

Mr. M. Olaerts\*

## De beperkte bestuurder

Het uitgangspunt is dat het bestuur belast is met het besturen van de vennootschap en dat deze bestuurstaak voor ieder type bestuur in beginsel gelijk is. In de praktijk kan het echter voorkomen dat de bestuurstaak wordt beperkt doordat het bestuur gehouden is instructies op te volgen. In deze bijdrage wordt nagegaan in hoeverre een dergelijke beperking van de bestuurstaak kan doorwerken in het aansprakelijkheidsregime en op het in het kader daarvan aan de bestuurder te maken ernstig verwijt.



### 1. Inleiding

In de literatuur wordt erop gewezen dat de normen voor externe en interne bestuurdersaansprakelijkheid convergeren.<sup>1</sup> Van belang is of de bestuurder ter zake de tekortkoming in de nakoming van zijn bestuurlijke plichten een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Krachtens het bepaalde in artikel 2:9 BW is iedere bestuurder jegens de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Hoewel de bestuurstaak in theorie voor iedere bestuurder gelijk is, kunnen de opvattingen over wat de bestuurstaak in de praktijk inhoudt sterk verschillen. Niet alleen kunnen bestuurders onderling een taakverdeling maken maar ook de opvatting over wat de algemene bestuurstaak omvat, kan in de praktijk uiteenlopen. In concernverhoudingen bijvoorbeeld heeft de moedervennootschap vaak een zodanige invloed op het bestuur van haar dochtermaatschappij dat het bestuur van die dochter wordt gereduceerd tot een louter uitvoerende instantie. Een dergelijke feitelijke beperking van de bestuurstaak roept de vraag op in hoeverre die beperking kan doorwerken in het aansprakelijkheidsregime. Een bijzondere vorm van beperking van de bestuurstaak doet zich voor wanneer een groepsvennootschap wordt bestuurd door een trustkantoor. De door het trustkantoor bestuurde vennootschap fungeert vaak, om fiscale redenen, als tussenschakel binnen een internationaal concern en de activiteiten van de vennootschap zelf zijn doorgaans beperkt. Het bestuur van de vennootschap staat met name in voor administratieve handelingen zonder zich in te laten met strategische beslissingen.<sup>2</sup>

Mijn stelling is dat het wettelijk kader van Boek 2 BW in principe geen ruimte biedt voor het aanleggen van een afwijkende maatstaf voor bestuurdersaansprakelijkheid ten aanzien van de beperkte bestuurder. Wie de bestuurstaak aanvaardt, zal zich terdege bewust moeten zijn van de daaraan verbonden verplichtingen. Nu de bestuurder gezien wordt als de behartiger van het vennootschappelijk belang, dient iedere bestuurder aan een gelijke maatstaf te worden onderworpen. De beperkte bestuurder zal derhalve in aansprakelijkheidsprocedures niet snel een beroep kunnen doen op de beperking van zijn bestuurstaak. Uit de rechtspraak blijkt wel dat de beperking van invloed kan zijn op het aan de bestuurder te maken ernstig verwijt.<sup>3</sup> In deze bijdrage wordt uitgegaan van een eenhoofdig bestuur waarbij met de term 'beperkte bestuurder' wordt bedoeld op een bestuurder die zijn bestuurstaak als orgaan feitelijk dan wel statutair beperkt ziet doordat hij gedwongen wordt instructies van de moedervennootschap of, in geval van een trustkantoor, van de opdrachtgever op te volgen. Van een dergelijke 'beperkte' of 'lichte' bestuurder dient te worden onderscheiden de bestuurder in een meelhoofdig bestuur wiens bestuurstaak ten gevolge van een binnen het bestuur gemaakte taakverdeling beperkt is. Laatgenoemde vorm van be-

\* Mr. M. Olaerts is als universitair docent verbonden aan de capaciteitsgroep privaatrecht en het Institute for Corporate Law, Governance and Innovation Policies van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Maastricht en redacteur van dit tijdschrift.

1. Assco/Macijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009 (2-11), nr. 440 e.v.; D.A.M.H.W. Strik, 'Eerstige verwijtbaarheid: tussen onrechtmatigheid en toerekenbaarheid. Over de "inkleurig" van art. 6:162 BW door art. 2:9 BW', *Ondernemingsrecht* 2009, 156; Y. Borrius, 'Kroniek Bestuurdersaansprakelijkheid', in: *Geschieden vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2008-2009*, Deventer: Kluwer 2009, p. 83-113; J.B. Huizink, 'Artikel 2:9 BW, enkele observaties', in: J.B. Huizink e.a. (red.), *Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland?*, Deventer: Kluwer 2011, p. 14. Zie voor een meer genuanceerde visie J.M. de Jongh, 'Enkele gedachten over bestuurdersaansprakelijkheid', in: J.B. Huizink e.a. (red.), *Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland?*, Deventer: Kluwer 2011, p. 20. De vraag naar de convergentie tussen beide normen voor bestuurdersaansprakelijkheid, blijft hier verder buiten beschouwing.

2. Zie in dit verband over het functioneren van een trustkantoor onder meer de conclusie van A-G Keus in r.o. 2.21 bij het arrest *Meer Persoon Trust*, *JOR* 2011/285 en H.A. de Sivoirain Lohman, 'Aansprakelijkheid van Nederlandse trustdirecteuren', *De NV* 1998-10, p. 212 e.v. en zie over dit onderwerp eveneens K. Frielink & M. van Eessel, *Toezicht trustkantoren in Nederland*, Deventer: Kluwer 2010.

