

Aansprakelijkheid van rechtspersoon-bestuurders en feitelijk beleidsbepalers

Mr. dr. S. Parijs, CMS Derks Star Busmann te Arnhem en Mr. A.C. van Campen, Van Iersel Luchtman Advocaten te Uden

Inleiding

Op 14 maart 2008 heeft de Hoge Raad arrest gewezen in de zaak *Lammers/Aerts q.q.*¹ In dit arrest geeft de Hoge Raad duidelijkheid over de relatie tussen de aansprakelijkheid van feitelijk beleidsbepalers op grond van art. 2:248 lid 7 BW en de aansprakelijkheid van bestuurders op grond van art. 2:11 BW. Het arrest van de Hoge Raad is een vervolg op het arrest van het hof Arnhem van 10 januari 2006, dat vorig jaar in dit tijdschrift is besproken.² Het hof Arnhem heeft samengevat geoordeeld dat de bestuurder van de vennootschap die het beleid van de failliete vennootschap heeft bepaald, aansprakelijk was voor het tekort in het faillissement. Uit het oogpunt van de vereenvoudiging van aansprakelijkstellingen door curatoren valt dit oordeel toe te juichen. Echter, het oordeel is niet in overeenstemming met het standaardarrest *Montedison*, waarop het hof zelfs niet is ingegaan.³ In dit artikel wordt allereerst ingegaan op de achtergronden van art. 2:11 BW, art. 2:248 lid 7 BW en het *Montedison*-arrest. Daarna wordt het oordeel van de Hoge Raad in het arrest *Lammers/Aerts q.q.* uiteengezet en nader besproken. Ten slotte wordt ingegaan op de betekenis van dit arrest voor de relatie tussen art. 2:248 lid 7 BW en art. 2:11 BW.

Art. 2:11 BW, 2:248 lid 7 BW en Montedison

Op grond van art. 2:11 BW kunnen de bestuurders van een aansprakelijke rechtspersoon-bestuurder aansprakelijk worden gesteld. Het artikel bevat geen eigen aansprakelijkheidsnorm, maar breidt de bestaande wettelijke bestuurdersaansprakelijkheden uit ten aanzien van 'tweedegraads bestuurders'.⁴ De toepassing van art. 2:11 BW is niet beperkt tot de eerste laag van tweedegraads bestuurders, maar kan in principe net zolang worden toegepast totdat uiteindelijk wordt uitgekomen bij de natuurlijke personen achter de gehele keten van rechtspersoon-bestuurders.⁵

Op grond van art. 2:248 lid 7 BW wordt met een bestuurder gelijkgesteld degene die beleid heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware bij bestuurder. Door toepassing van deze bepaling kan een beleidsbepaler aansprakelijk worden gesteld voor onbehoorlijke taakvervulling in de zin van art. 2:248 lid 1 BW. Met betrekking tot de toepassing van lid 7 dient er sprake te zijn van directe bemoeienis met het bestuur en dient het formele bestuur feitelijk terzijde te zijn geschoven. In ieder geval is vereist dat de betrokkene de bestuurstaak

¹ HR 14 maart 2008, *RvdW* 2008, 309; *Ondernemingsrecht* 2008/80, p. 275-278, m.nt. J.B. Wezeman en JOR 2008/152, m.nt. Y. Borrius.

² Gerechtshof Arnhem, 10 januari 2006, *JOR* 2006/173. S. Parijs, 'Aansprakelijkheid van feitelijk beleidsbepalers in concernverhoudingen', *JutD* 2007, nr. 10, p. 16-18.

³ HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 411.

⁴ Vgl. J.B. Wezeman, *Aansprakelijkheid van bestuurders*, (diss. Groningen), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 29, Deventer: Kluwer 1998, p. 365.

⁵ Wezeman (1998), p. 365. Ter illustratie daarvan trekt Wezeman de gelijkenis met Matroesjka-poppetjes.

daadwerkelijk uitoefent.⁶ Niet alleen natuurlijke personen, maar ook rechtspersonen kunnen worden aangemerkt als beleidsbepaler in de zin van lid 7.

