

## Consultatie Wet Bestuur en Toezicht Rechtspersonen

Barbara van Gangelen  
Gerhard Gispen  
Jan-Mathijs Hermans  
Pieter Kortbeek  
Leo Verhoeff  
Albert Wiggers  
Michiel Wurfbain

6 mei 2014

## Inleiding

Simmons & Simmons heeft met belangstelling kennis genomen van het concept wetsvoorstel tot wijziging van Boek 2 en Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek (“**BW**”) en de Faillissementswet (“**Fw**”) in verband met het verbeteren van de kwaliteit van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen alsmede de uniformering van enkele bepalingen daaromtrent voor alle rechtspersonen dat op 6 februari 2014 door het Ministerie van Veiligheid en Justitie werd gepubliceerd ter consultatie (hierna de “**Ontwerpwet**”).

De Ontwerpwet beoogt, ten aanzien van alle rechtspersonen, de uniformering van de norm waarnaar bestuurders en toezichthouders zich moeten richten in het kader van hun taakvervulling. Het gaat dus om de regels inzake bestuurdersaansprakelijkheid bij onbehoorlijke taakvervulling en de tegenstrijdig belangregeling. In het bijzonder ten aanzien van stichtingen en verenigingen beoogt de Ontwerpwet de kwaliteit van bestuur en toezicht te verbeteren door voor deze rechtspersonen te voorzien in een wettelijke grondslag voor het instellen van een toezichthoudend orgaan alsook in een uitbreiding van gronden voor ontslag van bestuurders en toezichthouders bij stichtingen.

Dit wetgevingsinitiatief, ingegeven door de noodzaak om meer adequate *checks and balances* aan te brengen in de governance structuur van verenigingen en stichtingen, verdient bijzondere aandacht. In het bijzonder het summiere karakter van het stichtingenrecht laat vandaag de dag veel onduidelijkheid bestaan over de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van bestuur en toezichthouders.

Wij hebben enkele opmerkingen en aanbevelingen bij de Ontwerpwet waarbij achtereenvolgens de volgende punten aan bod zullen komen in volgorde van relevantie:

- de verplaatsing van de regeling van bestuurdersaansprakelijkheid voor het tekort in het faillissement van Boek 2 BW naar de Fw.;
- de uniformering van de norm waarnaar bestuurders en toezichthouders zich moeten richten bij hun taakvervulling, en de uniformering van de aansprakelijkheidstoets;
- de uniformering van de tegenstrijdig belangregeling;
- de introductie van een wettelijke grondslag voor het instellen van een toezichthoudend orgaan bij verenigingen en stichtingen; en
- de uitbreiding van gronden voor ontslag van bestuurders en toezichthouders bij stichtingen.

## Verplaatsing van de regeling van bestuurdersaansprakelijkheid voor het tekort in de boedel bij faillissement van Boek 2 BW naar de Fw

### Algemeen

In Artikel III van de Ontwerpwet wordt voorgesteld om de Fw te wijzigen door na artikel 106 Fw een nieuw artikel 106a Fw in te voegen. Dit nieuwe artikel 106a Fw behelst de regeling die thans in artikel 2:138/248 BW is opgenomen met betrekking tot de hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders en leden van het toezichthoudend orgaan voor het tekort in de boedel in geval van kennelijk onbehoorlijk bestuur dat een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

In de Memorie van Toelichting (“MvT”) wordt opgemerkt dat de vraag is gerezen of de vordering op grond van artikel 2:138/248 BW moest worden gezien als een vordering in het kader van de interne aansprakelijkheid van de bestuurder ten opzichte van de vennootschap, dan wel als een bijzondere vordering in het kader van de interne aansprakelijkheid van de bestuurders jegens derden. In het licht van de plaatsing in boek 2 BW is, aldus de MvT, wel de indruk ontstaan dat de actie op grond van artikel 2:138/248 BW een actie betreft van de vennootschap jegens de bestuurder, maar ingesteld door de curator. Verder wordt opgemerkt dat de meeste auteurs van mening zijn dat dit niet het geval is, en dat de Fw vanuit wetssystematisch oogpunt méér dan Boek 2 BW moet worden beschouwd als een geëigende plaats voor een bepaling omtrent hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders voor het tekort in de boedel dat in belangrijke mate is veroorzaakt door kennelijk onbehoorlijk bestuur.

Wij stellen vraagtekens bij de keuze om de regeling van de artikelen 2:138/248 BW te “verhuizen” van het rechtspersonenrecht naar de Fw. Ten eerste lijkt er bij een grondige bestudering van de wetsgeschiedenis en de wetssystematiek weinig aanleiding te bestaan voor een dergelijke “verhuizing”. Ten tweede, en belangrijker, zal een dergelijke “verhuizing” een ongewenst neveneffect hebben, omdat in dat geval de regeling niet van toepassing zal zijn in faillissementen van Nederlandse rechtspersonen indien die faillissementen in een ander land worden geopend. Dat neveneffect zal vluchtgedrag bevorderen en daarmee de anti-misbruik doelstelling van die regeling belemmeren.

### Opvattingen in de literatuur over de aard van de vordering ex art. 2:138/248 BW

In de literatuur zijn verschillende standpunten ingenomen over de aard van de vordering ex art. 2:138/248 BW. In de literatuur is gedebatteerd over de vraag of de vordering is gebaseerd op “interne aansprakelijkheid” of op “externe aansprakelijkheid”. Met “interne aansprakelijkheid” wordt doorgaans bedoeld op aansprakelijkheid van een bestuurder of commissaris tegenover de rechtspersoon. Met “externe aansprakelijkheid” wordt bedoeld op hun aansprakelijkheid tegenover derden - schuldeisers of individuele aandeelhouders. Daarnaast wordt gedebatteerd over de vraag of de vordering ex art. 2:138/248 BW in het voor verhaal door de schuldeisers vatbare vermogen van de vennootschap valt of in eigendom toebehoort aan de gezamenlijke schuldeisers. Deze discussies lopen door elkaar. Een beschrijving van de belangrijkste standpunten is opgenomen als bijlage ([Bijlage](#)).

Voor de vraag of de aard van de vordering nu overwegend vennootschapsrechtelijk of faillissementsrechtelijk van aard is, is deze discussie niet doorslaggevend. Het antwoord op die vraag is te vinden in de wetsgeschiedenis en wetssystematiek.

## De regeling van art. 2:138 (248) BW hoort vanuit wetshistorisch en wetssystematisch oogpunt thuis in het BW

Voor de historie van de regeling van artikel 2:138 (248) BW dient men terug te gaan naar de wetsgeschiedenis van het Wetboek van Koophandel.

In het "Ontwerp van Wet tot wijziging en aanvulling van de bepalingen in het Wetboek van Koophandel omtrent de naamloze vennootschap van koophandel en van daarmee samenhangende artikelen in dat wetboek en in het Wetboek van Strafrecht van 14 februari 1910"<sup>1</sup> (het "Ontwerp") wordt reeds in een aantal bepalingen ingegaan op de aansprakelijkheid van de bestuurder.

Artikel 50c van het Ontwerp gaf kort gezegd iedere aandeelhouder die ter vergadering tegen decharge van de bestuurders had gestemd, het recht om namens de vennootschap een rechtsvordering tot schadevergoeding tegen de bestuurders in te stellen, indien de algemene vergadering bestuurders niet uit hun aansprakelijkheid had ontslagen en niet tevens had besloten dat de vennootschap een dergelijke rechtsvordering zou instellen.

Artikel 50e van het Ontwerp bepaalde dat de bestuurder die handelde in strijd met de wet of de statuten - naast het feit dat deze aansprakelijk was jegens de vennootschap - ook aansprakelijk was jegens derden voor de schade die deze derden als gevolg van dat handelen hadden geleden.