3. Zie in verband met de inkleurig van het ernstig verwijt in de interne aansprakelijkheid Bulten in haar noot bij de uitspraak van de Rb. Amsterdam 12 januari 2011, *JOR* 2011/250.

stuurbeperking blijft in deze bijdrage buiten beschouwing.<sup>4</sup>

In de jurisprudentie lijkt als hoofdregel te worden onderkend dat bij de beantwoording van de vraag of een trustkantoor zijn taak behoorlijk heeft vervuld, eenzelfde maatstaf voor bestuurders aansprakelijkheid dient te worden gehanteerd als voor alle andere bestuurders. Een aantal uitspraken van de afgelopen jaren vormt de aanleiding om in deze bijdrage kort stil te staan bij de vraag of de beperking van de bestuurstaak, zoals die bijvoorbeeld voorkomt bij de trustkantoor-bestuurder, ook doorwerkt in het op de bestuurder van toepassing zijnde aansprakelijkheidsregime. Centraal staat de vraag op welke manier de maatstaf van het ernstig verwijt dient te worden ingevuld wanneer we te maken hebben met een dergelijke 'lichte' of 'beperkte' bestuurder. In deze bijdrage wordt een aantal uitkomsten in de jurisprudentie ten aanzien van het besturende trustkantoor gebruikt om de vraag naar de aansprakelijkheid van de beperkte bestuurder te beantwoorden.<sup>5</sup> In par. 2 wordt ingegaan op de manieren waarop de bestuurstaak kan worden beperkt. In par. 3 wordt geëvalueerd in hoeverre de beperkte bestuurder bij de invulling van het aan hem te maken ernstig verwijt een beroep kan doen op de beperkte bestuurstaak, daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen de interne en de externe bestuurdersaansprakelijkheid. De belangrijkste conclusies worden vervolgens weergegeven in par. 4.

## 2. De beperkte rol van de bestuurder

De bestuurstaak kan statutair worden beperkt. Artikel 2:129/239 lid 1 BW bepaalt immers dat het bestuur belast is met het besturen van de vennootschap behoudens beperkingen in de statuten. Een dergelijke statutaire beperking mag echter niet zo ver gaan dat het bestuur de bestuurstaak niet meer autonoom kan uitvoeren.<sup>6</sup> In hetzelfde artikel wordt voorts in lid 4 bepaald dat de bestuurstaak verder kan worden beperkt door het opnemen van een statutaire bepaling op grond waarvan de bestuurders gehouden zijn instructies van een ander orgaan op te volgen. Aangenomen wordt dat op basis van voornoemde bepaling het enkel mogelijk is om aanwijzingen te geven voor wat betreft de algemene lijnen van het te voeren beleid. Omdat het verschil tussen concrete en algemene instructies moeilijk te hanteren is, wordt thans door de wetgever voorgesteld om in ieder geval voor wat betreft de BV dat onderscheid te laten vallen en alle vormen van instructies, zowel concrete als algemene, mogelijk te maken.<sup>7</sup> In de jurisprudentie werd in concreetverhoudingen

reeds voorbijgegaan aan de vraag naar de instructiebevoegdheid van de moedervennootschap.<sup>8</sup> Als algemene regel is reeds geruime tijd aanvaard dat de moedervennootschap in de praktijk, gezien haar participatie in het aandelenkapitaal van de dochtervennootschap ondanks wellicht het ontbreken van een wettelijk erkende instructiebevoegdheid, een instructiemacht heeft die haar in staat stelt het bestuur van de dochtervennootschap te beïnvloeden. Door de voorgestelde wijziging sluit het wettelijk kader beter aan bij de praktijk.

In het nieuwe vierde lid van artikel 2:239 BW wordt voorts bepaald dat het bestuur gehouden is de aanwijzingen op te volgen, tenzij deze in strijd zijn met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Het bestuur van de dochtervennootschap komt daarmee in een weinig benijdenswaardige positie te verkeren.<sup>9</sup> Het is gehouden de instructies van de moedervennootschap op te volgen. Doen zij dat niet, dan dreigt ontslag. Volgen zij daarentegen een instructie op die verkeerd uitpakt, dan riskeren zij aansprakelijkheid jegens de eigen vennootschap, en dus indirect jegens de instructiegever, wegens het onbehoorlijk vervullen van de bestuurstaak. Daarnaast kan het bestuur van de dochtervennootschap aansprakelijk worden gesteld door derden, zoals de crediteuren van de vennootschap, op grond van een jegens hen gepleegde onrechtmatige daad. De ondergrens van de bestuurstaak wordt bepaald door het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Bij het opvolgen van aanwijzingen van de moedervennootschap zal de bestuurder van de dochtermaatschappij steeds een zelfstandige belangenafweging moeten maken.

De positie van de bestuurder na het doorvoeren van de voorgestelde wetswijziging verschilt overigens niet wezenlijk van de positie van de bestuurder naar huidig recht. Zoals reeds werd aangegeven wordt er thans al van uitgegaan dat de moedervennootschap de macht heeft om haar wil aan het bestuur van de dochtervennootschap op te dringen. Het enige verschil is dat die mogelijkheid nu ook juridische erkenning krijgt en gezien kan worden als een bevoegdheid die de moedervennootschap op wettelijke basis toekomt. Daarmee wordt overigens wel een wijziging aangebracht in de positie van de moedervennootschap en haar rol als aandeelhouder. Interessant is in dit verband de vraag of een moedervennootschap, die het bestuur van de dochter volledig aanstuurt door het geven van instructies, kan kwalificeren als medebeleidsbepaler in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW. In dat artikel-

4. De collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur wordt eens te meer benadrukt door de voorgestelde wijziging van de tekst van artikel 2:9 BW waarbij meer dan in de huidige formulering wordt benadrukt dat elke bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken binnen de vennootschap en geheel aansprakelijk is voor het onbehoorlijk bestuur tenzij hem, mede gelet op de aan andere en onbedeelde taken, geen ernstig verwijt kan worden gemaakt. Echter, ook indien dat het geval is, zal hij moetenantonen dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van het onbehoorlijk bestuur af te wenden. De nieuwe redactie van artikel 2:9 BW ziet op de situatie waarbij er sprake is van een meerhoofdig bestuur en tussen de bestuurders een taakverdeling is gemaakt. Zie over de voorgestelde wijziging J.B. Huisink e.a. (red.), *Hoer verder met collegiaal bestuur in Nederland*, Deventer: Kluwer 2011. Zie voor wat betreft de voorgestelde wijziging van artikel 2:9 BW *Kamerstukken I 2009/2010*, 31 763, nr. A.