Wezeman en Lennarts zijn van mening dat art. 2:11 BW zowel kan worden toegepast ten aanzien van de aansprakelijkheid van de formele bestuurder van de beleidsbepaler-rechtspersoon als ten aanzien van de beleidsbepaler van de bestuurder-rechtspersoon.⁷ Zij menen dat de betekenis van het woord 'bestuurder' in art. 2:11 BW afhangt van de van de toe te passen aansprakelijkheidsbepaling. Op grond van art. 2:248 lid 7 BW vindt er een gelijkstelling plaats tussen de formele bestuurder en de beleidsbepaler, die volgens Wezeman en Lennarts tevens kan worden toegepast op art. 2:11 BW. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het de bedoeling was dat in ieder geval de formele bestuurders van de beleidsbepaler-rechtspersoon onder de reikwijdte van art. 2:11 BW zouden vallen. Ten aanzien van de beleidsbepalers van de rechtspersoon-bestuurder zou dit niet het geval zijn.⁸ De meerderheid van de auteurs is echter van mening dat art. 2:11 BW slechts van toepassing is op de indirecte formele bestuurders.⁹

In het *Montedison*-arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat volgens art. 2:11 BW de aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon op een ieder rust die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon daarvan bestuurder is. Volgens de Hoge Raad is in art. 2:11 BW geen verdere uitbreiding gegeven van de aansprakelijkheid tot degene die het beleid heeft bepaald of mede heeft bepaald. De uitbreiding van de aansprakelijkheid van art. 2:248 lid 7 BW is beperkt tot de toepassing van de eerste leden van art. 2:248 BW. Er is naar het oordeel van de Hoge Raad geen grond deze uitbreiding ook naar analogie van toepassing te achten in de gevallen waarop art. 2:11 BW ziet.¹⁰ Het opmerkelijke aan het oordeel van de Hoge Raad in *Montedison*-arrest is dat de betreffende casus daar anders lag. Het betrof de aansprakelijkstelling op grond van art. 2:11 BW van de formele bestuurders van een rechtspersoon die als beleidsbepaler in de zin van art. 2:248 lid 7 BW zou zijn opgetreden.¹¹ Ondanks het voorgaande, bevestigde de Hoge Raad het meerderheidsstandpunt ten aanzien van art. 2:11 BW met betrekking tot beleidsbepalers: art. 2:11 BW is slechts van toepassing op de formele (rechtspersoon-)bestuurders van de failliete rechtspersoon.¹²

Lammers/Aerts q.q.

Feiten

Op 19 december 2001 is Blankenhoef Participatie B.V. (verder te noemen: 'Blankenhoef') in staat van faillissement verklaard. Tot 1 december 2001 stond NVR Adviesgroep B.V. (verder

⁶ Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 3, p. 6 (MvT) en nr. 6, p. 23-24 (MvA). Zie hierover ook HR 20 mei 1988, *NJ* 1989, 676 (Kobo), HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 95 (Mefigro) en recentelijk Rb. Groningen, 31 januari 2007, *JOR* 2007/226.

⁷ Wezeman (1998), p. 375-376 en M.L. Lennarts, *Concernaansprakelijkheid*, (diss. Groningen), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 32, Deventer: Kluwer 1999, p. 266.

⁸ Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 25 (MvA); zie hierover Wezeman (1998), p. 376-377.

⁹ Zie in de zin ook Asser-Maeijer 2-III, *Vertegenwoordiging en Rechtspersoon*, 2^e druk, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, nr. 331, W.C.L. van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap*, 12^e druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, nr. 399.2 en P. van Schilfgaarde, *Misbruik van rechtspersonen*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 3, Deventer: Kluwer 1986, p. 93, H.J.M.N. Honée, in: *De nieuwe misbruikwetgeving*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 2, Deventer: Kluwer 1986, p. 119 en Huizink (2002).

¹⁰ R.o. 4.14.

¹¹ Zie hierover J.B. Huizink, *Rechtspersonen*, (losbl.) art. 2:11 BW, aant. 6, Deventer: Kluwer 2002.