Uit de MvT bij het Ontwerp van 1910<sup>2</sup> blijkt, dat het uitdrukkelijk de bedoeling van de wetgever was om in de nieuwe wet aan de individuele aandeelhouder een rechtsvordering tegen de bestuurder toe te kennen:

*"Het mag thans als twijfelachtig worden beschouwd, of de individuele aandeelhouder ooit bevoegd is tegen bestuurders eener naamloze vennootschap ter zake van hun beheer eene vordering tot schadevergoeding in te stellen en of niet veeleer die aansprakelijkheid der bestuurders alleen jegens de vennootschap zelve bestaat. Welk ook het antwoord zij, dat naar het bestaande recht op deze vraag moet worden gegeven, het schijnt in alle gevallen wenschelijk bij de nieuwe wet aan den aandeelhouder een dergelijk recht toe te kennen. (...)"*

In 1924 wordt een Gewijzigd Ontwerp van wet aangeboden (het "Gewijzigd Ontwerp")<sup>3</sup>. In dit Gewijzigd Ontwerp werd grotendeels de opzet en structuur van het oorspronkelijke Ontwerp van 1910 gevolgd. Een aantal artikelen uit het oorspronkelijke Ontwerp werd geschrapt. Het hiervoor genoemde artikel 50c werd echter behouden en verwerkt in artikel 49a, dat kwam te luiden:

*"Indien de algemeene vergadering, bestemd ter behandeling van de balans en de winst-en-verliesrekening, met toelichting, heeft besloten een of meer bestuurders van hunne aansprakelijkheid niet te ontslaan, zonder tevens te besluiten, dat ter zake van de aan de naamloze vennootschap toegebrachte schade eene rechtsvordering niet zal worden ingesteld, kan, wanneer binnen drie maanden na eerstbedoeld besluit eene rechtsvordering nog niet is ingesteld, ieder aandeelhouder, te zijnen laste als vertegenwoordigende de vennootschap, die rechtsvordering bij den bevoegden kantonrechter instellen"<sup>4</sup>.*

<sup>1</sup> Tweede Kamer, Handelingen der Staten-Generaal. Bijlagen 1909-1910. [217 1-2].

<sup>2</sup> Tweede Kamer, Handelingen der Staten-Generaal. Bijlagen 1909-1910. [217, 3 (MvT)], p. 38.

<sup>3</sup> Tweede Kamer, Handelingen der Staten-Generaal. Bijlagen 1924-1925. 69. 1 (Verslag van de Commissie van Voorbereiding)

<sup>4</sup> Tweede Kamer, Handelingen der Staten-Generaal, Gewijzigd Ontwerp van wet, nr. 69. 2, p. 46.

De regeling van aansprakelijkheid van het bestuur wegens handelen in strijd met de wet en de statuten zoals opgenomen in artikel 50e van het Ontwerp van 1910, werd opgenomen in artikel 49d<sup>5</sup>.

In het Verslag van de Commissie van Voorbereiding<sup>6</sup> wordt vervolgens overwogen, dat de regeling, dat de algemene vergadering beslist of zij aan het bestuur decharge verleent, in geval van faillissement niet onverkort kan worden gehandhaafd:

*"In verband met de bovenstaande beschouwing dient te worden opgemerkt, dat het stelsel, dat de algemene vergadering moet uitmaken, of zij een bestuurder van zijn aansprakelijkheid wil ontslaan, wijl het aan haar is te beslissen wat in het belang van de vennootschap is, niet kan worden gehandhaafd in geval van faillissement. Is er een tekort, dan is het allereerst het belang der schuldeischers, dat aanspraken tegen bestuurders worden gerealiseerd. Een reeds verleend ontslag van aansprakelijkheid, waartoe de schuldeischers immers niet hebben medegewerkt, mag aan dergelijke realisatie niet in den weg staan. Dit beginsel is neergelegd in artikel 49f van het Gewijzigd Ontwerp. Intusschen is het niet de bedoeling, dat aandeelhouders hiervan zullen profiteren. Daarom wordt zulks aan het slot van het artikel met zoovele woorden bepaald (...)"*.

Omdat een door de algemene vergadering van aandeelhouders reeds verleende decharge volgens de wetgever in een opvolgend faillissement niet ten nadele van schuldeisers aan het instellen van vorderingen tegen bestuurders in de weg mocht staan, werd in artikel 49f van het Gewijzigd Ontwerp bepaald<sup>7</sup>:

*"Indien een bestuurder door de algemene vergadering van aandeelhouders van zijne aansprakelijkheid is ontslagen, kan, in geval van faillissement der naamloze vennootschap, de curator desniettemin, wanneer de toestand der vennootschap geheel of gedeeltelijk te wijten is aan grove schuld of grove nalatigheid van dezen bestuurder, ten behoeve van den boedel van dezen schadevergoeding vorderen, zonder dat echter uit dien hoofde aan aandeelhouders enige bate kan toekomen"*.

Uit de Nota van Wijzigingen van 1927<sup>8</sup> volgt dat het hiervoor weergegeven artikel 49a uit het Gewijzigd Ontwerp werd gewijzigd, en dat de regeling van artikel 49f van het Gewijzigd Ontwerp kwam te vervallen en werd ondergebracht in artikel 49a (nieuw). Artikel 49a (nieuw) kwam te luiden:

*"Niettegenstaande aan een bestuurder ter zake van zijn beheer verleende kwijting kan, ingeval van faillissement der naamloze vennootschap, de curator, wanneer de toestand der vennootschap geheel of gedeeltelijk te wijten is aan grove schuld of grove nalatigheid van dien bestuurder, ten behoeve van den boedel van dezen schadevergoeding vorderen, zonder dat echter uit dien hoofde aan aandeelhouders eenige bate kan toekomen"*.

Deze bepaling is op 1 april 1929 in het Wetboek van Koophandel geïntroduceerd<sup>9</sup>. De bepaling werd in het Ontwerp-Meijers inhoudelijk vrijwel ongewijzigd als art. 2.3.5.12 overgenomen. In de wet tot vaststelling van Boek 2 van 12 mei 1960<sup>10</sup> werd de tekst onder hetzelfde artikelnummer overgenomen.

<sup>5</sup> Tweede Kamer, Handelingen der Staten-Generaal, Gewijzigd Ontwerp van wet, nr. 69.2, p. 46.

<sup>6</sup> Tweede Kamer, Handelingen der Staten-Generaal, Bijlagen 1924-1925, Verslag, nr. 69.1, p. 30.

<sup>7</sup> Tweede Kamer, Handelingen der Staten-Generaal, Gewijzigd Ontwerp van wet, nr. 69.2, p. 46.

<sup>8</sup> Handelingen der Staten-Generaal, Bijlagen 1926-1927, Nota van Wijzigingen, nr. 27. 1, p. 3.

<sup>9</sup> Wet van den 2 juli 1928 (Stb. No 216) tot wijziging en aanvulling van de bepalingen omtrent de naamloze vennootschap en regeling van de aansprakelijkheid voor het prospectus. Deze wet is in werking getreden op 1 april 1929, Stb. 364.

<sup>10</sup> Stb. 205

De bepaling werd vervolgens bij wet van 8 april 1976<sup>11</sup> als artikel 138/248 van Boek 2 ingevoerd. Op 1 januari 1987, met de invoering van de "derde antimisbruikwet"<sup>12</sup>, werd de bepaling vervangen door het thans geldende, tekstueel gewijzigde en veel gedetailleerdere artikel 2:138/248 BW.

Zoals uit deze geschiedenis volgt, is de bepaling oorspronkelijk als een vennootschapsrechtelijke bepaling, die in het Ontwerp aanvankelijk verspreid over een aantal artikelen voorkwam, in het Wetboek van Koophandel opgenomen. Het doel van de bepaling was te verzekeren dat een aan de bestuurders door de algemene vergadering van aandeelhouders verleende decharge in faillissement van de vennootschap niet ten nadele van de crediteuren van de vennootschap zou kunnen worden ingeroepen.