5. Ik ga daarbij, gezien de omvang van deze bijdrage, niet in op de specifieke regelingen die van toepassing zijn op trustkantoren.

6. Van Schilfgaarde/Winter, *Van de NV en de BV*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 42.

7. *Kamerstukken I 2006/07*, 31 058, nr. 3, p. 90 (MvT).

8. Zie in dit verband bijvoorbeeld HR 21 december 2001, *JOR* 2002/38 (*Hurks II*), m.nt. Bartman.

9. Zie in dit verband C.A. Schwarz, 'Bestuur in spagaat: aansprakelijkheid of ontslag', *FD* 25 augustus 2011.

lid is bepaald dat voor wat betreft de aansprakelijkheid voor kennelijk onbehoorlijk bestuur dat geleid heeft tot het faillissement van de vennootschap met de bestuurder gelijk wordt gesteld diegene 'die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder'. Dit roept de vraag op of een aandeelhouder die binnen de door de wet en de statuten gestelde grenzen van zijn bevoegdheden blijft, verweten kan worden dat hij het beleid van de vennootschap heeft bepaald 'als ware hij bestuurder'. Van belang is volgens de wetsgeschiedenis dat sprake is van directe bemoeienis met een feitelijke terzijdestelling van het formele bestuur.<sup>10</sup> Borrius wijst erop dat in de rechtspraak inmiddels op een meer genuanceerde manier invulling wordt gegeven aan het begrip 'medebeleidsbepaling'.<sup>11</sup> Hij verwijst in dit verband naar de uitspraak van het Hof Amsterdam in de zaak *Bonbosch*<sup>12</sup> waarin het hof van oordeel was dat van medebeleidsbepaling ook sprake kan zijn wanneer de formele bestuurders weliswaar niet terzijde worden gesteld, maar de medebeleidsbepaling gedogen door de opdrachten van de formele bestuurders op te volgen. Op basis van het nieuwe vierde lid van artikel 2:239 BW wordt het bestuur van een dochter-BV geacht de instructie op te volgen maar niet zonder zelfstandige belangenafweging.<sup>13</sup> Dit zou mijns inziens tot gevolg moeten hebben dat van medebeleidsbepaling in de zin van het zevende lid van artikel 2:248 BW in principe geen sprake kan zijn wanneer de moedervennootschap instructies geeft maar de uiteindelijke discretionaire bevoegdheid tot het terzijde stellen van een instructie bij het bestuur van de dochter ligt. Voert de moedervennootschap de druk echter zo hoog op dat van een mogelijkheid tot zelfstandige belangenafweging bij de dochtervennootschap geen sprake meer is, dan riskeert de moedervennootschap aansprakelijk als medebeleidsbepaler.<sup>14</sup>

Wanneer een trustkantoor als bestuurder van een vennootschap wordt aangesteld, is de bestuurstaak vaak op contractuele basis beperkt.<sup>15</sup> In de overeenkomst van opdracht met de moedervennootschap worden in dat verband clausules opgenomen op basis waarvan de bestuurs-

opdracht van het trustkantoor wordt beperkt tot louter beheerstaken. De vraag is of een dergelijke contractuele beperking voldoende is om ook van invloed te zijn op de rol van het trustkantoor als bestuurder. Deze vraag dient mijn inziens in ieder geval ontkennend te worden beantwoord. De enige beperking van de bestuurstaak die binnen de vennootschappelijke verhoudingen dient te worden erkend, is blijkens het bepaalde in artikel 2:129/239 BW een statutaire beperking. Het verdient dan ook aanbeveling om de contractuele beperkingen van de bestuurstaak van het trustkantoor op te nemen in de statuten van de vennootschap wil dit enige invloed hebben op de manier waarop het bestuur zijn taak dient te vervullen.<sup>16</sup> Het feit dat de beperking van de bestuurstaak in ieder geval een statutaire basis dient te hebben, is ook in de jurisprudentie bevestigd. In de zaak *Mees Pierson Trust* werd het door het trustkantoor gedane beroep op de beperkingen van de bestuurstaak door het hof van de hand gewezen. Het hof was van oordeel dat de wet enkel de mogelijkheid kent om via statutaire bepalingen dergelijke beperkingen aan te brengen. Een bestuurder die zich jegens derden kan beroepen op een beperking van taken die voortvloeit uit een overeenkomst zou, aldus het hof, niet verenigbaar zijn met het wettelijk stelsel en met het uitgangspunt dat derden erop moeten kunnen vertrouwen dat de vennootschap haar verplichtingen zal nakomen.<sup>17</sup>

### 3. Beroep op de beperkte bestuurstaak

In de literatuur wordt algemeen aanvaard dat de regels van bestuurdersaansprakelijkheid ook van toepassing zijn op trustdirecteuren.<sup>18</sup> Voor wat betreft zowel de externe aansprakelijkheid, jegens derden, als de interne aansprakelijkheid, jegens de vennootschap zelf, is van belang dat de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt.<sup>19</sup> In het navolgende wordt nagegaan in hoeverre de beperking van de bestuurstaak van invloed kan zijn op het ernstig verwijt dat de bestuurder wordt gemaakt.<sup>20</sup> Bij het maken van de vertaalslag van de beperking van de bestuurstaak naar de gevolgen daarvan voor de bestuurdersaansprakelijkheid is het van belang een onderscheid