¹² Zie in de zin ook: M.L. Lennarts, noot onder *Montedison*, *Ondernemingsrecht* 2000/10, p. 298 en Huizink (2002).

te noemen: 'NVR') in het handelsregister ingeschreven als bestuurder van Blankenhoef. Bestuurder van NVR was Blankenhoef Holding B.V. Mevrouw Lammers was bestuurder van deze laatstgenoemde vennootschap en daardoor indirect bestuurder van NVR. Het beleid ten aanzien van NVR werd echter bepaald door de heer Van Raai, de echtgenoot van mevrouw Lammers. Mevrouw Lammers was slechts als 'strovrouw' aan te merken.

De benoeming van NVR als bestuurder van Blankenhoef is geschied bij notariële akte d.d. 20 december 2000. Dit betrof een akte waarbij aandelen in Blankenhoef werden overgedragen en NVR bij unaniem besluit van de volledige AVA tot bestuurder van de vennootschap is benoemd.

Verloop procedure

Volgens de curator, mr. Aerts, was er in onderhavige kwestie sprake van onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur. Als gevolg daarvan heeft hij de (indirecte) bestuurders van Blankenhoef op grond van art. 2:248 jo. 2:11 BW aansprakelijk gesteld voor het tekort in het faillissement.

De rechtbank Arnhem heeft bij vonnis van 26 maart 2003 de vordering van de curator toegewezen en heeft mevrouw Lammers veroordeeld tot betaling van het tekort in het faillissement van Blankenhoef. Tegen dit vonnis is mevrouw Lammers in hoger beroep gegaan. Ten aanzien van de benoeming van NVR als bestuurder van Blankenhoef, oordeelde het hof dat door de vastlegging van het benoemingsbesluit in een notariële akte, niet is voldaan aan het vereiste dat de aandeelhouders, buiten vergadering, hun stem schriftelijk hebben uitgebracht (art. 2:238 BW). Op dergelijke wijze kan alleen een aandeelhoudersbesluit worden genomen indien er één aandeelhouder zou zijn geweest.¹³ Doordat er geen rechtsgeldig aandeelhoudersbesluit is genomen, is NVR nooit bestuurder van Blankenhoef geworden en kan mevrouw Lammers volgens het hof niet als indirect bestuurder van Blankenhoef worden aangemerkt. Hierdoor is zij niet op grond van art. 2:248 lid 1 en 2 jo. art. 2:11 BW aansprakelijk voor het tekort in het faillissement van Blankenhoef, aldus het hof.

Door het handelen van de heer Van Raai kon NVR volgens het hof echter wel als feitelijk (mede-)beleidsbepaler van Blankenhoef worden aangemerkt. Op grond daarvan kon mevrouw Lammers volgens het hof als indirect (formeel) bestuurder van NVR uit hoofde van art. 2:248 lid 7 jo. lid 1 en/of 2 jo. art. 2:11 BW aansprakelijk worden gehouden voor het tekort in het faillissement van Blankenhoef. Dit was echter niet de grondslag van de vordering van de curator. Teneinde geen 'verrassingsuitspraak' te doen, zijn beide partijen door het hof bij tussenarrest van 13 september 2005 in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over de aansprakelijkheid van mevrouw Lammers op deze grondslag.

Bij eindarrest van 10 januari 2006 heeft het hof het navolgende overwogen terzake de aansprakelijkheid van mevrouw Lammers: "Vanwege het feit dat NVR, zijnde een rechtspersoon, moet worden aangemerkt als bestuurder van Blankenhoef, rust uit hoofde van artikel 2:11 BW de aansprakelijkheid tevens hoofdelijk op Lammers, nu zij ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid bestuurder was van NVR via Blankenhoef Holding B.V."

Mevrouw Lammers is tegen het tussenarrest en het eindarrest van het hof in cassatie gegaan. Voor dit artikel is het tweede cassatiemiddel dat zij aanvoerde het meest interessant, zodat alleen dit cassatiemiddel wordt besproken. Mevrouw Lammers stelt zich op het standpunt dat het oordeel van het hof in strijd is met het *Montedison*-arrest, omdat er

¹³ Hiervoor verwijst het hof naar HR 10 maart 1995, NJ 1995, 595 (Janssen Pers).

op grond van art. 2:11 BW geen uitbreiding van aansprakelijkheid zou kunnen plaatsvinden naar de formeel bestuurder van de rechtspersoon-bestuurder, die op grond van art. 2:248 lid 7 BW aansprakelijk is.