Uit de hiervoor weergegeven tekst van artikel 49a Wetboek van Koophandel (oud) blijkt duidelijk dat de vordering tot schadevergoeding die de curator in een faillissement kan instellen tegen de bestuurders, een vordering is die naar de bedoeling van de wetgever toebehoort aan de vennootschap en die ten behoeve van de crediteuren van die vennootschap kan worden ingesteld, ondanks het feit dat de algemene vergadering aan de betreffende bestuurders decharge had verleend. Zoals uit de tekst van het oude artikel 49a Wetboek van Koophandel eveneens kan worden afgeleid, is de vordering gemaximeerd tot het bedrag van het tekort in het faillissement, zodat de opbrengst daarvan niet ten gunste van de aandeelhouders - die immers het bestuur hadden gedechargeerd - kan strekken.

Het doel van de wijzigingen van de regeling in artikel 2:138/248 BW per 1 januari 1987 was gelegen in de wens om curator in het faillissement van een naamloze of besloten vennootschap een sterkere positie te geven tegenover de bestuurders van die vennootschap, door onder meer de bewijslast voor de curator, die de bestuurder persoonlijk aansprakelijk wil stellen wegens, kort gezegd, onbehoorlijk bestuur, te verlichten, zodat de bepaling een effectievere remedie zou bieden tegen het aanpakken van misbruik van rechtspersonen<sup>13</sup>.

De wetgever heeft daarbij uitdrukkelijk overwogen, dat de aansprakelijkheid van de bestuurder zijn grond niet in het faillissement vindt, maar in de verantwoordelijkheid die de bestuurder in de vervulling van zijn taak ten opzichte van de vennootschap draagt<sup>14</sup>.

Wetssystematisch en wetshistorisch bezien is de vordering op grond van artikel 2:138/248 BW daarom een vordering die gebaseerd is op een vennootschapsrechtelijk normenkader en toebehoort aan (het voor verhaal voor schuldeisers vatbare vermogen van) de vennootschap. De redengeving die de MvT geeft voor de voorgestelde "verhuizing" van de regeling van artikel 2:138/248 BW naar de Fw overtuigt om deze reden niet.

### De "verhuizing" van de regeling naar de Fw heeft ongewenste gevolgen

Een rechtshistorisch en rechtstheoretisch bezwaar tegen deze "verhuizing" vormt op zichzelf beschouwd geen reden om af te zien van de voorgestelde wetswijziging. Daarvoor bestaat wel een andere, zwaarwegende, reden. Het voornemen van de Minister om de antimisbruikbepaling van het BW te verhuizen naar de Fw houdt geen rekening met het internationale (faillissements-) recht en zal als gevolg daarvan vluchtgedrag bevorderen waardoor misbruik wordt vergemakkelijkt.

<sup>11</sup> Stb. 228, zie Van Zeben, Parl. Geschiedenis Boek 2 BW, p. 628.

<sup>12</sup> Wijzigingswet van 16 mei 1986, Stb. 275, ook wel de "Wet Bestuurdersaansprakelijkheid in geval van Faillissement van de rechtspersoon" genoemd.

<sup>13</sup> TK 1980-1981, 16631, nr. 3, p. 2.

<sup>14</sup> TK 1980-1981, 16631, nr. 3, p. 4.

Op grond van de Europese Insolventieverordening (“EIV”) wordt een insolventieprocedure van een rechtspersoon uitgesproken door de rechter van de EU Lidstaat waar de rechtspersoon zijn centrum van voornaamste belangen (“CVVB”, doorgaans aangeduid als *Centre Of Main Interest*, “COMI”) heeft<sup>15</sup>. Op grond van artikel 4 lid 1 EIV worden de insolventieprocedure en de gevolgen daarvan beheerst door het recht van de lidstaat op het grondgebied waarvan het de procedure wordt uitgesproken. Dat recht bepaalt onder welke voorwaarden de procedure wordt geopend, verloopt en wordt beëindigd.

Indien de antimisbruikbepaling van art. 2:138/248 BW wordt verhuisd naar de Fw, zal er alle reden bestaan om die regeling aan te merken als een gevolg van het - door de Nederlandse rechter uitgesproken faillissement. Dat betekent dat die regeling op grond van artikel 4 lid 1 EIV alleen van toepassing zal zijn in faillissementen van Nederlandse rechtspersonen<sup>16</sup> waarvan de COMI in Nederland is gelegen en die derhalve in Nederland worden uitgesproken. De regeling zal niet van toepassing zijn wanneer door een rechter in een andere EU-lidstaat een insolventieprocedure wordt geopend van een Nederlandse rechtspersoon, omdat die insolventieprocedure en haar gevolgen beheerst worden door het recht van die andere EU-Lidstaat. Juist doordat deze antimisbruikbepaling volgens de Ontwerpwet wordt omgevormd tot een regel van Nederlands faillissementsrecht, is het aannemelijk dat die bepaling niet zal kunnen worden toegepast in faillissementen die niet in Nederland zijn uitgesproken.

Dit gevolg van de “verhuizing” van de antimisbruikbepaling naar de Fw zal vluchtgedrag in de hand werken. Bestuurders van rechtspersonen die vrezen voor aansprakelijkheid op grond van deze antimisbruikbepaling zullen de COMI van de Nederlandse rechtspersoon vóór het faillissement naar een andere EU Lidstaat met een gunstig aansprakelijkheidsregime verplaatsen. Het faillissement dat daaropvolgend wordt uitgesproken wordt dan immers beheerst door het faillissementsrecht van die andere EU Lidstaat, zodat de antimisbruikbepaling niet langer van toepassing is. Kortom, de Ontwerpwet zal averechts werken en leiden tot vluchtgedrag en tot een vergemakkelijking van misbruik<sup>17</sup>.

De COMI waarop de bevoegdheid van de rechter wordt gebaseerd, is de COMI die bestaat onmiddellijk voor de indiening van de aanvraag van de insolventieprocedure<sup>18</sup>. Wanneer een faillissement dreigt, is het dus nog mogelijk om de COMI naar een andere lidstaat te verplaatsen. Kort en goed kan worden gesteld dat de COMI doorgaans - voor derden - kenbaar is als het (enige) hoofdkantoor van de rechtspersoon<sup>19</sup>. Een grensoverschrijdende verhuizing van een hoofdkantoor van een rechtspersoon is in de meeste gevallen niet moeilijk of kostbaar.

<sup>15</sup> Art. 3 lid 1 EIV.

<sup>16</sup> Het Ontwerpwet beoogt ook om de regeling van toepassing te laten zijn op alle Nederlandse rechtspersonen, en voorts op buitenlandse rechtspersonen met een vaste inrichting in Nederland.

<sup>17</sup> Volledigheidshalve merken wij op dat in de literatuur is verdedigd dat de vordering van artikel 2:138/248 BW ook al is aan te merken als een rechtstreeks gevolg van het faillissement in de zin van artikel 4 lid 1 EIV (N.W.A. Tollenaar, bestuurdersaansprakelijkheid en IPR (II) Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventierechtspraak, november 2009, nr 7, p. 204). Die opvatting lijkt ons niet juist, omdat het enkele feit dat een vordering alleen na de opening van een faillissement kan worden ingesteld niet betekent dat die vordering een rechtsreeks gevolg is van het faillissement dat wordt beheerst door artikel 4 lid 1 EIV. De genoemde opvatting is ten onrechte gebaseerd op de criteria die gelden bij de toepassing van artikel 25 EIV, welk artikel gaat over de vraag van erkenning van (onder meer) “*beslissingen die rechtstreeks voortvloeien uit de insolventieprocedure en daar nauw op aansluiten, zelfs indien die beslissingen door een andere rechte worden gegeven*”, maar niet over de vraag welk recht van toepassing is op vorderingen zoals de onderhavige.