10. Zie hierover de conclusie van A.-G. Tuijnman bij de uitspraak van 17 november 2006, *JOR* 2007/7 (*Bonbosch*). Zie eveneens met literatuurverwijzing M. Olaerts, *Vennootschappelijke beleidsbepaling in financiële moeilijkheden*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2007, p. 167.
11. Y. Borrius, 'Kroniek Bestuurdersaansprakelijkheid', in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2008-2009*, Deventer: Kluwer 2009, p. 110-111.
12. Borrius verwijst in dit verband naar de uitspraak van het hof zoals bekend uit de overweging van de A.-G. onder nr. 1.22. Zie Y. Borrius, 'Kroniek Bestuurdersaansprakelijkheid', in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2008-2009*, Deventer: Kluwer 2009, p. 110-111.
13. Zie in dit verband eveneens H.A. de Savornin Lohman, 'Aansprakelijkheid van Nederlandse trustdirecteuren', *De NV* 1998-10, p. 213.
14. In dit verband kan de vraag worden gesteld of een bestuurder van een dochtervennootschap die zich in een dergelijke situatie bevindt, geen ontslag zou moeten nemen. Aldus zou in het wettelijke systeem naar komend recht het verwijt van de feitelijke terzijdestelling van het formele bestuur weer haar intreden kunnen doen.
15. Zie in verband met de taken van een trustkantoor als bestuurder de conclusie van A.-G. Kees in r.o. 2.21 bij het arrest *Mees Pierson Trust*, *JOR* 2011/285 en H.A. de Savornin Lohman, 'Aansprakelijkheid van Nederlandse trustdirecteuren', *De NV* 1998-10, p. 212 e.v.
16. Zie in dit verband Bulten in haar noot bij de uitspraak van de Rb. Amsterdam 12 januari 2011, *JOR* 2011/250 en de noot van Borrius bij de uitspraak van het Hof Amsterdam 21 juli 2009, *JOR* 2009/314. Zie over dit onderwerp eveneens K. Frielink & M. van Eersel, *Toeziht trustkantoren in Nederland*, Deventer: Kluwer 2010, p. 26 e.v. die dit enigszins nuanceren.
17. Hof Amsterdam 21 juli 2009, *JOR* 2009/314, r.o. 3.19.
18. H.A. de Savornin Lohman, 'Aansprakelijkheid van Nederlandse trustdirecteuren', *De NV* 1998-10, p. 214 e.v. en R. Kronenberg, 'Trust the Dutch?', *Ondernemingsrecht* 2004-3, p. 62; K. Frielink & M. van Eersel, *Toeziht trustkantoren in Nederland*, Deventer: Kluwer 2010, p. 26.
19. In deze bijdrage komen enkel de aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW en de aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad aan de orde. Andere vormen van aansprakelijkheid blijven, gezien de beperkte omvang van deze bijdrage, verder buiten beschouwing.
20. Zie in dit verband eveneens Bulten in haar noot bij de uitspraak van de Rb. Amsterdam 12 januari 2011, *JOR* 2011/250.

te maken tussen de interne en de externe bestuurdersaansprakelijkheid.

### 3.1. Aansprakelijkheid jegens derden uit onrechtmatige daad

Uit de hierboven aangehaalde jurisprudentie blijkt dat een beroep op een contractuele beperking van de bestuurstaak weinig kans van slagen heeft. Voor iedere bestuurder geldt eenzelfde, in het vennootschapsrecht geïncorporeerde, maatstaf voor wat betreft de vervulling van de bestuurstaak. Wie de bestuurstaak wil beperken, zal zich moeten houden aan de door de wetgever in Boek 2 BW uitgezette spelregels. Het hof was in de zaak *Mees Pierson Trust* van oordeel dat het de trustdirecteur niet vrijstond om jegens schuldeisers van de vennootschap een beroep te doen op een bestuurstaak die, ten gevolge van een overeenkomst met de opdrachtgever, minder verstrekkend was dan uit de wet voortvloeit.<sup>21</sup> Dit deel van de uitspraak van het hof, dat in cassatie overigens niet werd bestreden,<sup>22</sup> roept de vraag op of een beroep kan worden gedaan op een beperking van de bestuurstaak die niet alleen in een overeenkomst is opgenomen maar die daarnaast ook weerslag heeft gekregen in de statuten. In cassatie overweegt de Hoge Raad<sup>23</sup> in *Mees Pierson Trust* (MPT) dienaangaande het volgende:

'In cassatie is (terecht) niet bestreden dat de maatstaf van een ernstig verwijt heeft te gelden bij de beantwoording van de vraag of MPT als bestuurder van de vennootschap haar taak onbehoorlijk heeft vervuld zonder dat daarbij betekenis toekomt aan het feit dat MPT als trustdirecteur optrad.'

