

# Niet (meer) klagen over bestuurders

Mr. J. M. Schepel\*

*De toepassing van de klachtplicht op bestuursaansprakelijkheid houdt al een paar jaar de gemoederen bezig. In lagere rechtspraak werd hier niet consistent over geoordeeld. In april 2024 schepte de Hoge Raad duidelijkheid. De auteur bespreekt dit oordeel. Is het terecht dat de klachtplicht bij bestuursaansprakelijkheid verleden tijd is?*

## 1 Inleiding

‘De dag die je wist dat zou komen is eindelijk hier.’ Deze beroemde zin van het Koningslied uit 2013 past ook bij mijn gevoel op 26 april 2024, toen de Hoge Raad een oordeel velde over de toepassing van de klachtplicht op bestuurdersaansprakelijkheid. Het is ongeveer zeven jaar geleden dat ik mijn masterscriptie over dat onderwerp schreef.<sup>1</sup> Daarin concludeerde ik dat er onduidelijkheid was in de rechtspraak en dat een oordeel van de Hoge Raad welkom zou zijn – en vast zou komen. In de tussentijd zouden onder andere curatoren niet te lang dienen te wachten met het klagen over bestuurders, want de klachtplicht ... die lag op de loer. Die tijden zijn voorbij. De Hoge Raad maakte in april 2024 korte metten met de onzekerheid. In deze bijdrage ga ik op het arrest in. Eerst schets ik de achtergrond van de klachtplicht bij bestuurdersaansprakelijkheid (paragraaf 2). Vervolgens ga ik dieper in op het oordeel van de Hoge Raad (paragraaf 3), om aan het einde daar mijn eigen kijk op te geven (paragrafen 4 en 5) en tot een conclusie te komen (paragraaf 6).

## 2 Achtergrond van de klachtplicht en bestuurdersaansprakelijkheid

Om de invoering van de wettelijke klachtplicht te verklaren, kijkt men vaak naar het *Pekingenden*-arrest uit 1968.<sup>2</sup> In die casus nam een koper eenden af. Hij klaagde later dat deze eenden van slechte kwaliteit waren. Die klacht kwam op een moment dat de koper de eenden al had verwerkt in andere producten, waardoor de leverancier de klachten niet kon bevestigen of herstellen. Op grond van de redelijkheid en billijkheid en ter voorkoming van schade aan de bewijspositie van de schuldenaar, concludeerde de Hoge Raad dat de koper niet tijdig had geprotesteerd en dat hij daarom zijn recht verloor om de leverancier aan te spreken.

De wetgever besloot uiteindelijk de klachtplicht te codificeren in art. 6:89 BW, geplaatst in afdeling 9 (de gevolgen van het niet nakomen van een verbintenis) van titel 1 (verbintenissen in het algemeen) van Boek 6 BW:

‘De schuldeiser kan op een gebrek in de prestatie geen beroep meer doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar terzake heeft geprotesteerd.’<sup>3</sup>

Veel meer houvast dan dit wordt er in de parlementaire geschiedenis niet gegeven, zo merkten auteurs al op.<sup>4</sup> Omdat gesproken wordt over ‘aflevering’ en ‘inspectie’,<sup>5</sup> concludeerden sommigen dat de wetgever voor de toepassing van de klachtplicht vooral concrete (stoffelijke) prestaties voor ogen heeft gehad.<sup>6</sup>

De klachtplicht heeft een drastisch gevolg: indien niet tijdig geprotesteerd is, kan op een gebrek in de prestatie geen beroep meer worden gedaan. Later kreeg de klachtplicht in rechtspraak een vrij breed toepassingsbereik. Een belangrijke ontwikkeling was het arrest *Van de Steeg/Rabobank*.<sup>7</sup> Tussen Van de Steeg en Rabobank bestond een beleggingsadviesrelatie. Van de Steeg handelde in aandelen en opties, maar helaas voor hem niet verdienstelijk. Hij leed grote verliezen en startte een rechtszaak tegen de bank. Van de Steeg meende dat de bank toerekenbaar tekort was geschoten in haar bancaire zorgplicht en vorderde schadevergoeding. Van de Steeg legde aan zijn vorderingen ‘ten grondslag dat sprake was van een overeenkomst van opdracht en dat Rabobank niet de zorg van een goed opdrachtnemer in acht heeft genomen door de op haar rustende bijzondere zorgplichten te schenden’ (curs. JS). De vraag was

3 Zie voor de beperkte parlementaire geschiedenis MvA II, Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 316.

4 Zie onder meer Rijsterborgh en Veldhoen, die het ‘summier’ noemen: A.J. Rijsterborgh & Z.D. Veldhoen, ‘De onwenselijkheid van de toepassing van de klachtplicht uit art. 6:89 BW op vorderingen ex art. 2:9 BW: een dogmatisch en praktisch perspectief’, *MvV* 2015, afl. 4, p. 100. Van Boom dacht dat de wetgever zich niet realiseerde welke ‘voetangels en klemmen’ bij dit artikel om de hoek komen kijken: Van Boom 2013, p. 758. Assink noemde het beknopt: concl. A-G B.F. Assink 16 februari 2024, ECLI:NL:PHR:2024:185, r.o. 3.16.

5 MvA II, Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 316.

6 J.L. Smeehuijzen, ‘Hoe het verjaringsrecht door de klachtplicht wordt opgegeten – en waarom dat erg is’, *WPNR* 2013, afl. 6988, p. 745 en A.Ch.H. Franken, ‘De bewijslastverdeling bij de klachtplicht HR FAR Trading/Edco (12 december 2014)’, *WPNR* 2016, afl. 7122, p. 801-802.