<sup>18</sup> HvJ EU 20-10-2011, C-396/009, JOR 2012/30 (*Interedil*).

<sup>19</sup> De COMI wordt op grond van artikel 3 lid 1 EIV vermoed de plaats van de statutaire zetel van de vennootschap te zijn. Het vermoeden van artikel 3 lid 1 EIV kan worden weerlegd wanneer de plaats van het hoofdbestuur van een vennootschap zich kenbaar voor derden (schuldeisers) niet op de plaats van de statutaire zetel bevindt. Aan de hand van objectieve, voor derden kenbare factoren zal dan moeten worden aangetoond dat het werkelijke centrum van bestuur en toezicht zich in een andere lidstaat bevindt dan die waar de statutaire zetel is gelegen. Daarbij moet in het bijzonder acht worden geslagen op plaatsen waar de vennootschap een economische activiteit uitoefent en die plaatsen waar zij goederen bezit, voor zover die

Om vluchtgedrag tegen te gaan verdient het aanbeveling om de antimisbruikbepaling van artikel 2:138/248 BW juist uitdrukkelijk te verankeren in het rechtspersonenrecht en wel zodanig dat de daarop gebaseerde vordering behoort tot het voor verhaal van de schuldeisers vatbare vermogen van de rechtspersoon. Dat laat onverlet dat de vordering alleen ná een faillissement (of andere insolventieprocedure in welk land dan ook) kan worden ingesteld door een curator of daarmee te vergelijken insolventiefunctionaris ten behoeve van gezamenlijke schuldeisers.

In de meeste landen worden regels van bestuurdersaansprakelijkheid gezien als onderdeel van het recht dat de rechtspersoon beheerst, en zullen de rechters geen moeite hebben om dat recht toe te passen. Wanneer de antimisbruikbepaling een kenbare regel van ons rechtspersonenrecht is, zal deze dus ook op in het buitenland uitgesproken faillissementen van Nederlandse rechtspersonen kunnen worden toegepast. Daarmee worden vluchtgedrag en misbruik effectiever tegengegaan dan met de voorgestelde “verhuizing” van de regeling naar de Fw.

## Uniformering van de norm waarnaar bestuurders en toezichthouders zich moeten richten bij hun taakvervulling – Uniformering van de aansprakelijkheidstoets (Art. 2:9 – 2:9a BW)

Artikel I A van de Ontwerpwet beoogt voor alle rechtspersonen een uniforme norm vast te stellen waarnaar bestuurders en leden van het toezichthoudend orgaan zich dienen te richten. Aldus wordt art. 2:9 eerste zin BW aangevuld met de volgende zinsnede (onderstreept):

*“Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak en zich daarbij te richten naar het belang van de rechtspersoon en de met hem verbonden organisatie”.*

Art. 9a lid 1 BW voorziet in een analoge regeling voor leden van het toezichthoudend orgaan.

Op p. 9 van MvT wordt aangegeven dat *“hiermee voor alle rechtspersonen tot uitdrukking wordt gebracht dat de bestuurders bij de vervulling van hun taak de belangen van de rechtspersoon moeten laten prevaleren boven hun eigen belangen. De voorgestelde wijziging beoogt geen nieuw of aanvullend aansprakelijkheidsregime te introduceren”.*

Opvallend is het gebruik van de term “organisatie”, waarbij - zoals blijkt uit de MvT - aansluiting wordt gezocht bij art. 2:8 lid 1 BW. (MvT, p. 9).<sup>20</sup> De toevoeging van het belang van de verbonden organisatie wordt in het voorgestelde art. 2:9 eerste zin BW onmiddellijk gelieerd aan de plicht tot behoorlijke vervulling van de opgedragen bestuurstaak. “Organisatie” is evenwel een begrip dat niet wettelijk is gedefinieerd.<sup>21</sup> Een heldere afbakening van wat daaronder wordt verstaan, en van welke belangen onder deze noemer vallen, is daarom essentieel.

De MvT bij de Ontwerpwet licht algemeen toe dat *“de voorgestelde formulering beoogt uit te drukken dat ook wanneer een rechtspersoon geen onderneming drijft, toch sprake kan zijn van een samenstel van belangen die samen het belang van de rechtspersoon en de met haar verbonden organisatie vormen, zoals de belangen van de leden en bijvoorbeeld de schuldeisers en de werknemers.”*

---

plaatsen voor derden kenbaar zijn. Dergelijke factoren moeten in onderlinge samenhang worden bekeken, rekening houdend met alle omstandigheden van het geval. HvJ EU 20-10-2011, C-396/009, JOR 2012/30 (*Interedil*).

<sup>20</sup> Art. 2:8 lid 1 BW: *“Een rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en statuten bij zijn organisatie zijn betrokken, moeten zich als zodanig jegens elkander gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.”*

<sup>21</sup> We komen het begrip “organisatie” verder tegen in art. 2:24b eerste zin BW (*“Een groep is een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden”*) en art. 1 lid 1 sub c WOR: *“(definitie) onderneming: elk in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin krachtens arbeidsovereenkomst of krachtens publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht”.*



In het belang van de rechtszekerheid vereist deze formulering ons inziens verdere inhoudelijke precisering in de MvT, vergelijkbaar met de toelichting die bij art. 2:8 lid 1 BW in de betreffende Memorie van Toelichting werd gegeven.<sup>22</sup> Als betrokkenen bij de organisatie worden in het kader van art. 2:8 lid 1 BW gezien: aandeelhouders, bestuurders, commissarissen, houders van met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten, certificaathouders met vergaderrecht, pandhouders en vruchtgebruikers met stemrecht of vergaderrecht, en de ondernemingsraad<sup>23</sup>. Een non-profit stichting kan bijvoorbeeld anders dan een rechtspersoon die een (op het maken van winst gerichte) onderneming drijft, meer of andere stakeholders hebben die in aanmerking zouden kunnen komen als vallend binnen de noemer “organisatie”. Er kan gedacht worden aan donateurs, sponsors of begunstigden van wie de stichting de belangen beoogt te behartigen, hun familieleden, de overheid, vrijwilligers en financiers.<sup>24</sup> De vraag rijst welke invulling dient te worden gegeven aan het organisatie-begrip bij dergelijke *not for profit* instellingen in het kader van art. 2:9 – 2:9a BW. De grote verschillen tussen commerciële vennootschappen en *not for profit* instellingen rechtvaardigen (in tenminste de MvT) een nadere afbakening van het generieke begrip “organisatie”.

Voorts beoogt de Ontwerpwet te voorzien in een uniforme regeling voor rechtspersonen die inhoudt dat bestuurders of leden van het toezichthoudend orgaan aansprakelijk zijn jegens de rechtspersoon in geval van onbehoorlijke taakvervulling krachtens art. 2:9 en 2:9a BW. Zoals volgt uit de MvT is het niet de bedoeling dat bestuurders of leden van het toezichthoudend orgaan ook in het geval van een onopzettelijke vergissing, een onopzettelijke verkeerde beslissing of een verkeerde beleidsbeslissing aansprakelijk zullen zijn en dus voor elke kleine fout een groot aansprakelijkheidsrisico lopen (MvT, p. 7). De MvT bevestigt dat “voor alle rechtspersonen dezelfde aansprakelijkheidsnorm geldt. Het maakt daarbij niet uit of het gaat om een grote of een kleine rechtspersoon. Ook maakt het geen verschil of de rechtspersoon een onderneming drijft of juist niet of om een rechtspersoon die werkzaam is in een semi-publieke sector of juist niet. Evenmin maakt het verschil of de bestuurder zijn taak bezoldigd dan wel onbezoldigd verricht”.