Daarbij wordt door de Hoge Raad geen melding gemaakt van het onderscheid tussen een contractuele dan wel een statutaire beperking van de bestuurstaak. Echter, ook wanneer de bestuurstaak op een voor derden kenbare wijze is beperkt, brengt dit mijns inziens geen wijziging in de aansprakelijkheidspositie van de bestuurders jegens derden. Voor wat betreft de externe aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad, blijft gelden dat de bestuurder in beginsel aan dezelfde maatstaf is onderworpen als de 'volwaardige' bestuurder wiens bestuurstaak niet is beperkt.<sup>24</sup>

Een bestuurder die namens de vennootschap heeft gehandeld, kan volgens vaste jurisprudentie jegens derden aansprakelijk zijn op grond van onrechtmatige daad indien kan worden aangetoond dat hij ten tijde van het aangaan van verplichtingen namens de vennootschap wist of behoorde te weten dat de vennootschap die verplichtingen niet binnen redelijke termijn zou kunnen voldoen

en geen verhaal zou bieden voor de daaruit voortvloeiende schade (de zogenaamde *Beklamel-norm*).<sup>25</sup> De bestuurder die op instigatie van de moedervennootschap verplichtingen jegens derden aangaat, zal zich daarbij steeds moeten afvragen of dit in het belang is van de vennootschap. Wanneer een instructie in strijd is met het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming, zal hij het uitvoeren van die instructie moeten weigeren. Een handeling die wel in het belang van de vennootschap is, zal niet snel tot aansprakelijkheid jegens derden op grond van de *Beklamel-norm* leiden.<sup>26</sup> Zolang de vennootschap haar crediteuren kan voldoen, komt de bestuurder niet in een *Beklamel-situatie* terecht. De *Beklamel-situatie* dient, volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad, te worden onderscheiden van het geval waarin de bestuurder wordt verweten dat hij heeft toegelaten of bewerkstelligd dat de vennootschap een eerder aangegane overeenkomst niet nakomt. Voor aansprakelijkheid is in dat geval vereist dat de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.<sup>27</sup> Het enkele feit dat een bestuurder er niet op toeziet dat de vennootschap haar verplichtingen nakomt, is onvoldoende voor bestuurdersaansprakelijkheid. De bestuurder moet persoonlijk een ernstig verwijt kunnen worden gemaakt. Daarvan zal in ieder geval sprake kunnen zijn, volgens de Hoge Raad, wanneer vast komt te staan dat de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen.

De vraag is of bestuurders die de door de moedervennootschap vastgestelde strategie uitvoeren een ernstig verwijt kan worden gemaakt wanneer die strategie op termijn verkeerd blijkt uit te pakken. Interessant zijn in dit verband de overwegingen van het Hof Arnhem inzake *Stichting Waaldijk*.<sup>28</sup> De uitspraak van het hof in deze zaak doet vermoeden dat hier wellicht incidenteel meer ruimte is voor een beroep op de beperking van de bestuurstaak dan in de bovengenoemde *Beklamel-situaties*. In deze zaak werd de inmiddels gefailleerde Von Bertleff verweten dat zowel hij als de door hem beheerste stichtingen een onrechtmatige daad hadden gepleegd jegens de crediteuren van Von Bertleff door diens woonhuis onder te brengen in een stichting en het aldus aan verhaal door zijn crediteuren te onttrekken. Het hof was in deze zaak van oordeel dat zowel Von Bertleff zelf als de door hem beheerde stichting, zich schuldig hadden gemaakt aan een onrechtmatige daad. Na het aftreden van Von Bertleff als bestuurder van de stichting werden diens levenspartner, haar dochter en een jeugdvriend als formeel bestuurder ingeschreven. De aantijgingen van de curator

21. Hof Amsterdam 21 juli 2009, *JOR* 2009/314, r.o. 3.19.

22. HR 8 juli 2011, *JOR* 2011/285.

23. HR 8 juli 2011, *JOR* 2011/285, r.o. 3.6.1.

24. Zie hierover A-G Keus in zijn conclusie bij de uitspraak van de Hoge Raad inzake *Mees Pierson Trust*, HR 8 juli 2011, *JOR* 2011/285 onder verwijzing naar H.A. de Savornin Lohman, 'Aansprakelijkheid van Nederlandse trustdirecteuren', *De NV* 1998-10, p. 214 e.v. en R. Klonenberg, *Trust (the Dutch?)*, *Ondernemingsrecht* 2004-3, p. 62. Zie over de maatstaf die van toepassing is op de externe aansprakelijkheid van de trustbestuurder eveneens Rb. Amsterdam 12 januari 2011, *JOR* 2011/250.

25. HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286.

26. Zie in dit verband eveneens K. Frielink & M. van Eersel, *Thaatschi trustkantoren in Nederland*, Deventer: Kluwer 2010, p. 26.

27. HR 8 december 2006, *JOR* 2007/38 (*Omvanging/Roelofschen*).

28. Hof Arnhem 21 januari 2007, *JOR* 2007/215; m.nt. Kortmann.

dat ook deze formele bestuurders een ernstig verwijt kon worden gemaakt, werden door het hof in afwijking van het oordeel van de rechtbank, afgewezen. Het enkele feit dat zij formeel bestuurder waren van de stichting en hadden meegewerkt aan het in stand houden van de onrechtmatige constructie was, aldus het hof, onvoldoende teneinde aansprakelijkheid te rechtvaardigen. De statutaire bestuurders ontplooiden geen zelfstandige bestuursactiviteiten en het enkele feit dat zij niet op de hoogte waren van de gang van zaken binnen de stichting was, volgens het hof, onvoldoende teneinde externe aansprakelijkheid te rechtvaardigen.<sup>29</sup> Het gebrek aan initiatief van de zijde van de formele bestuurders kon volgens het hof de aansprakelijkheid niet rechtvaardigen. Kortmann heeft in zijn noot mijns inziens terecht kritiek op de uitspraak van het hof in deze zaak. Ik ben het met hem eens dat van een formeel bestuurder meer mag worden verwacht. Dat wordt overigens ook in de rechtspraak aangenomen en niet in alle gevallen ontkomt de formele bestuurder op dergelijke eenvoudige wijze aan bestuurdersaansprakelijkheid als in het geval van de *Stichting Waaldijk*.<sup>30</sup>