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

\* Mr. J.M. Schepel is advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

1 J.M. Schepel, *Klagen over bestuurders: de toepassing van de klachtplicht op bestuurdersaansprakelijkheid*, Weert: Celsus juridische uitgeverij 2018.

2 HR 5 april 1968, ECLI:NL:HR:1968:AB6996, *NJ* 1968/251 (*Pekingenden*). Zie ook Van Booms overzichtelijke bespreking van dit arrest in W.H. van Boom, ‘Zorgplicht vs klachtplicht’, *AA* 2013, afl. 10, p. 758.

of de klachtplicht van toepassing was op deze beleggingsadviesrelatie. De Hoge Raad oordeelde van wel: 'Art. 6:89 BW is van toepassing op *alle verbintenissen*, waaronder ook die uit beleggingsadviesrelaties' (curs. JS).<sup>8</sup>

Na *Van de Steeg/Rabobank* is lastig vol te houden dat de klachtplicht slechts op concrete (stoffelijke) prestaties van toepassing is; niet alle verbintenissen houden concrete of stoffelijke prestaties in. De plaatsing van art. 6:89 BW in de titel van algemene verbintenissen onderstreept dat wat mij betreft.<sup>9</sup> Verschillende juristen uitten kritiek op deze uitspraak en menen (of meenden) dat het toepassingsbereik van de klachtplicht te breed was geworden.<sup>10</sup> Zonder een *spoiler* te willen geven, merk ik alvast op dat ook Kroeze – als vicepresident betrokken bij het kortgeleden gewezen arrest – zich ongeveer tien jaar geleden onder deze critici bevond. Toen hij nog hoogleraar in Rotterdam was, schreef hij een artikel waaruit lijkt te volgen dat hij een voorstander is van de toepassing van de klachtplicht op concrete prestaties.<sup>11</sup>

Omdat *Van de Steeg/Rabobank* oordeelde dat art. 6:89 BW van toepassing is op alle verbintenissen, is het de moeite waard een nadere blik te werpen op het begrip 'verbintenis'. De wet kent geen beschrijving van verbintenis – de invulling werd gelaten aan de wetenschap.<sup>12</sup> Volgens de parlementaire geschiedenis wordt onder het begrip verbintenis een rechtsplicht verstaan waarmee een subjectief vermogensrecht van hem jegens wie de rechtsplicht bestaat correspondeert.<sup>13</sup> Een verbintenis is dan niet hetzelfde als een 'kale' rechtsplicht, zoals: men mag niet stelen, men mag andermans eigendom niet beschadigen, et cetera. Met dit soort rechtsplichten correspondeert geen subjectief vermogensrecht en zij vestigen geen rechtsbetrekking tussen twee of meer personen.<sup>14</sup>

De Hoge Raad zag dit anders dan men op basis van de parlementaire geschiedenis allicht zou verwachten. De klachtplicht werd immers van toepassing verklaard op de bancaire zorgplicht.<sup>15</sup> Het recht van een klant op nakoming van deze bancaire zorgplicht is lastig als een subjectief vermogensrecht te

kwalificeren.<sup>16</sup> Een ander voorbeeld: de Hoge Raad lijkt in het kader van werkgeversaansprakelijkheid de opvatting te hebben dat de op de werkgever rustende zorgplicht in verbintenissen resulteert, waarop afdeling 9 van titel 1 van Boek 6 BW van toepassing is. In het arrest *M/VC/Van den Brink* was sprake van een werkgever die eens in de zoveel tijd een ontspanningsactiviteit organiseerde voor werknemers. Bij een workshop dansen op rollerskates ging het fout: een vrouw brak haar pols en leed later aan posttraumatische dystrofie. Ze klaagde haar werkgever aan. De Hoge Raad oordeelde:

'Gelet op het voorgaande heeft het hof (...) zeer wel kunnen oordelen dat een zodanige samenhang bestaat tussen de activiteit in het kader waarvan het ongeval plaatsvond en de arbeidsovereenkomst, dat ten aanzien van die activiteit voor M/VC een op eisen van goed werkgeverschap gebaseerde zorg- en preventieplicht bestond die zij niet is nagekomen, zodat schending van die plicht tot haar aansprakelijkheid leidt voor de schadelijke gevolgen van het ongeval op de voet van art. 7:611 in verbinding met art. 6:74 BW. Dat oordeel is ook voldoende gemotiveerd.'<sup>17</sup>

Lagere rechtspraak oordeelde ook in deze geest. Verschillende kantonrechters hebben geconcludeerd dat de op de werkgever rustende zorgplicht in verbintenissen resulteert, waarop afdeling 9 van titel 1 van Boek 6 BW van toepassing is. De rechtbank Den Haag (sector kanton) oordeelde dat de klachtplicht van toepassing is op alle verbintenissen en dat de zorgplicht van de werkgever resulteert in verbintenissen jegens de werknemer.<sup>18</sup> De rechtbank Midden-Nederland (locatie Utrecht) oordeelde dat de klachtplicht van toepassing is op situaties waarin personenschade is ontstaan tijdens werkzaamheden waarop een arbeidsovereenkomst van toepassing is.<sup>19</sup>

Ik meen op basis hiervan dat de Hoge Raad (en in navolging daarvan lagere rechtspraak) in principe rechtsplichten met een contractuele grondslag als verbintenissen kwalificeert, waarop afdeling 9 van titel 1 van Boek 6 BW van toepassing is. Zowel de zorgplicht van de bank als de zorgplicht van de werkgever hangt samen met het contract dat tussen klant en bank of werknemer en werkgever bestaat. De zuivere onrechtmatigedaadsvordering valt in die redenering buiten de boot: deze kent geen contractuele grondslag.