Ook de regeling van de artikelen 2:138/248 BW wordt geüniformeerd en van toepassing verklaard op alle rechtspersonen. Afgezien van onze bezwaren tegen een “verhuizing” van deze regeling naar de Fw staan we positief ten aanzien van een uniformering op dit vlak voor alle rechtspersonen. De toepassing van aansprakelijkheidsregels op commissarissen en vergelijkbare toezichthouders dient in beginsel zoveel mogelijk dezelfde te zijn en niet afhankelijk te zijn van de gekozen rechtsvorm van de rechtspersoon.

De MvT zou meer duidelijkheid kunnen geven over de redenen waarom er voor gekozen wordt om geen uitzondering te maken voor niet-bezoldigde bestuurders en toezichthouders die hun taak als vrijwilliger vervullen in *not for profit* instellingen.<sup>25</sup> In een tijd waarin meer nadruk wordt gelegd op participatie op basis van vrijwilligheid<sup>26</sup> kan de onverkorte toepassing van deze aansprakelijkheidsregels in *not for profit* organisaties leiden tot een belemmering in die participatie.

<sup>22</sup> MvT, Bundel NV en BV, Wetsgeschiedenis, p. IXt-art.8-1. Zie ook E.J.J. van der Heijden en W.C.L. van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013, 259.

<sup>23</sup> Voor wat betreft de ondernemingsraad is dit niet een zonder meer uitgemaakte zaak. Zie J.B. Huizink, *Losbladige Rechtspersonen*, art. 8 aantekening 6, oktober 2011.

<sup>24</sup> Zie uitgebreid voor de specifieke kenmerken van non-profit stichtingen: A. Hendrikse, *Bestuurdersaansprakelijkheid in de not-for-profit sector: van liefdewerk, oud papier, de dingen die voorbij gaan*, *Ondernemingsrecht* 2009, 40.

<sup>25</sup> Daaronder verstaan wij organisaties die werken voor ideële en/of maatschappelijke doelen zonder winst oogmerk en zonder dat zij winst beogen te maken of inkomsten te genereren voor aan hen verbonden (rechts-)personen.

<sup>26</sup> Troonrede 2013, uitgesproken door Koning Willem-Alexander op 17 september 2013.

Ons inziens zou in de Ontwerpwet - of in de MvT – in het kader van de toetsing van behoorlijke taakvervulling ex art. 2:9 - 2:9a BW en ex 2:138/248 BW tot uitdrukking gebracht kunnen worden dat ten aanzien van bestuurders-vrijwilligers een beperkt regime geldt. De rechter zou bijvoorbeeld bij de beoordeling van de al dan niet behoorlijke taakvervulling rekening kunnen houden met het feit of het gaat om een onbezoldigde bestuurder-vrijwilliger in een *not for profit* instelling. Immers, van een (ruim) bezoldigde bestuurder of toezichthouder van een onderneming mag doorgaans, gezien de managementervaring en professionaliteit, meer verwacht worden dan van een goed bedoelende vrijwilliger die naast zijn andere werkzaamheden in zijn of haar vrije tijd actief is als bestuurder van een sport- of buurtvereniging.

In Duitsland is een dergelijk onderscheid in 2009 ingevoerd via een wet over beperking van aansprakelijkheid van bestuurders bij *Vereine* (verenigingen) en *Stiftungen* (stichtingen).<sup>27</sup> Deze wet regelt dat bestuurders van verenigingen en stichtingen, die onbezoldigd hun functie vervullen of daarvoor een vergoeding van ten hoogste EUR 500 per jaar ontvangen voor hun werkzaamheden als bestuurder ten opzichte van de vereniging of stichting alleen aansprakelijk zijn bij opzet of grove nalatigheid zoals naar Duits recht gekwalificeerd. Ons lijkt het in het kader van de in de Ontwerpwet voorgestelde regeling de moeite waard om de impact van deze Duitse wettelijke aansprakelijkheidsbeperking op de betrokken verenigingen en stichtingen nader te onderzoeken, alsook haar inpasbaarheid in het Nederlandse rechtspersonenrecht.

Een tweede opmerking betreft in dit verband dat de blootstelling aan een aansprakelijkheidsrisico voor onbezoldigde bestuurders-vrijwilligers van verenigingen en stichtingen groter lijkt te zijn dan voor bestuurders-werknemers.

In beginsel zal art. 7:661 BW niet van toepassing zijn op onbezoldigde bestuurders van verenigingen en stichtingen die als vrijwilliger werkzaam zijn en hoogstens een vergoeding voor reële onkosten ontvangen. Als zodanig is geen sprake van loon en kan niet van een arbeidsovereenkomst worden gesproken. Bijgevolg geldt voor bestuurders-vrijwilligers niet het beperkte aansprakelijkheidsregime van artikel 7:661 BW ten aanzien van de werkgever-rechtspersoon.<sup>28</sup> Het verdient aanbeveling om eventuele ongelijkheden hier weg te nemen.

Een dergelijke ongelijkheid lijkt ook te bestaan in het kader van art. 6:170 BW dat voorziet in een regeling ter bescherming van de “ondergeschikte” die door een toerekenbare onrechtmatige daad schade heeft toegebracht aan een derde. Lid 3 van dit artikel bepaalt dat indien de ondergeschikte en degene bij wie hij in dienst was beiden voor de schade aansprakelijk zijn, de ondergeschikte in hun onderlinge verhouding niet in de schadevergoeding hoeft bij te dragen, tenzij de schade een gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid. De Hoge Raad heeft in de *Shell/Van Dooren* zaak naar het toen geldende recht geoordeeld dat een bestuurder van een vennootschap kwalificeert als een “ondergeschikte”.<sup>29</sup> In het algemeen wordt geen onderscheid gemaakt tussen bezoldigde bestuurders in dienst van een BV of NV, en bezoldigde bestuurders van andere rechtspersonen.<sup>30</sup> Over de rechtspositie van onbezoldigde bestuurders - vrijwilligers van verenigingen en stichtingen in het kader van art. 6:170 BW blijft vandaag echter nog onduidelijkheid bestaan.

<sup>27</sup> Gesetz zur Begrenzung der Haftung von ehrenamtlich tätigen Vereinsvorständen vom 28. September 2009. Zie uitgebreid A.G.H. Klaassen, Wettelijke beperking van bestuurdersaansprakelijkheid bij verenigingen en stichtingen?, *Ondernemingsrecht* 2010, p. 128 e.v.

<sup>28</sup> Art. 7:661 BW: “De werknemer die bij de uitvoering van de overeenkomst schade toebrengt aan de werkgever of aan een derde jegens wie de werkgever tot vergoeding van die schade is gehouden, is te dier zake niet jegens de werkgever aansprakelijk, tenzij de schade een gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid. Uit de omstandigheden van het geval kan, mede gelet op de aard van de overeenkomst, anders voortvloeien dan in de vorige zin is bepaald.”

<sup>29</sup> HR 4 november 1988, NJ 1989, 244 (*Shell/Van Dooren*).

<sup>30</sup> Asser/Kortmann, De Leede & Thunissen, *Bijzondere overeenkomsten* 5-III 1994, nr. 276, Zwolle: W.E.J Tjeenk Willink 1994; Asser/Van der Grinten & Maeijer, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon*, 2-II, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, nr. 114.

Naar onze mening is er geen reden die rechtvaardigt dat een onbezoldigde bestuurder als gevolg van zijn taakvervulling een wezenlijk hoger aansprakelijkheidsrisico zou moeten lopen dan bezoldigde bestuurders die bovendien vaak beschikken over een aansprakelijkheidsverzekering. Dit wetgevend initiatief biedt de mogelijkheid om de onduidelijkheid over de positie van bestuurders die hun werkzaamheden als vrijwilliger verrichten te remediëren door integratie van een soortgelijke regeling als deze ex art. 6:170 BW in de Ontwerpwet voor onbezoldigde bestuurders-vrijwilligers.