Ook wanneer een bestuurder zich in zijn bestuurstaak feitelijk dan wel statutair beperkt ziet, zal hij zich terdege bewust moeten zijn van zijn bestuurstaak en die ook behoorlijk moeten vervullen. Van de bestuurder van de dochtermaatschappij kan mijns inziens worden verwacht dat hij zelf gaandeweg een afweging maakt van het door de moedervennootschap voorgestelde beleid en de strategie. Doet hij dat niet en gaat het mis, dan kan hem mijns inziens onder omstandigheden verweten worden niet tijdig te hebben ingegrepen. Steeds is vereist dat hem persoonlijk ter zake een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Ik zie geen reden om ten aanzien van de beperkte bestuurder aan te nemen dat hem minder snel een ernstig verwijt kan worden gemaakt dan ten aanzien van de 'volwaardige' bestuurder. In de systematiek van artikel 2:239 lid 4 BW wordt de (beperkte) bestuurder opgevoerd als de beschermer van de belangen van de vennootschap, een rol die hij zal moeten blijven vervullen teneinde eventuele aansprakelijkheid te voorkomen.

### 3.2. Aansprakelijkheid jegens de vennootschap zelf

De volgende vraag is of een bestuurder, die eerst door de aandeelhouder in zijn bestuurstaak is beknot, op die hekknotting een beroep kan doen wanneer hij door de ven-

nootschap, dit wil zeggen indirect door diezelfde aandeelhouder, aansprakelijk wordt gesteld op grond van artikel 2:9 BW.<sup>31</sup> Ook hier is weer van belang dat de bestuurder geacht wordt een zelfstandige belangenafweging te maken en daarbij rekening dient te houden met het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Het belang van de vennootschap zal vaak worden ingekleurd door het belang van het concern waarvan de vennootschap deel uitmaakt.<sup>32</sup> Dit wil zeggen dat hij instructies slechts zal kunnen weigeren indien die het voortbestaan van de vennootschap op de tocht zouden kunnen zetten. In het *Staleman/Van de Ven*-arrest heeft de Hoge Raad bepaald dat bij de beantwoording van de vraag of een bestuurder ter zake een tekortkoming in de bestuurstaak een ernstig verwijt kan worden gemaakt, rekening dient te worden gehouden met de omstandigheden van het geval. Tot de in dit verband relevante omstandigheden behoren volgens de Hoge Raad:<sup>33</sup> de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten, de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's, de taakverdeling binnen het bestuur, de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen, de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken en het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.

Hoewel de hoofdregel is dat voor de beperkte bestuurder eenzelfde maatstaf geldt als ten aanzien van iedere bestuurder, blijkt in de lagere rechtspraak de beperkte bestuurder een rol te kunnen spelen bij de invulling van het ernstig verwijt.<sup>34</sup> Dit was bijvoorbeeld het geval in het vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 12 januari 2011.<sup>35</sup> In deze zaak ging het om de aansprakelijkheid van het trustkantoor als bestuurder van een vennootschap voor de schade die het concern had geleden ten gevolge van het niet retourneren van door de vennootschap uitgeleende aandelen. De uitleentransactie was volledig opgezet en uitgedacht door de moedervennootschap terwijl het trustkantoor enkel de instructies van de moedervennootschap opvolgde. De rechtbank stelt in zijn oordeel voorop dat artikel 2:9 BW gericht is tot iedere bestuurder van een Nederlandse rechtspersoon waarbij geen onderscheid wordt gemaakt naargelang het type bestuurder.<sup>36</sup> De rechtbank vult vervolgens aan de hand van de omstandigheden van het geval de door de Hoge Raad in het *Staleman/Van de Ven*-arrest vastgestelde criteria in en komt

29. Wellicht speelde in deze zaak ook mee dat Von Bertloff bestuurder was ten tijde van het opzetten van de constructie. Dit blijkt echter niet duidelijk uit de overwegingen van het hof. Tegen de uitspraak van het hof is later cassatie aangevraagd door de Stichting Waaldijk. Daarbij ging het echter alleen om de vraag of het voor misbruik noodzakelijk is dat het woonhuis ooit aan Von Bertloff in juridisch eigendom had toebehoord. Tegen het oordeel van het hof inzake de (niet-)aansprakelijkheid van de formele bestuurders werd door de curator geen cassatie ingesteld. HR 27 februari 2009, *JOR* 2009/104.

30. Zie in dit verband bijvoorbeeld onder meer Rb. Utrecht 10 november 1999, *JOR* 2000/94 en Rb. Utrecht 9 juli 1997, *JOR* 1997/96. Het gaat te ver om in deze bijdrage een uitputtend overzicht te geven van alle zaken in dit verband.

31. Gezien de omvang van deze bijdrage is ervoor gekozen om hier enkel in te gaan op de aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW. Andere vormen van aansprakelijkheid zoals aansprakelijkheid van de bestuurder jegens de opdrachtgever van het trustkantoor op basis van de tussen hen gesloten overeenkomst van opdracht en de mogelijk daarin opgenomen vrijwaring van aansprakelijkheid van het trustkantoor, blijven hier verder buiten beschouwing.

32. Zie in dit verband M. Olaerts, 'Perikelen in concernverhoudingen', *TvOB* 2011-1, p. 6-13; H.A. de Savornin Lohman, 'Aansprakelijkheid van Nederlandse trustdirecteuren', *De NV* 1998-10, p. 214.

33. HR 19 januari 1997, *NJ* 1997, 360.

34. Zie in dit verband Bulten in haar noot bij de uitspraak van de Rb. Amsterdam 12 januari 2011, *JOR* 2011/250.

35. *JOR* 2011/250.