Ik denk dat deze achtergrond de deur openzette voor de toepassing van de klachtplicht op bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:9 BW. Dat is geen zuivere onrechtmatigedaadsvordering, maar kan geïnterpreteerd worden als een rechtsplicht

8 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, *NJ* 2014/497, m.nt. Jac. Hijma (*Van de Steeg c.s./Rabobank*), r.o. 4.1-4.2.1.

9 Ook Hijma concludeerde in par. 4 van zijn annotatie bij HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, *NJ* 2014/497 (*Van de Steeg/Rabobank*) dat een breed toepassingsgebied voor de hand ligt.

10 Zie bijv. Rijsterborgh & Veldhoen 2015, p. 100. Maar anders: R.P.J.L. Tjittes, 'Een klachtplicht bij interne bestuurdersaansprakelijkheid?', in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen* (VDHI nr. 140), Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 22.4.

11 M.J. Kroeze, 'Klachtplicht en bestuurdersaansprakelijkheid', *RMT* 2015, afl. 5, p. 186.

12 Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 37.

13 Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 38.

14 Asser/Sieburgh 6-1 2016/10.

15 De zogenoemde 'Februari-arresten', waaronder het al besproken *Van de Steeg/Rabobank*: HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, *JOR* 2013/106, m.nt. Van der Wiel, HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7195, *JOR* 2013/107, m.nt. Van der Wiel, en HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7846, *JOR* 2013/108, m.nt. Van der Wiel.

16 In gelijke zin: R.G.J. de Haan, annotatie bij Rb. Zeeland-West-Brabant 5 november 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:9203, *JOR* 2015/94 (*Vilenzoo*), par. 3.

17 HR 17 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH1996, *RvdW* 2009/552, r.o. 3.6.

18 Rb. Den Haag (ktr.) 3 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:921, *JAR* 2016/62, r.o. 5.6.

19 Rb. Midden-Nederland (zittingsplaats Utrecht) 12 april 2017, ECLI:NL:RBME:2017:2008, *JA* 2017/100, r.o. 4.2.

met contractuele grondslag. Sindsdien is in ieder geval in rechtspraak niet consistent geoordeeld over de toepassing van de klachtplicht op art. 2:9 BW. Ik behandel niet alle uitspraken die beschikbaar zijn, dat past wat mij betreft niet in het bestek van deze bijdrage. Ik behandel een paar uitspraken die volgens mij de lijn van verschillende rechters goed schetsen.<sup>20</sup>

Het eerste vonnis dat specifiek inging op de toepassing van de klachtplicht op bestuurdersaansprakelijkheid was de *Landis*-uitspraak.<sup>21</sup> Landis verleende diensten op de Europese ICT-markt. Ondanks stevige groei in 1998 en daarna werd zij in 2002 failliet verklaard. Het bestuur verzaakte op meerdere gebieden en werd door de curatoren aansprakelijk gesteld, onder meer op grond van art. 2:9 BW. Volgens de bestuurders stuitte de vorderingen af op de klachtplicht. Redelijk gemakkelijk gaat de rechtbank mee in toepassing van de klachtplicht. Volgens de rechtbank is de vordering ex art. 2:9 BW een vordering die ziet op een (beweerdelijk) gebrekkige prestatie die is gebaseerd op een tussen partijen bestaande verbintenis.<sup>22</sup> Maar het beroep op de klachtplicht faalde wel: er was voldoende tijd door de curatoren geprotesteerd.

De rechtbank Midden-Nederland bevestigde deze lijn in 2014.<sup>23</sup> De vordering ex art. 2:9 BW is volgens de rechtbank gegrond in de verbintenis tussen de bestuurders en de vennootschap. Uit die verbintenis vloeit voort dat het bestuur van de vennootschap aan de bestuurders is opgedragen en dat zij daarbij gehouden zijn deze taak behoorlijk te vervullen. Dit maakt dat art. 6:89 BW ook van toepassing is op de vorderingen ex art. 2:9 BW.<sup>24</sup>

Maar de rechtspraak laat geen eenduidige lijn zien. In de *Vilenz*-uitspraak oordeelde de rechtbank Zeeland-West-Brabant juist dat de klachtplicht niet van toepassing is. De rechtbank stelt dat de aansprakelijkheid van een bestuurder via art. 2:9 BW is gebaseerd op de verplichting van de bestuurder tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. De vraag is of deze wettelijke verplichting moet worden aangemerkt als een verbintenis waarop afdeling 9 van titel 1 van Boek 6 BW van toepassing is. Het antwoord op die vraag is afhankelijk van de kwalificatie van de rechtsbetrekking tussen de bestuurder en de rechtspersoon.<sup>25</sup> Volgens de rechtbank correspondeert met de verplichting tot behoorlijk bestuur geen subjectief vermogensrecht

van de vennootschap. Daarom ontstaat geen verbintenis waarop afdeling 9 van titel 1 van Boek 6 BW van toepassing is.<sup>26</sup> Hiermee lijkt de rechtbank art. 2:9 BW meer als rechtsplicht dan als verbintenis te zien.<sup>27</sup> Art. 2:9 BW houdt slechts een norm in voor het handelen van de bestuurder bij de vervulling van de hem opgedragen taak. Pas door schending van deze norm ontstaat volgens de rechtbank een verbintenis, namelijk de verbintenis tot schadevergoeding, waarop afdeling 9 van titel 1 van Boek 6 BW van toepassing is.<sup>28</sup>

Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden kwam in 2017 tot dezelfde conclusie – het ontbreken van een subjectief vermogensrecht in deze context is cruciaal om de klachtplicht niet van toepassing te achten. Zonder ontstaat er geen verbintenis waarop afdeling 9 van titel 1 van Boek 6 BW van toepassing is.<sup>29</sup> Het hof voegde nog toe dat de klachtplicht niet ‘is bedoeld’ voor een rechtsverhouding zoals die tussen de bestuurder en de rechtspersoon.