## Uniformering van de tegenstrijdig belang regeling ten aanzien van bestuurders en toezichthouders (art. 2:9 lid 3 – 2:9a lid 3 BW)

In de Ontwerpwet wordt verder voorgesteld om de bepalingen over besluitvorming door het bestuur of door het toezichthoudend orgaan als een of meer leden een tegenstrijdig belang hebben, te laten gelden voor alle rechtspersonen. Ook dit wordt geregeld in de algemene bepalingen (art. 2:9 - 2:9a BW) en voorziet in een verplichte onthouding aan de beraadslaging en de besluitvorming door het lid met het tegenstrijdige belang. De besluitvorming kan dan vervolgens op de gebruikelijke wijze worden bereikt (MvT, p. 11 e.v.). Vanuit het oogpunt van de wetsystematiek vinden wij dit een duidelijke benadering en een verbetering ten opzichte van de huidige situatie.

## Een wettelijke grondslag voor het instellen van een toezichthoudend orgaan bij verenigingen en stichtingen (art. 2:47 – 2:47a BW en art. 2:292a – 2:292b BW)

Specifiek voor de vereniging en stichting voorziet de Ontwerpwet in een wettelijke mogelijkheid voor de installatie van een toezichthoudend orgaan.

De MvT licht op p. 3 toe dat de ontwerpwet “*geen wijziging beoogt te brengen in bestaande bestuurs- en toezichtstructuren zoals die waarin sprake is van een algemeen bestuur en een dagelijks bestuur bij de vereniging of de stichting [...] Een monistisch bestuursmodel wordt voor verenigingen en stichtingen niet voorgesteld. [...] Van dergelijke behoefte ten aanzien van de vereniging en de stichting is vooralsnog niet gebleken*”.

Onduidelijk is in welke mate deze laatste stellingname empirisch onderbouwd is. In de praktijk wordt gebruik gemaakt van diverse, eventueel statutair verankerde bestuursmodellen, waaronder het monistische model waarbij uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders samen deel uitmaken van het bestuursorgaan. De keuze voor een welbepaald bestuursmodel wordt doorgaans ingegeven door de gewenste rolverdeling tussen het bestuur en het interne toezicht daarop, in het bijzonder gelet op de aard en de omvang van de organisatie alsmede op de gewenste intensiteit en/of professionalisering van dat interne toezicht. Daarom kan het uit bijvoorbeeld kosten of efficiëntieoverwegingen nuttig zijn toch uit te gaan van een monistisch bestuursmodel. Wij achten het wenselijk dat het Ontwerpwet in deze flexibiliteit voorziet.

Anders dan de MvT veronderstelt zien wij in de praktijk wel degelijk dat onduidelijkheid bestaat als gevolg van het ontbreken van een wettelijk onderscheid tussen toezichthouders en bestuurders. De artikelen 2:9 BW en 2:138 BW (van toepassing op stichtingen en verenigingen die vennootschapsbelastingplichtige activiteiten ontplooiën) maken geen onderscheid tussen bestuurders met een algemene taak en een *executive* taak. Deze onduidelijkheid wordt met de Ontwerpwet weggenomen.

## Uitbreiding van gronden voor ontslag van bestuurders en toezichthouders bij stichtingen (Art. 2:298 BW)

Met de ten aanzien van art. 2:298 BW voorgestelde wijzigingen worden tenslotte de criteria aangepast op grond waarvan bestuurders van stichtingen door de rechtbank kunnen worden ontslagen. Een nieuwe ontslaggrond wordt ingebouwd in voormelde bepaling die er in voorziet dat een bestuurder kan worden ontslagen indien hij (i) het belang van de stichting en de met haar verbonden organisatie zodanig schaadt of heeft geschaad dat het voortduren van het bestuurderschap in redelijkheid niet kan worden geduld, of (ii) niet behoorlijk voldoet aan een door de voorzieningenrechter gegeven bevel (MvT, p. 31 -33). Ten aanzien van het toezichthoudend orgaan zijn dezelfde ontslaggronden van overeenkomstige toepassing.

Wij verwijzen in dezen naar onze opmerkingen hierboven over het begrip “*belang van de rechtspersoon en de met hem verbonden organisatie*” in het kader van art. 2:9 - 2:9a BW. Wij menen dat deze ontslaggrond, mit verdere concretisering van het begrip “organisatie” een adequate toetsing toelaat ten aanzien van de betrokken bestuurders en toezichthouders, en een verbetering is ten opzichte van de huidige toetsingsgrond die uitgaat van financieel wanbeheer (MvT, p. 32).

**Simmons & Simmons LLP te Amsterdam**

## Bijlage

Volgens Wezeman<sup>31</sup> strekt de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement van de rechtspersoon (de "WBF")<sup>32</sup> slechts tot bescherming van de schuldeisers van de rechtspersoon en zou de Parlementaire Geschiedenis geen steun bieden voor de opvatting dat de regeling van artikel 2:138/248 BW een uitwerking van interne aansprakelijkheid is.

De opvatting van Wezeman wordt gedeeld door onder meer Asser-Maeijer<sup>33</sup>, die - onder verwijzing naar HR 7 september 1990, NJ 1991, 52 (Den Toom/De Kreek) - van mening is dat de vordering ex art. 2:138/248 BW een vordering betreft die de curator namens de boedel ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers instelt en dat er een duidelijk verschil is met de vordering die door de curator wordt ingesteld namens de vennootschap ex art. 2:9 BW, welk artikel de verplichtingen betreft van de bestuurder jegens de vennootschap tot wie hij in een contractuele verhouding staat.

Ook Van Schilfgaarde is van mening dat de vordering van art. 2:138/248 BW een externe aansprakelijkheid betreft<sup>34</sup>. Hij motiveert dat met de stelling dat het wanbeleid van de bestuurders onrechtmatig is tegenover de crediteuren, en dat de curator niet als vertegenwoordiger van de rechtspersoon, maar als belangenvertegenwoordiger van de gezamenlijke crediteuren de vordering instelt. Als vertegenwoordiger van de rechtspersoon kan hij daarnaast een vordering uit art. 8 of de overeenkomst met de bestuurder instellen, aldus Van Schilfgaarde.

Van der Grinten/Kroeze<sup>35</sup> delen eveneens de opvatting dat de vordering van art. 2:138/248 BW een externe aansprakelijkheid betreft. Zij motiveren dat door erop te wijzen dat het in art. 2:138/248 BW niet gaat om kennelijk onbehoorlijk bestuur alleen. Het onrechtmatige schuilt volgens hen juist in het kennelijk onbehoorlijk bestuur als belangrijke oorzaak van het faillissement. Bovendien zou ook de verlichting van de bewijslast van de curator in lid 2 wijzen op een externe aansprakelijkheid.

Schutte-Veenstra<sup>36</sup> bevinden zich in hetzelfde kamp. Zij zijn van mening dat uit de wetsgeschiedenis<sup>37</sup>, waarin de vordering van de curator uit hoofde van art. 2:138/248 BW wordt afgezet tegen de vordering van art. 2:9 BW, waarbij de laatste wordt gezien als een vordering van de vennootschap zelf tegen de bestuurders, dat er sprake is van een vordering ten behoeve van de schuldeisers van de vennootschap.