36. R.o. 4.1.1. Zie in die zin ook Hof Amsterdam 2 februari 2010, *JOR* 2010/334, m.nt. Van Anstel.

tou de conclusie dat in casu geen sprake was van een aan het trustkantoor als bestuurder te maken ernstig verwijt. De rechtbank kent in dit verband belang toe aan het feit dat de vennootschappen deel uitmaken van een internationaal opererend concern waarbij het beleid werd bepaald door de holding terwijl het doel van de vennootschap in casu was beperkt tot het dienen van de fiscale belangen van het concern. Van belang was dat de transactie volledig was opgezet buiten de bestuurder om en dat deze enkel instructies opvolgde. Inhoudelijke reacties werden van hem niet gevraagd. Bovendien was onvoldoende gesteld of gebleken dat de trustdirecteur vraagtekens had moeten plaatsen bij de aandelentransactie.

Bulken geeft aan in haar noot bij het vonnis van de rechtbank, mijns inziens terecht, te aarzelen bij de uitkomst van deze zaak. De kritiek is onder meer gericht tegen het feit dat in deze zaak voor wat betreft de beperking van de bestuurstaak een statutaire grondslag ontbrak. Teneinde te kunnen verklaren in hoeverre de beperkte bestuurstaak het ernstig verwijt kan inkleurcn, gaat de annotator na op welke punten de *Staleman/Van de Ven*-criteria ruimte bieden om aan deze inkleurung gestalte te geven. In dit verband wijst zij erop dat de overeenkomst van opdracht tussen bestuurder en vennootschap als opdrachtgever van het trustkantoor en de moeder-vennootschap wellicht gezien kan worden als een voor het bestuur geldende richtlijn waarmee volgens de *Staleman/Van de Ven*-criteria rekening dient te worden gehouden bij de invulling van het ernstig verwijt.<sup>37</sup> Een ander door de Hoge Raad in het *Staleman/Van de Ven*-arrest aangeduid criterium dat in dit verband een rol kan spelen, is de aard van de door de rechtspersoon uitgevoerde activiteiten. Een vennootschap waarvan het bestuur is overgelaten aan een trustkantoor, voert doorgaans zelf geen activiteiten en staat enkel in dienst van de rest van het concern. Ik vraag mij echter af of beide criteria voldoende ruimte bieden voor een inkleurung van het ernstig verwijt in die zin dat van aansprakelijkheid van het trustkantoor als bestuurder geen sprake zou zijn. Een instructie van een moeder-vennootschap of opdrachtgever kan mijns inziens niet als richtlijn voor het bestuur gelden aangezien vereist is dat een dergelijke instructiebevoegdheid een statutaire grondslag heeft. De aard van de activiteiten, ook al zijn die bij de vennootschap waarvan het trustkantoor bestuurder is doorgaans beperkt, kan eveneens financiële risico's met zich meebrengen die door het bestuur dienen te worden afgewogen. Ook al zou de specifieke bestuurstaak van het trustkantoor een rol kunnen spelen

bij de invulling van de voor het bestuur geldende richtlijnen of de door de vennootschap uitgeoefende activiteiten, dan nog is het, zoals Bulken terecht stelt, de vraag of aan een van de belangrijkste criteria uit het *Staleman/Van de Ven*-arrest is voldaan. Immers de *Staleman/Van de Ven*-criteria zorgen voor een zekere objectivering doordat getoetst wordt aan het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend<sup>38</sup> is en deze nauwgezet vervult. In dit verband kan de vraag worden gesteld of datgene wat van een beperkte bestuurder mag worden verwacht naar beneden moet worden bijgesteld. Ik zou menen van niet. Bulken stelt in haar noot bij het hiervoor aangehaalde vonnis van de rechtbank dat de aan de bestuurder opgedragen taak waarnaar in artikel 2:9 BW wordt verwezen wellicht zo moet worden geïnterpreteerd dat die taak enkel bestaat uit het opvolgen van instructies. Een bestuurder die voor zijn taak berekend is, hoe beperkt die taak ook moge zijn, dient echter, zo blijkt uit het nieuw voorgestelde vierde lid van artikel 2:239 BW, steeds het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming te moeten behartigen.<sup>39</sup> Dit wil mijns inziens zeggen dat hij voor iedere instructie zal moeten nagaan of opvolging daarvan de continuïteit van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming in gevaar brengt. De vraag is of dit in de interne verhoudingen redelijk is.

Het heeft, zoals Bulken ook aangeeft, iets onbevredigends dat een bestuurder die gedwee de instructies van de moeder-vennootschap opvolgt, vervolgens door de vennootschap en in principe door diezelfde instructiegever als uiteindelijke eigenaar van die vennootschap, kan worden aangesproken wanneer diens instructies verkeerd uitpakken. Echter, de belangen van de stakeholders op het niveau van de dochter-vennootschap dienen te worden gewaarborgd. In de systematiek van het vierde lid van artikel 2:239 BW is die taak toebedeeld aan het bestuur van de vennootschap waarbij het waarborgen van de continuïteit van de vennootschap de ondergrens vormt. Wellicht zou het beter zijn om in de interne verhoudingen, van een moeder-vennootschap die zich een uitgebreide instructiebevoegdheid toemeet, ook te verwachten dat zij daarbij rekening houdt met de belangen van de vennootschap die de instructie dient op te volgen.<sup>40</sup> Echter, binnen het bestaande wettelijke kader blijft de bestuurder de uiteindelijke belangenbewaker op vennootschappelijk niveau.