### 3 Het oordeel van de Hoge Raad: de klachtplicht is niet van toepassing op art. 2:9 BW

Het gebrek aan consistentie in lagere rechtspraak maakte een arrest van de Hoge Raad welkom. Dat arrest kwam er uiteindelijk in april 2024, naar aanleiding van een delvingsproject in Kazachstan. Dat project werd onder meer uitgevoerd door Dala Mining LLP. De Nederlandse holdingmaatschappij van Dala Mining – Parkdale International B.V. – zou zorg dragen voor de financiën van het project. De aandelen van Parkdale werden gehouden door twee advocaten die ook bestuurder waren. Later droegen zij de aandelen over aan Parkdale Ltd, die ook enig bestuurder werd. Vanwege verschillende betwiste betalingen en onredelijke declaraties spreekt zij de advocaten aan, onder meer ex art. 2:9 BW. De advocaten doen een beroep op de klachtplicht.<sup>30</sup> De rechtbank wees dat beroep af, onder verwijzing naar de hiervoor benoemde uitspraak van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.<sup>31</sup>

In hoger beroep kwam ook deze zaak bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden terecht. Het gevolg laat zich raden: het hof liet het oordeel van de rechtbank in stand. De grondslag van art. 2:9 BW ‘rechtvaardigt [geen] beroep op schending van de klachtplicht’.<sup>32</sup> Het hof licht dit verder toe. De vennootschapsrechtelijke verhouding tussen de bestuurder en de rechtspersoon brengt specifieke, in de wet geregelde rechten

20 Voor een uitgebreidere beschouwing van (volgens mij) alle uitspraken, verwijs ik naar: F.M. van Cassel-van Zeeland, commentaar op art. 6:89 BW, in: R.J.Q. Klomp & H.N. Schelhaas (red.), *Groene Serie Verbintenisrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (actueel t/m 1 maart 2023), aant. 2.6.2.

21 Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3225, *JOR* 2013/237 (*Landis*).

22 Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3225, *JOR* 2013/237 (*Landis*), r.o. 6.3.

23 Rb. Midden-Nederland 3 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6198, *RO* 2015/20.

24 Rb. Midden-Nederland 3 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6198, *RO* 2015/20, r.o. 4.9.

25 Rb. Zeeland-West-Brabant 5 november 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:9203, *JOR* 2015/94 (*Vilenz*), r.o. 3.13.

26 Rb. Zeeland-West-Brabant 5 november 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:9203, *JOR* 2015/94 (*Vilenz*), r.o. 3.14.

27 Anders: De Haan in zijn annotatie bij de *Vilenz*-uitspraak (ook in *JOR* 2015/94).

28 Rb. Zeeland-West-Brabant 5 november 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:9203, *JOR* 2015/94 (*Vilenz*), r.o. 3.15-3.16.

29 Hof Arnhem-Leeuwarden 24 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:523, *JOR* 2017/122, m.nt. U.B. Verboom, r.o. 5.14.

30 HR 26 april 2024, ECLI:NL:HR:2024:681, grove samenvatting van r.o. 2.1.

31 Rb. Noord-Nederland 9 september 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:2965, r.o. 4.4.

32 Hof Arnhem-Leeuwarden 21 februari 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:1607, r.o. 3.16.

en plichten met zich. Art. 2:9 BW-aansprakelijkheid is gebaseerd op de verplichting van een bestuurder om daar invulling aan te geven. Omdat art. 2:9 BW zelf geen bron van een verbintenis is tussen de bestuurder en de rechtspersoon tot het verrichten van een concrete prestatie, is de klachtplicht daarop volgens het hof niet van toepassing.<sup>33</sup>

De advocaten laten het er niet bij zitten en gaan in cassatie. De Hoge Raad bevestigt het oordeel van het hof en concludeert dat de klachtplicht niet van toepassing is op de vordering ex art. 2:9 BW:

‘Een redelijke wetsuitleg brengt mee dat aan een bestuurder ter afwering van zijn aansprakelijkheid op de voet van art. 2:9 BW jegens de rechtspersoon, geen beroep kan toekomen op art. 6:89 BW.’<sup>34</sup>

Dat vloeit volgens de Hoge Raad voort uit twee omstandigheden: de aard van de rechtsverhouding en de omstandigheid dat een bestuurder zou moeten klagen over zichzelf.

Allereerst de aard van de rechtsverhouding tussen bestuurder en rechtspersoon. Die is volgens de Hoge Raad rechtspersonenrechtelijk, wat inhoudt dat de bestuurder is gebonden aan de wet en de gewoonte, en aan de statuten, reglementen en besluiten van een rechtspersoon. Onderdeel hiervan is ook art. 2:9 BW: een bestuurder is gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Doet een bestuurder dat niet, dan is hij daarvoor aansprakelijk als hem een ernstig verwijt kan worden gemaakt.<sup>35</sup>

Als tweede reden brengt de Hoge Raad naar voren dat het een rechtspersoon ‘bezwaarlijk kan worden tegengeworpen dat de bestuurder tijdens zijn aanstelling ter zake van onbehoorlijke taakvervulling door hemzelf als bestuurder tegenover de rechtspersoon, nalaat namens die rechtspersoon te protesteren bij zichzelf.’<sup>36</sup> Dat geldt volgens de Hoge Raad ook voor medebestuurders. De collegiale verhoudingen binnen het bestuur zouden het kunnen bemoeilijken dat binnen bekwame tijd wordt geprotesteerd tegen onbehoorlijke taakvervulling van een medebestuurder.<sup>37</sup>