Van der Heijden/ van der Grinten is in de loop der jaren "omgegaan". In de druk van 1992 van het handboek<sup>38</sup> werd de opvatting verdedigd dat de vordering op grond van art. 2:138/248 BW er een is die toebehoort aan de failliete vennootschap:

*"De aansprakelijkheid ex. art. 9 bestaat jegens de vennootschap, de aansprakelijkheid ex art. 138 en 248 bestaat jegens de boedel. Uit hoofde van art. 138 en 248 heeft de curator rechten die eerst ontstaan bij en ingevolge het faillissement. Men kan deze aansprakelijkheid voorstellen als een aansprakelijkheid jegens schuldeisers op grond van onrechtmatige daad. Wij achten deze voorstelling van zaken minder gelukkig. De bestuurders zijn tekort geschoten jegens de vennootschap die zij besturen. Niet de schuldeisers hebben een vordering, doch de failliete vennootschap. De curator treedt niet op als vertegenwoordiger van de schuldeisers, doch als boedelberedderaar (...)"*

<sup>31</sup> J.B. Wezeman (diss.), Aansprakelijkheid van bestuurders, Deventer: Kluwer 1998, p. 333-334

<sup>32</sup> Wijzigingswet van 16 mei 1986, Stb. 275

<sup>33</sup> Asser 2-II\* De naamloze en besloten vennootschap, 455 Externe aansprakelijkheid

<sup>34</sup> Prof. Mr. P. van Schilfgaarde, Misbruik van Rechtspersonen, Serie Uitgaven vanwege het Instituut Ondernemingsrecht, RU Groningen, Deventer: Kluwer 1986, p. 16 en p. 75 e.v.

<sup>35</sup> TVVS 1997, p. 11

<sup>36</sup> De NV, 1997, p. 84

<sup>37</sup> Kamerstukken 16 631, nr. 3 MvT, p. 6.

<sup>38</sup> E.J.J. van der Heijden/W.C.L. van der Grinten, Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap 1992, nr. 399.1

Naar aanleiding van het arrest van de HR van 18 september 2009 (Simoca)<sup>39</sup> is dit standpunt gewijzigd. In de uitgave van 2013<sup>40</sup> wordt onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 18 september 2009 gesteld:

*"De aansprakelijkheid ex art. 9 lid 2 bestaat jegens de vennootschap, de aansprakelijkheid ex art. 138 en 248 bestaat jegens de boedel. Uit hoofde van art. 138 en 248 heeft de curator rechten die eerst ontstaan bij en ingevolge het faillissement. Men zal deze aansprakelijkheid moeten voorstellen als een externe aansprakelijkheid jegens de schuldeisers. In de vorige druk werd een ander standpunt ingenomen; vermeld was dat bij onbehoorlijk bestuur de bestuurders zijn tekortgeschoten jegens de vennootschap die zij besturen en omdat een verantwoordelijke taakvervulling een rechtsplicht is van de bestuurder tegenover de vennootschap en niet een rechtsplicht tegenover de schuldeisers. In dat verband werd gesteld dat niet de schuldeisers een vordering hebben jegens de bestuurders, doch de failliete vennootschap en dat de curator niet optreedt als vertegenwoordiger van de schuldeisers, doch als boedelberedderaar. Inmiddels is echter anders beslist en wordt de aansprakelijkheid als externe aansprakelijkheid gezien; het is geen aansprakelijkheid jegens de gefailleerde vennootschap maar jegens de boedel, zoals in de eerste zin van lid 1 staat, en dat zijn de schuldeisers".*

Het "omgaan" van Van der Heijden/Van der Grinten is gebaseerd op zijn uitleg van het arrest van de Hoge Raad inzake Simoca. Die uitleg is bestreden door Kortmann en Faber. Kortmann en Faber hebben in het verleden de opvatting dat de vordering van art. 2:138/248 BW aan de gezamenlijke schuldeisers zou toekomen, ook meerdere malen bestreden<sup>41</sup>. Ook in hun noot onder HR 18 september 2009, JOR 2010/29 stellen zij dat de opvatting dat de vordering zou toebehoren aan de gezamenlijke schuldeisers in strijd is met de tekst van de wet, waarin met zoveel woorden wordt gesproken over hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurder "jegens de boedel". Zij benadrukken voorts dat die opvatting op gespannen voet staat met het uitgangspunt van het faillissementsrecht dat de failliete boedel niets meer of minder is dan het aan de gefailleerde toekomende afgescheiden vermogen, dat als verhaalsobject voor de gezamenlijke schuldeisers beschikbaar is. Zij merken daarbij op:

*"Het vereenzelvigen van de failliete boedel met de 'gezamenlijke schuldeisers' – zoals ook AG Timmerman doet in zijn conclusie vóór het arrest van de HR – kan men beeldend taalgebruik noemen, maar indien men zou menen dat de gezamenlijke schuldeisers rechthebbende zijn van de vordering uit hoofde van art. 2:248 BW, is dat rechtens onjuist. Hierin verschilt de vordering ex art. 2:248 BW van de vordering uit onrechtmatige daad die de curator binnen de in de jurisprudentie aangegeven grenzen kan instellen tegen een derde die bij de benadeling van schuldeisers door de (latere) gefailleerde was betrokken (...).*

*Art. 2:248 BW is geen lex specialis ten opzichte van art. 6:162 BW, maar is in de kern te beschouwen als een nadere invulling van de norm van art. 2:9 BW voor een specifiek geval. (...) Art. 2:9 BW verplicht de bestuurder van de vennootschap tot vergoeding van de door het kennelijk onbehoorlijk bestuur aan de vennootschap toegebrachte schade, art. 2:248 BW (voorzover hier van belang) fixeert het schadebedrag op het tekort in het faillissement van de vennootschap.*

<sup>39</sup> JOR 2010/29 m.nt. S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber

<sup>40</sup> 13e druk, bewerkt door P.J. Dortman e.a., 2013, nr. 399.1, p. 870 e.v.

<sup>41</sup> Kortmann/Faber, WPNR 6249 (1996), p. 899-906; WPNR 6272 (1997), p. 357-360; WPNR 6305 (1998), p. 179, Faber (diss.) Verrekening (2005), nr. 464; Kortmann, Voordracht voor het congres van het Van der Heijden Instituut, 2009, par. 5.

*De vordering ex art. 2:248 BW kan op grond van de wet weliswaar alleen door de curator in het faillissement van de vennootschap geldend worden gemaakt (de rechtsoverdracht komt exclusief aan de curator toe) maar zulks laat onverlet dat de failliete vennootschap zelf schuldeiser is van het uit art. 2:248 BW voortvloeiende (materiële) vorderingsrecht. De failliete boedel waartoe de vordering behoort, is immers de failliete boedel (het afgescheiden vermogen) van de vennootschap".*

Ook Blanco Fernández concludeert dat de vordering op grond van art. 2:138/248 BW een vordering is die toekomt aan de failliete vennootschap<sup>42</sup>. Volgens Blanco Fernández, die ingaat op de aansprakelijkheid van commissarissen op de voet van art. 2:138 jo. 149 BW, is de enig relevante verhouding in dit kader die tussen commissaris en vennootschap, welke verhouding de commissaris tot een behoorlijke taakuitoefening jegens de vennootschap verplicht:

*"Het spreekt vanzelf dat wanneer commissarissen de vennootschap tot het faillissement hebben geleid zij veroordeeld worden tot aanvulling van het vermogen van de vennootschap. Zulks niet omdat zij jegens de crediteuren onrechtmatig hebben gehandeld, maar omdat zij ten nadele van de crediteuren hebben bijgedragen tot de aantasting van het vermogen van de rechtspersoon"<sup>43</sup>.*

Steun voor de opvatting van Kortmann, Faber en Blanco Fernández dat de vordering behoort tot het vermogen waarop de schuldeisers zich kunnen verhalen - en dus niet een vordering is die in eigendom toebehoort aan de schuldeisers - is te vinden in het arrest HR 7 september 1990, NJ 1991, 52 (Den Toom/De Kreek), waarin het hof met instemming van de HR spreekt over een "aan de curator verleend vorderingsrecht". Uit deze woorden volgt dat de curator als zodanig - als boedelberedderaar - de eigenaar is van de vordering en over deze vordering beschikt opdat hij deze te gelde kan maken ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.