Hoge Raad

Volgens de Hoge Raad is in het *Montedison*-arrest slechts geoordeeld “dat de aansprakelijkheid die art. 2:11 BW op de bestuurder van de aansprakelijke rechtspersoon legt, alleen op de formele bestuurder rust en niet op degene die het beleid van de aansprakelijke rechtspersoon (mede) heeft bepaald”.¹⁴ Voorts hebben art. 2:248 lid 7 en art. 2:11 BW volgens de Hoge Raad beide de strekking misbruik van rechtspersoonlijkheid te voorkomen. Het maakt volgens de Hoge Raad voor de toepassing van art. 2:11 BW geen verschil of de rechtspersoon die op grond van art. 2:248 BW aansprakelijk is, formeel bestuurder dan wel beleidsbepaler van de failliete vennootschap is. De Hoge Raad komt mede op grond van de wetsgeschiedenis tot het oordeel dat art. 2:11 BW een ruime uitleg behoeft.¹⁵

Opmerkingen ten aanzien van het oordeel van de Hoge Raad

Het oordeel van de Hoge Raad in *Lammers/Aerts q.q.* is opmerkelijk omdat de casus in feite hetzelfde is als die van het *Montedison*-arrest. [**NB Dat is toch niet helemaal zo: ik meende dat in Montedison er sprake was van een formeel bestuurder die aansprakelijk werd gesteld en bij Lammers (uiteindelijk) van een feitelijk beleidsbepaler (beide 1^e graads)?**] Daarbij leek het oordeel van de Hoge Raad in *Montedison*-arrest duidelijk: art. 2:11 BW is slechts van toepassing op de (indirect) formele bestuurders van de failliete rechtspersoon. Zoals eerder is opgemerkt, is dat oordeel ook opmerkelijk omdat de Hoge Raad in zijn oordeel afweek van de feitelijke situatie.

Op grond van het bepaalde in het *Montedison*-arrest is A-G Timmerman in zijn conclusie ten aanzien van de zaak *Lammers-Aerts q.q.* tot het oordeel gekomen dat “naar geldend recht feitelijke bestuurders, zoals mede-beleidsbepalers die in art. 2:248 lid 7 BW gelijk worden gesteld met een formele bestuurder, niet vallen onder de reikwijdte van art. 2:11 BW”.¹⁶ De A-G heeft er bezwaar tegen om op grond van wettelijke ficties bestuurdersaansprakelijkheid aan te nemen en zou de in art. 2:11 BW begrepen fictie beperkt willen uitleggen. Volgens de A-G gaat de formele bestuurder van de rechtspersoon die als feitelijk bestuurder optreedt, ondanks het feit dat art. 2:11 BW niet op hem kan worden toegepast, niet altijd vrijuit, doordat aannemelijk kan worden gemaakt dat hij zelf feitelijk bestuurder is van de failliete vennootschap.

Vaak zal de formele bestuurder van een rechtspersoon-beleidsbepaler ook rechtstreeks als beleidsbepaler van de failliete vennootschap zijn aan te merken, waardoor deze op grond van art. 2:248 lid 7 BW rechtstreeks aansprakelijk kan worden gesteld. In de zaak *Lammers/Aerts q.q.* was dit echter niet het geval. Mevrouw Lammers was slechts ‘strovrouw’, terwijl de heer Van Raai was aan te merken als degene die het beleid van Blankenhoef bepaalde. Kennelijk bood hij geen verhaal en heeft de curator zich op mevrouw Lammers gericht. In de onderhavige situatie heeft mevrouw Lammers de pech gehad dat zij zich heeft laten benoemen als bestuurder van Blankenhoef Holding B.V., waardoor zij als indirect formeel bestuurder van NVR was aan te merken.

¹⁴ R.o. 4.2.

¹⁵ Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 25 (MvA). Zie hierover tevens J.B. Wezeman (1998), p. 375-377.

¹⁶ Conclusie A-G Timmerman, nr. 2.14.