#### 4 De aard van de rechtsverhouding staat niet in de weg aan toepassing van de klachtplicht

Voor de personen die mijn masterscriptie hebben gelezen – vermoedelijk niet veel meer dan mijn eerste en tweede lezer en een trotse vader –, zal niet als verrassing komen dat ik het met beide overwegingen niet eens ben.<sup>38</sup>

Waarom de rechtspersonenrechtelijke aard van de verhouding tussen een bestuurder en de rechtspersoon precies in de weg staat aan de toepassing van de klachtplicht, werkt de Hoge Raad niet uit. Zoals ik al eerder schreef, is in *Van de Steeg/Rabobank* geoordeeld dat de klachtplicht van toepassing is op alle verbintenissen. Ik neem aan dat we de overwegingen van de Hoge Raad zo moeten lezen dat art. 2:9 BW geen verbintenis tussen de rechtspersoon en de bestuurder oplevert vanwege de rechtspersonenrechtelijke aard van die verhouding. Ik hoopte op een bredere uiteenzetting van de Hoge Raad. A-G Assink gaat hier wel uitgebreid op in.<sup>39</sup> Ik kom daar later op terug.

Die rechtspersonenrechtelijke aard van de verhouding tussen bestuurder en rechtspersoon ex art. 2:9 BW is er denk ik omdat de bestuurder door zijn lidmaatschap van het bestuursorgaan deel uitmaakt van de rechtspersoon als deelrechtsorde.<sup>40</sup> Maar wat mij betreft voorkomt die aard niet dat de klachtplicht op bestuurdersaansprakelijkheid van toepassing is. Dat heeft meerdere redenen. Art. 2:9 BW is voor mij een rechtsplicht (tot behoorlijk bestuur) met een contractuele grondslag, namelijk de (arbeids)overeenkomst tussen de bestuurder en de rechtspersoon.<sup>41</sup> De rechtsbetrekking tussen de bestuurder en de rechtspersoon kan worden gezien als tweeledige verhouding: enerzijds maakt de bestuurder door zijn lidmaatschap van het bestuursorgaan deel uit van de rechtspersoon als deelrechtsorde, anderzijds staat hij tot de rechtspersoon in een contractuele verhouding.<sup>42</sup> De wet bevestigt dat er een contractuele verhouding – en dus een verbintenis in de zin van Boek 6 BW – tussen de bestuurder en de vennootschap bestaat. Art. 2:131/241 BW wijst de rechtbank binnen wiens rechtsgebied de vennootschap haar woonplaats heeft aan als bevoegde rechter om kennis te nemen van alle rechtsvorderingen betreffende de overeenkomst tussen de vennootschap en de bestuurder, waaronder begrepen – niet alleen de vordering ex art. 2:9 BW, maar ook – de vordering bedoeld in art. 2:138/249 BW. Contracten zijn ontegenzeggelijk verbintenissen.

Het Hof van Justitie lijkt er ook op te duiden dat de rechtsvordering ex art. 2:9 BW berust op een verbintenis uit overeenkomst. In zijn annotatie bij *Holterman/Spies* werkt Strikwerda uit dat ‘het voor de hand [ligt] dat het Hof van Justitie de rechtsvordering uit hoofde van interne bestuurdersaansprake-

33 Hof Arnhem-Leeuwarden 21 februari 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:1607, r.o. 3.16.

34 HR 26 april 2024, ECLI:NL:HR:2024:681, r.o. 3.4.

35 HR 26 april 2024, ECLI:NL:HR:2024:681, r.o. 3.2.

36 HR 26 april 2024, ECLI:NL:HR:2024:681, r.o. 3.4.

37 HR 26 april 2024, ECLI:NL:HR:2024:681, r.o. 3.4.

38 Schepel 2018. Vanaf p. 83 volgen daar mijn conclusies.

39 Concl. A-G B.F. Assink 16 februari 2024, ECLI:NL:PHR:2024:185, r.o. 3.16 e.v.

40 Zie o.a. J.W. Winter & J.B. Wezeman, *Van Schilfgaarde. Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 45; J.B. Huizink, *Rechtspersoon, vennootschap en onderneming*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, nrs. 111 e.v. en Rijsterborgh & Veldhoen 2015, p. 101.

41 In gelijke zin: U.B. Verboom, annotatie bij Hof Arnhem-Leeuwarden 24 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:523, *JOR* 2017/122, par. 8 en Rijsterborgh & Veldhoen 2015, p. 101. Niet iedereen vindt overigens dat die overeenkomst tussen bestuurder en rechtspersoon er moet zijn: K.H.M. de Roo, *Bestuur van rechtspersonen* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. 2.3.3, 2.3.4 en 2.3.6.

42 Zie o.a. Schilfgaarde/Wezeman/Winter, Van de BV en de NV, Deventer: Kluwer 2013, nr. 45; Huizink 2016, nrs. 111 e.v. en Rijsterborgh & Veldhoen 2015, p. 101.

lijkheid aanmerkt als een rechtsvordering die berust op een verbintenis uit overeenkomst'.<sup>43</sup> De contractuele verhouding en de rechtspersonenrechtelijke verhouding tussen de bestuurder en de rechtspersoon zijn met elkaar verweven. Ontslag van een bestuurder in rechtspersonenrechtelijke zin betekent in principe ook het einde van de arbeidsrechtelijke relatie.<sup>44</sup> Daarnaast is de verplichting van art. 2:9 BW wat mij betreft vaak verwerkt in de contractuele verhouding tussen de bestuurder en de rechtspersoon. Op basis van het contract is een bestuurder (ook) verplicht behoorlijk te besturen.<sup>45</sup>