Dat is anders wanneer er sprake is van een vordering die in eigendom toebehoort aan de gezamenlijke schuldeisers. Dat is het geval bij een onrechtmatige daadsvordering, gebaseerd op een tegen de gezamenlijke schuldeisers gepleegde onrechtmatige daad. In die gevallen berust de eigendom van de vordering bij de schuldeisers, terwijl de rechtsoverdracht (en dus niet het vorderingsrecht) berust bij de curator (HR 24 april 2009, JOR 2010/22 nt. Faber (Dekker/Lutece).

<sup>42</sup> J.M. Blanco Fernández (diss.), De raad van commissarissen bij nv en bv, Uitgaven vanwege het instituut voor ondernemingsrecht, RU Groningen, Deventer: Kluwer 1993, p. 182.

<sup>43</sup> J.M. Blanco Fernández (diss.), *l.c.*, p. 184.

## Contactgegevens



Barbara van Gangelen

T +31 20 722 2323

E [barbara.vangangelen@simmons-simmons.com](mailto:barbara.vangangelen@simmons-simmons.com)



Gerhard Gispen

T +31 20 722 2324

E [gerhard.gispen@simmons-simmons.com](mailto:gerhard.gispen@simmons-simmons.com)



Jan-Mathijs Hermans

T +31 20 722 2801

E [janmathijs.hermans@simmons-simmons.com](mailto:janmathijs.hermans@simmons-simmons.com)



Pieter Kortbeek

T +31 20 722 2322

E [pieter.kortbeek@simmons-simmons.com](mailto:pieter.kortbeek@simmons-simmons.com)



Leo Verhoeff

T +31 20 722 2361

E [leo.verhoeff@simmons-simmons.com](mailto:leo.verhoeff@simmons-simmons.com)



Albert Wiggers

T +31 20 722 2365

E [albert.wiggers@simmons-simmons.com](mailto:albert.wiggers@simmons-simmons.com)



Michiel Wurfbain

T +31 20 722 2367

E [michiel.wurfbain@simmons-simmons.com](mailto:michiel.wurfbain@simmons-simmons.com)



## Offices

### Abu Dhabi

Simmons & Simmons Middle East LLP  
Level 10 The ADNIC Building Khalifa Street  
PO Box 5931 Abu Dhabi United Arab Emirates  
T +971 2 651 9200 F +971 2 651 9201

### Amsterdam

Simmons & Simmons LLP  
PO Box 79023 1070 NB  
Claude Debussylaan 247 1082 MC Amsterdam  
The Netherlands  
T +31 20 722 2500 F +31 20 722 2599

### Beijing

Simmons & Simmons  
33rd Floor China World Tower 3  
1 Jianguomenwai Avenue  
Beijing 100004 People's Republic of China  
T +86 10 8588 4500 F +86 10 8588 4588

### Bristol

Simmons & Simmons LLP  
One Linear Park Temple Quay  
Bristol BS2 0PS United Kingdom  
T +44 20 7628 2020 F +44 20 7628 2070

### Brussels

Simmons & Simmons LLP  
Avenue Louise 149 b 16 1050 Brussels Belgium  
T +32 2 542 09 60 F +32 2 542 09 61

### Doha

Simmons & Simmons Middle East LLP  
Level 5 Al Mirqab Tower Al Corniche Street  
PO Box 23540 Doha State of Qatar  
T +974 4409 6700 F +974 4409 6701

### Dubai

Simmons & Simmons Middle East LLP  
Level 7 The Gate Village Building 10  
Dubai International Financial Centre  
PO Box 506688 Dubai United Arab Emirates  
T +971 4 709 6600 F +971 4 709 6601

### Düsseldorf

Simmons & Simmons LLP  
BroadwayOffice Breite Straße 31  
40213 Düsseldorf Germany  
T +49 2 11-4 70 53-0 F +49 2 11-4 70 53-53

### Frankfurt

Simmons & Simmons LLP  
MesseTurm Friedrich-Ebert-Anlage 49  
60308 Frankfurt am Main Germany  
T +49 69-90 74 54-0 F +49 69-90 74 54-54

### Funchal

Sociedade Rebelo de Sousa in association with  
Simmons & Simmons  
Av. Zarco nº2-2º 9000-069 Funchal Madeira  
T +351 291 20 22 60 F +351 291 20 22 61

### Hong Kong

Simmons & Simmons  
13th Floor One Pacific Place  
88 Queensway Hong Kong  
T +852 2868 1131 F +852 2810 5040

### Jeddah

Hammad & Al-Mehdar  
in alliance with Simmons & Simmons  
Office #1209, King Road Tower, Malik Road,  
PO Box 864 Jeddah 21421  
Kingdom of Saudi Arabia  
T +966 92000 4626 F +966 2 606 9190

### Lisbon

Sociedade Rebelo de Sousa in association with  
Simmons & Simmons  
Rua D. Francisco Manuel de Melo 21  
1070-085 Lisbon Portugal  
T +351 21 313 2000 F +351 21 313 2001

### London

Simmons & Simmons LLP  
CityPoint One Ropemaker Street  
London EC2Y 9SS United Kingdom  
T +44 20 7628 2020 F +44 20 7628 2070

### Madrid

Simmons & Simmons LLP  
Calle Miguel Angel 11 5th floor 28010 Madrid Spain  
T +34 91 426 2640 F +34 91 578 2157

### Milan

Studio Legale Associato in affiliation with  
Simmons & Simmons LLP  
Corso Vittorio Emanuele II 1 20122 Milan Italy  
T +39 02 72505.1 F +39 02 72505.505

### Munich

Simmons & Simmons LLP  
Lehel Carré, Thierschplatz 6  
80538 Munich Germany  
T +49 89-20 80 77 63-00 F +49 89-20 80 77 63-01

### Paris

Simmons & Simmons LLP  
5 boulevard de la Madeleine 75001 Paris France  
T +33 1 53 29 16 29 F +33 1 53 29 16 30

### Rome

Studio Legale Associato in affiliation with  
Simmons & Simmons LLP  
Via di San Basilio 72 00187 Rome Italy  
T +39 06 80955.1 F +39 06 80955.955

### Shanghai

Simmons & Simmons  
40th Floor Park Place 1601 Nanjing Road West  
Shanghai 200040 People's Republic of China  
T +86 21 6249 0700 F +86 21 6249 0706

### Singapore

Simmons & Simmons Asia LLP  
#38-04 Marina Bay Financial Centre Tower 3  
12 Marina Boulevard Singapore 018982  
T +65 6831 5600 F +65 6831 5688

### Tokyo

Simmons & Simmons Gaikokuho Jimu Bengoshi  
Jimusho (Gaikokuho Joint Enterprise TMI Associates)  
23rd floor Roppongi Hills Mori Tower  
6-10-1 Roppongi Minato-ku Tokyo 106-6123 Japan  
T +81 3 6438 5255 F +81 3 6438 5256

Simmons & Simmons is an international legal practice carried on by Simmons & Simmons LLP and its affiliated practices. Accordingly, references to Simmons & Simmons mean Simmons & Simmons LLP and the other partnerships and other entities or practices authorised to use the name "Simmons & Simmons" or one or more of those practices as the context requires. The word "partner" refers to a member of Simmons & Simmons LLP or an employee or consultant with equivalent standing and qualifications or to an individual with equivalent status in one of Simmons & Simmons LLP's affiliated practices. For further information on the international entities and practices, refer to [simmons-simmons.com/legalresp](http://simmons-simmons.com/legalresp)

Simmons & Simmons LLP is a limited liability partnership registered in England & Wales with number OC352713 and with its registered office at CityPoint, One Ropemaker Street, London EC2Y 9SS. It is authorised and regulated by the Solicitors Regulation Authority. A list of members and other partners together with their professional qualifications is available for inspection at the above address.