37. Bulken in haar noot bij het vonnis van de rechtbank in de *JOR* onder nr. 5; *JOR* 2011/250.

38. Zie in dit verband Bulken in haar noot bij het vonnis van de rechtbank in de *JOR* onder nr. 5; *JOR* 2011/250.

39. Bulken in haar noot bij het vonnis van de rechtbank in de *JOR* onder nr. 7. In deze zaak voor de Rechtbank Amsterdam kwam ook de externe aansprakelijkheid van het trustkantoor als bestuurder jegens de crediteuren van de vennootschap op grond van onrechtmatige daad aan de orde. In casu was het trustkantoor namelijk bestuurder van zowel de vennootschap die de aandelen had geleend als van de uitlenende vennootschap. Gesteld werd dat het trustkantoor als bestuurder van de uitlenende vennootschap aansprakelijk was jegens die crediteuren op grond van onder meer het schenden van de *Beklamel*-norm. De rechtbank was echter van mening dat onvoldoende gesteld en gebleken was dat de bestuurder wist of behoorde te weten dat de overeenkomst niet zou kunnen worden nagekomen.

40. In de jurisprudentie wordt er onder omstandigheden reeds van uitgegaan dat de moeder-vennootschap een zorgplicht heeft jegens de crediteuren van de dochter-vennootschap en jegens hen aansprakelijk kan zijn op grond van onrechtmatige daad. Dit is echter niet in de wettelijke bepalingen opgenomen. Zie over de aansprakelijkheid van moeder-vennootschap onder meer S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteyn, *Van het Concern*, Deventer: Kluwer 2009, p. 275 e.v. Zie eveneens M. Olaerts, *Vennootschappelijke beleidsbepaling in geval van financiële moeilijkheden; de positie van bestuurders en aandeelhouders* (diss. Maastricht), Antwerpen/Oxford: Intersentia 2007, p. 202 e.v. en M. Olaerts, 'Perikelen in concernverhoudingen', *TvOB* 2011-1, p. 6-13 met verdere literatuurverwijzingen.

#### 4. Conclusie

Wil een bestuurder een beroep kunnen doen op de beperking van zijn bestuurszaak, dan zal hij er in ieder geval voor moeten zorgen dat de beperking van zijn bestuurszaak een weerslag krijgt in de statuten van de vennootschap. Een contractuele beperking van de bestuurszaak past niet binnen het wettelijk stelsel van Boek 2 BW en zal geen invloed hebben op de vervulling van de bestuurszaak of de eisen die daaraan door de wet worden gesteld. In de jurisprudentie en de literatuur wordt echter algemeen aanvaard dat ook voor de bestuurder die in zijn bestuurszaak beperkt is, dezelfde normen van bestuurdersaansprakelijkheid gelden als voor de 'gewone' bestuurder. Van belang is dat de bestuurder een (persoonlijk) ernstig verwijt kan worden gemaakt. Wel blijkt uit de rechtspraak dat de beperking van de bestuurszaak van invloed kan zijn op de invulling van het ernstig verwijt dat de bestuurder wordt gemaakt. Voor wat betreft de aansprakelijkheid jegens derden zal de bestuurder niet snel een beroep kunnen doen op de beperking van de bestuurszaak. De bestuurder blijft, ondanks een mogelijk verregaande instructiebevoegdheid van de aandeelhouder, de beharriger van het vennootschappelijk belang en daarmee van de externe stakeholders. Hij zal ervoor moeten waken dat hij, op instigatie van de aandeelhouder, verplichtingen namens de vennootschap aangaat waarvan hij weet of hoort te weten dat de vennootschap die niet zal kunnen nakomen. Wanneer de bestuurder verweten wordt te hebben toegelaten of bewerkstelligd dat de vennootschap door haare handelswijze een anrechtmatige daad pleegt jegens derden, zal hem ter zake een persoonlijk voldoende ernstig verwijt moeten kunnen worden gemaakt. Ik zie weinig ruimte om bij de invulling van dat verwijt veel belang toe te kunnen aan de beperking van de bestuurszaak al wordt daar in de lagere rechtspraak incidenteel anders over gedacht.

Voor wat betreft de interne aansprakelijkheid van de bestuurder jegens de vennootschap, blijkt uit de uitspraken van de lagere rechterlijke instanties beperkt ruimte te zijn voor een beroep op de beperkte bestuurszaak bij de invulling van het aan de bestuurder te maken ernstig verwijt. Tot de categorie van omstandigheden die van belang kunnen zijn bij de invulling van dat ernstig verwijt behoren onder meer: de voor het bestuur geldende richtlijnen alsmede de activiteiten van de vennootschap en de daaruit voortvloeiende risico's. Wanneer de onderneming zelf geen activiteiten ontplooit, zoals doorgaans het geval is in door trustvennootschappen bestuurde rechtspersonen, kan dat wellicht meewegen bij de beoordeling of het bestuur een ernstig verwijt kan worden gemaakt. De beperking van de bestuurszaak zou voorts gezien kunnen worden als een voor het bestuur geldende richtlijn. Echter, wil de bestuurder een beroep kunnen doen op het feit dat hij door een instructiebevoegdheid in zijn bestuurszaak is beperkt, dan zal die instructiebevoegdheid op zijn minst een statutaire grondslag moeten hebben. Bovendien is steeds vereist dat het bestuur voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult. In de systematiek van het (nieuwe) vierde lid van artikel 2:239 BW wil dit zeggen dat het bestuur in ieder geval moet waken voor de discontinuïteit van de onderneming. Dit heeft echter tot gevolg

dat het bestuur dat afgaat op instructies van zijn aandeelhouder vervolgens door de vennootschap, en indirect door die aandeelhouder, aansprakelijk kan worden gesteld wanneer de instructies tot schade leiden. Mijns inziens is het van belang om in deze interne verhoudingen te benadrukken dat ook van een dominante aandeelhouder die zich een uitgebreide instructiebevoegdheid toemeet, mag worden verwacht dat die bij het uitzetten van de strategie rekening houdt met de belangen van de vennootschap die de instructie dient op te volgen.