Dat er een verbintenis is tussen rechtspersoon en bestuurder, zal de Hoge Raad ook vinden. Maar de Hoge Raad vindt denk ik dat die verbintenis gescheiden moet worden gezien van de art. 2:9 BW-verhouding. Dat is waar de schoen wringt wat mij betreft: ik vind die verbintenis dermate verweven met de art. 2:9 BW-vordering, dat tot toepassing van de klachtplicht geconcludeerd moet worden. De rechtspersonenrechtelijke aard van art. 2:9 BW is voor mij namelijk lastig (volledig) los te zien van de vermogensrechtelijke (contractuele) verhouding die de bestuurder ook met de rechtspersoon heeft.<sup>46</sup> Het recht van de rechtspersoon om van een bestuurder te kunnen verlangen dat hij zijn taak behoorlijk vervult, wordt eigenlijk verkregen in ruil voor de benoeming van die bestuurder en zijn beloning die met de benoeming gepaard gaat.<sup>47</sup> Is het mogelijk dat de vordering ex art. 2:9 BW geen verband houdt met de vrijwillig door de bestuurder aangegane verbintenis om de rechtspersoon te leiden en te besturen? Die situatie kan ik me niet inbeelden.<sup>48</sup> In ieder geval zal een bestuurder niet vaak onderhevig zijn aan art. 2:9 BW zonder contract met de rechtspersoon, of al wel een 'bestuurderscontract' hebben, maar zich niet aan de norm van art. 2:9 BW moeten houden.

Ik vraag me ook af waarom de bestuurder-rechtspersoonverhouding zo anders is dan de belegger-bankrelatie in *Van de Steeg/Rabobank*.<sup>49</sup> In de woorden van de Hoge Raad:

'Het gaat in deze zaak om de toepassing van art. 6:89 BW op beleggingsadviesrelaties ingeval de bank wordt verweten

dat zij bij een dergelijke relatie jegens een particuliere belegger is tekortgeschoten in de op haar rustende zorgplicht.'<sup>50</sup>

Met andere woorden: er is een contractuele relatie waarbinnen een zorgplicht geldt. Die zorgplicht staat niet expliciet in het contract en is aangenomen in rechtspraak. Bij een beroep op een niet-nakomen van die zorgplicht moet met de klachtplicht rekening worden gehouden. De parallel met bestuursaansprakelijkheid vind ik goed te trekken: er is een contractuele relatie tussen de rechtspersoon en de bestuurder, waarbinnen de plicht tot behoorlijk bestuur geldt. Die plicht is niet expliciet uitgewerkt in het contract, maar wel in de wet (art. 2:9 BW) en rechtspraak. Bij een beroep op het niet-nakomen van die plicht ...

De Hoge Raad haalt de vermogensrechtelijke relatie en de rechtspersonenrechtelijke relatie tussen bestuurders en vennootschap wel vaker door elkaar. Ik verwijs bijvoorbeeld naar het arrest *Tuin Bebeer*.<sup>51</sup> Kort samengevat lokte een bestuurder daar bewust en onnodig eerst de surseance en daarna het faillissement van Tuin Recreatie uit. Enig aandeelhouder Tuin Bebeer sprak de bestuurder, die een overeenkomst van opdracht had met Tuin Recreatie, toen aan op grond van onrechtmatige daad. De Hoge Raad overwoog dat bij de beoordeling van de vraag of iemand tegenover de aandeelhouder in diens hoedanigheid van schuldeiser onzorgvuldig had gehandeld, mede betrokken moet worden dat de bestuurder van een vennootschap en de aandeelhouder(s) zich jegens elkaar moeten gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd op grond van art. 2:8 BW.

Overigens erkende Kroeze die parallel tussen *Van de Steeg/Rabobank* en de klachtplicht en bestuursaansprakelijkheid in 2015. Het gevolg van de zienswijze in Hoge Raad-rechtspraak, waaronder *Van de Steeg/Rabobank*, vond hij 'dat art. 6:89 BW naar de letter ook van toepassing is op de rechtsverhouding tussen een rechtspersoon en zijn bestuurder of commissaris'. Een beroep op de klachtplicht in het kader van art. 2:9 BW achtte hij dus 'gezien de duidelijke overweging hieromtrent van de Hoge Raad' niet onbegrijpelijk. Toch concludeerde hij:

'Het gezond verstand lijkt mij in dit geval belangrijker dan de letter van de wet. Van de klachtplicht van art. 6:89 BW bij toepassing van art. 2:9 BW wordt niemand vrolijk.'<sup>52</sup>

Het is interessant dat Kroeze dus in 2015 meende dat de klachtplicht naar de letter van de wet van toepassing is op de vordering ex art. 2:9 BW, en nu (mede)oordeelt dat een redelijke wetsuitleg daar niet toe leidt.

<sup>43</sup> L. Strikwerda, annotatie bij HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:133, *NJ* 2017/253 (*Holterman c.s./Spies*), par. 9.

<sup>44</sup> HR 15 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2030, *NJ* 2005/484 (*Eggenhuizen/Unidek*).

<sup>45</sup> Anders: A.J.P. Schild, 'De klachtplicht en bestuurdersaansprakelijkheid, bien étonnés de se trouver ensemble?', in: E.B. Rank-Berenschot, L. Strikwerda & P. Vlas (red.), *Alles afgewogen* (afscheidsbundel mr. C.L. de Vries Lentsch-Kostense), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 63.

<sup>46</sup> Bij het ontbreken van een arbeidsovereenkomst wordt uitgegaan van een overeenkomst tot opdracht. Voor de beursvennootschap geldt ex art. 2:132 lid 3 BW dat geen sprake kan zijn van een arbeidsovereenkomst.

<sup>47</sup> Zie ook R.G.J. de Haan, annotatie bij Rb. Zeeland-West-Brabant 5 november 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:9203, *JOR* 2015/94 (*Vilanzo*), par. 3.