Verhouding tussen art. 2:248 lid 7 en art. 2:11 BW

Door het arrest *Lammers/Aerts q.q.* is de combinatie van een aansprakelijkstelling op grond van art. 2:248 lid 7 en 2:11 BW mogelijk gemaakt. De Hoge Raad neemt daarbij als uitgangspunt “de ingevolge art. 2:248 BW aansprakelijk rechtspersoon” en past vervolgens de *Montedison*-regel toe. Het maakt volgens de Hoge Raad niet uit of de aansprakelijke rechtspersoon formeel of feitelijk bestuurder van de failliete rechtspersoon is. Echter, alleen de formele bestuurders van de aansprakelijke rechtspersoon zijn volgens de Hoge Raad op grond van art. 2:11 BW aansprakelijk. Door de toevoeging “de ingevolge art. 2:248 BW aansprakelijk rechtspersoon” geeft de Hoge Raad eigenlijk een nadere uitleg aan het *Montedison*-arrest, waardoor de Hoge Raad geen afstand van dit arrest behoefde te nemen.¹⁷

Het voorgaande betekent samengevat dat allereerst dient te worden vastgesteld welke (rechts-)persoon kan worden aangemerkt als bestuurder, die op grond van art. 2:248 lid 1 BW “zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld”. Dit kan de formele bestuurder zijn die als zodanig in het handelsregister staat ingeschreven of de rechtspersoon die als beleidsbepaler in de zin van art. 2:248 lid 7 BW is opgetreden. Nadat is vastgesteld welke rechtspersoon aansprakelijk is, kunnen de formele bestuurders van deze rechtspersoon door middel van art. 2:11 BW hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor het tekort in het faillissement, totdat er uiteindelijk bij natuurlijke personen wordt uitgekomen. De feitelijk beleidsbepalers c.q. medebeleidsbepalers van de aansprakelijke bestuurder-rechtspersoon c.q. de aansprakelijke beleidsbepaler-rechtspersoon kunnen op de voet van art. 2:11 BW niet aansprakelijk worden gehouden.

Wezeman is evenwel van mening dat art. 2:11 BW ook ten aanzien van beleidsbepalers van formele bestuurders van toepassing zou moeten zijn. Volgens hem bestaat er geen bezwaar om aan te nemen dat het bestuurdersbegrip in art. 2:11 BW op dezelfde ruime wijze mag worden uitgelegd als in art. 2:248 BW. Daarbij moet volgens hem worden bedacht dat de aansprakelijkheid van de aansprakelijk gestelde beleidsbepaler van de rechtspersoon-bestuurder niet intreedt als hij aannemelijk maakt dat hij niet het beleid van de failliete vennootschap heeft bepaald.¹⁸ Op zichzelf heeft Wezeman gelijk, echter, door het tussenschuiven [NB Dat tussenschuiven van rechtspersonen heeft de feitelijk beleidsbepaler toch niet (noodzakelijkerwijs) gedaan ? Misschien moeten we zeggen dat ondanks de aanwezigheid van een aantal tussenliggende rechtspersonen de beleidsbepaler ook indirect het beleid van de failliete vennootschap heeft bepaald etc.] van een aantal rechtspersonen heeft de beleidsbepaler ook indirect het beleid bepaald van de failliete rechtspersoon, zodat deze persoon ook rechtstreeks op grond van art. 2:248 lid 7 BW aansprakelijk zou kunnen worden gesteld. Hierdoor hoeft art. 2:11 BW niet te worden toegepast.

Conclusie

De Hoge Raad heeft door zijn oordeel in het arrest *Lammers/Aerts q.q.* weer aansluiting gezocht bij de wetsgeschiedenis. Uit het oogpunt van het voorkomen van misbruik van rechtspersonen is dit oordeel van de Hoge Raad te beschouwen als een goede ontwikkeling. Curatoren behoeven zich hierdoor niet te verdiepen in allerlei ingewikkelde concernstructuren, voordat zij de juiste personen aansprakelijk kunnen stellen. Dit is ook met het oog op de verjaring van aansprakelijkheidsvorderingen van groot belang. Wel is de route

¹⁷ Wezeman (2008), p. 277.

¹⁸ Wezeman (2008), p. 277.

van art. 2: 11 BW afgesloten voor de 2^e graads feitelijk beleidsbepalers, hetgeen strookt met oordeel van de Hoge Raad in het Montedison-arrest.