprakelijkheid van een bestuurder naast de vennootschap gelden hogere eisen dan in het algemeen het geval is. Op deze benadering bestaat kritiek, maar vooralsnog zullen we haar als onderdeel van het geldend recht moeten aanvaarden.³³ Volgens de Hoge Raad wordt deze verhoogde aansprakelijkheidsdrempel onder meer gerechtvaardigd door het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen. Voor de toepasselijkheid van de klachtplicht betekent deze verhoogde aansprakelijkheid mijns inziens dat, zo de klachtplicht überhaupt aan de orde is bij door bestuurders gepleegde ‘gewone’ onrechtmatige daden, hetgeen minst genomen betwijfeld kan worden, dat in elk geval niet geldt bij claims op basis van de verhoogde aansprakelijkheid van de bestuurder naast de aansprakelijkheid van de rechtspersoon.

9 Kortom

Wanneer ik al het voorgaande op een rijtje zet, kom ik tot de conclusie dat art. 6:89 BW niet van toepassing dient te zijn op bestuurdersaansprakelijkheid, noch interne bestuurdersaansprakelijkheid, noch externe bestuurdersaansprakelijkheid. De dogmatische onderbouwing van het standpunt dat dit wel het geval zou moeten zijn, is niet sterk en bovendien voor betwisting vatbaar. Veel belangrijker vind ik echter dat het loslaten van de klachtplicht op bestuurdersaansprakelijkheid praktisch onwenselijke gevolgen heeft.

De rechter mag art. 6:89 BW niet ambtshalve toepassen. Op de klachtplicht moet een beroep worden gedaan. Dat is vaak verleidelijk en kost de rechter extra werk. Vaak onnodig extra werk, omdat – ook als men art. 6:89 BW wel van toepassing acht – de rechtspraak laat zien dat een beroep op die bepaling zelden slaagt. In elk geval zou ik menen dat er, wanneer een beroep op de schending van de klachtplicht wordt gedaan, duidelijk uiteengezet moet worden waarom de betrokken bestuurder bij het uitblijven van (tijdig) protest is geschaad in zijn verdediging. Zolang de Hoge Raad ter zake geen uitspraak heeft gedaan, blijft de rechter met beroepen op de klachtplicht geconfronteerd worden. Ik vrees dat daar eerst een eind aan komt als de Hoge Raad zich over de kwestie heeft uitgesproken.

32 HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, NJ 2015/21 m.nt. P. van Schilfgaarde (Tulip Air Lease) en HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627, NJ 2015/22 m.nt. P. van Schilfgaarde (RCI Financial Services).

33 Zie mijn RVO 2016, nr. 178 en de bundel Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW en art. 6:162 BW (ZIFO, deel 22), Deventer: Wolters Kluwer 2017 (met name de bijdrage van F.M.J. Verstijlen).