<sup>48</sup> Zie ook L. Strikwerda, annotatie bij HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:133, *NJ* 2017/253 (*Holterman c.s./Spies*), par. 11.

<sup>49</sup> In gelijke zin: U.B. Verboom, annotatie bij Hof Arnhem-Leeuwarden 24 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:523, *JOR* 2017/122, par. 6 en 7 en R.G.J. de Haan, annotatie bij Rb. Zeeland-West-Brabant 5 november 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:9203, *JOR* 2015/94 (*Vilanzo*), par. 3.

<sup>50</sup> HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, *NJ* 2014/497, m.nt. Jac. Hijma (*Van de Steeg c.s./Rabobank*), r.o. 4.1.

<sup>51</sup> HR 16 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ0419, *Ondernemingsrecht* 2007/68, m.nt. M.J. Kroeze. Ik bespreek deze uitspraak ook kort in J.M. Schepel, 'De valkuil van Funda', *TvOB* 2023, afl. 6, p. 135-139.

<sup>52</sup> Kroeze 2015, p. 186, inclusief voorgaande citaten.

Ik vind het inconsequent om de klachtplicht van toepassing te achten op verschillende rechtsplichten met een contractuele grondslag, maar niet op de vordering ex art. 2:9 BW. Het kan ook – maar ik vind dat minder aannemelijk – dat de Hoge Raad wél vindt dat art. 2:9 BW een verbintenis vormt en een afwijking van *Van de Steeg/Rabobank* heeft beoogd. Dat had dan duidelijker naar voren moeten worden gebracht, zodat helder is op welke verbintenissen de klachtplicht nog wel, en op welke de klachtplicht niet (meer) van toepassing is.

Een argument dat A-G Assink naar voren brengt, is dat beide verhoudingen gescheiden moet worden omdat de maatstaf voor aansprakelijkheid binnen die rechtspersonenrechtelijke verhouding (art. 2:9 BW – ernstig verwijt) verschilt van de maatstaf binnen de contractuele verhouding (art. 7:661 BW – opzet of bewuste roekeloosheid). Die laatste zou een hogere drempel betekenen.<sup>53</sup> Dit onderscheid is geen onbeschreven blad: er bestaat al langer discussie in hoeverre de eerste norm verschilt van de tweede.<sup>54</sup> Kroeze meent dat ernstig verwijtbaar handelen grenst aan opzet.<sup>55</sup> Ik vind het lastig om een situatie te bedenken waarop de ene norm wel van toepassing is, maar de andere niet. En als een rechtspersoon denkt dat een bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt, kan ik me niet voorstellen dat diezelfde rechtspersoon desalniettemin besluit de contractuele verhouding in stand te laten en geen poging zal doen de schade ex art. 7:661 BW op de bestuurder te verhalen. Overigens wordt in de literatuur betoogd dat op de vordering ex art. 7:661 BW de klachtplicht wél van toepassing is.<sup>56</sup>

Het lijkt erop alsof de Hoge Raad en A-G Assink de invloeden van 'buitenaf' op Boek 2 BW proberen te beperken, omdat Boek 2 BW specifiek is toegesneden op de interne rechtspersoonlijke orde van rechtspersonen (en andere onderdelen van het BW niet). A-G Assink noemt art. 2:9 BW

‘te eigensoortig, want ten gronde te zeer toegesneden op die specifieke positie van de bestuurder als functionaris in de (mede) wettelijk en statutair vastgestelde juridische structuur van de rechtspersoon. Voor sub (i) geldt het primaat van dat recht omtrent de rechtspersoon, dat met Boek 2 BW ook een eigen plaats heeft gekregen in het geheel van het gecodificeerde burgerlijke recht.’<sup>57</sup>

Art. 2:9 BW staat volgens A-G Assink ‘normatief en systematisch’ in een te ver verwijderd verband van een verbintenis als

bedoeld in het algemene vermogensrecht, ‘in het bijzonder het verbintenissen- en overeenkomstenrecht van Boek 6-7 BW’.<sup>58</sup> Dat is voor hem een reden om te concluderen dat art. 2:9 BW zich verzet tegen toepassing van art. 6:89 BW.

Ik vind dat opvallend, omdat in andere gevallen de Hoge Raad wel degelijk vermogensrechtelijke artikelen ‘toegang verschaft tot’ Boek 2 BW. In zijn conclusie bij het *Funda*-arrest<sup>59</sup> wees Assink zelf ‘op art. 3:12 BW, dat via art. 3:15 BW mede invulling geeft aan art. 2:8 BW’.<sup>60</sup> De aard van de rechtsbetrekking van art. 2:8 BW verzet zich er dus niet tegen dat het vermogensrechtelijke art. 3:12 BW daar invulling aan geeft. Maar de aard van de rechtsbetrekking van art. 2:9 BW verzet zich er kennelijk wel tegen dat art. 6:89 BW erop van toepassing is.

De Hoge Raad ging in *Funda* iets verder en overwoog dat degenen die krachtens de wet en de statuten bij de organisatie van een rechtspersoon, en bij een met die rechtspersoon organisatorisch verbonden rechtspersoon, zijn betrokken zich jegens elkaar moeten gedragen naar hetgeen wordt gevorderd door redelijkheid en billijkheid en hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. De Hoge Raad zei zelfs:

‘Ook buiten het toepassingsbereik van art. 2:8 lid 1 BW kunnen immers concrete zorgvuldigheidsnormen voortvloeien uit de redelijkheid en billijkheid en uit hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.’<sup>61</sup>

Voor de hand ligt dat de Hoge Raad hier verwijst naar de vermogensrechtelijke bepalingen over de ‘redelijkheid en billijkheid’ in Boek 6 BW, zoals art. 6:2, 6:248 of 6:258 BW. In *Funda* liet de Hoge Raad daarmee invloeden uit Boek 6 BW toe in de interne rechtspersoonlijke orde van de rechtspersoon. Ik noemde dat een holistische benadering: de Hoge Raad achtte het eerder veronderstelde geheel (Boek 2 BW) meer dan de som der delen.<sup>62</sup> Was het niet ook in de geest van deze holistische benadering geweest om art. 6:89 BW van toepassing te laten zijn op de art. 2:9 BW-vordering?

### 5 Ook de hoedanigheid van klager zit toepassing van de klachtplicht niet in de weg

Met het tweede onderdeel van het oordeel van de Hoge Raad over de klachtplicht kan ik mij ook niet verenigen. Dat de bestuurder geen beroep toekomt op art. 6:89 BW, vloeit voort ‘uit de omstandigheid dat een rechtspersoon bezwaarlijk kan worden tegengeworpen dat de bestuurder tijdens zijn aanstelling ter zake van onbehoorlijke taakvervulling door hemzelf als

53 Concl. A-G B.F. Assink 16 februari 2024, ECLI:NL:PHR:2024:185, bijv. voetnoot 110.

54 Voor literatuur hierover, zie o.a. J.H. Duyvensz, ‘Exoneratie en bewuste roekeloosheid’, *WPNR* 2011, afl. 6878, p. 228 en B.F. Assink & P.D. Olden, ‘Over bestuurdersaansprakelijkheid. De reikwijdte van de maatstaf “ernstig verwijt”, vrijtekening en vrijwaring nader bezien’, *Ondernemingsrecht* 2005/1, p. 10.

55 Kroeze 2015, p. 186.

56 Schild 2016, p. 63.

57 Concl. A-G B.F. Assink 16 februari 2024, ECLI:NL:PHR:2024:185, r.o. 3.27.6.

58 Concl. A-G B.F. Assink 16 februari 2024, ECLI:NL:PHR:2024:185, r.o. 3.27.6.

59 Ik beschreef dit ook in: Schepel 2023, p. 135.

60 Concl. A-G B.F. Assink 17 februari 2023, ECLI:NL:PHR:2023:360, r.o. 3.12.5.

61 HR 22 september 2023, ECLI:NL:HR:2023:1283, r.o. 3.8.

62 Schepel 2023, p. 138-139.

bestuurder tegenover de rechtspersoon, nalaat namens die rechtspersoon te protesteren bij zichzelf.<sup>63</sup>

Inderdaad, bij toepassing van de klachtplicht op de vordering ex art. 2:9 BW zal in beginsel de rechtspersoon (schuldeiser) moeten klagen. Degene die een beroep op de klachtplicht doet, is (zijn) de aangesproken bestuurder(s) (schuldenaar). Aangezien bestuurders de rechtspersoon vertegenwoordigen, kan dit tot de ongewone situatie leiden dat een bestuurder wordt geacht te klagen over zichzelf. Kroeze noemde dit eerder al een complicerende factor.<sup>64</sup>

Ik vind dat geen dermate complicerende factor dat de klachtplicht daarom buiten de deur moet blijven. Er zijn grofweg drie situaties denkbaar: (1) de rechtspersoon heeft één bestuurder, (2) de rechtspersoon heeft meerdere bestuurders, en (3) andere hoedanigheden. Toegegeven, in de eerste situatie kan de rechtspersoon inderdaad gelijkgesteld worden met de bestuurder;<sup>65</sup> klager en schuldenaar zijn dezelfde persoon. In die situatie is het lastig voor te stellen dat de bestuurder namens de rechtspersoon over zichzelf zal klagen.<sup>66</sup> Niet klagen, zodat uiteindelijk niet aan de klachtplicht wordt voldaan en de bestuurder potentieel aansprakelijkheid ontloopt, ligt misschien meer voor de hand.

In de tweede situatie heeft de rechtspersoon meerdere bestuurders. Bij meerdere bestuurders van een BV of NV zijn zij (in beginsel) individueel vertegenwoordigingsbevoegd krachtens art. 2:130/240 lid 2 BW. Bij ernstig verwijtbaar handelen van een bestuurder zou in deze situatie een andere bestuurder hierover namens de rechtspersoon kunnen klagen.

Hoe dan ook, klager en schuldenaar zijn in dit geval bestuursgenoten. Zij kennen elkaar al langer en werken intensief samen (als het goed is). Deze situatie kent haar eigenaardigheden. Het beginsel van collegiaal bestuur maakt dat bestuurders samen verantwoordelijkheid dragen voor hun beslissingen. Dit zorgt voor een flinke drempel voor een bestuurder om namens de rechtspersoon over een ander te klagen. Bestuurders zouden zelfs kunnen besluiten om ten bate van de persoonlijke relatie (en hun eigen aansprakelijkheidsrisico) niet te klagen. De Hoge Raad gaat in het arrest op deze situatie in en meent dat het medebestuurders bezwaarlijk kan worden tegengeworpen om tijdens hun aanstelling ter zake van onbehoorlijke taakvervulling te klagen over hun medebestuurders:

‘De collegiale verhoudingen binnen het bestuur kunnen bemoeilijken dat binnen bekwame tijd wordt geprotes-

teerd tegen onbehoorlijke taakvervulling van een medebestuurder.’<sup>67</sup>

Die overweging gaat mij te ver. Als een bestuurder vermoedt dat een medebestuurder ernstig verwijtbaar handelt, lijkt het mij niet meer dan logisch dat hij dit namens de rechtspersoon aanklaagt. Sterker nog, als dit niet gebeurt, handelt een bestuurder – wat mij betreft – (ernstig) verwijtbaar. Het belang van de rechtspersoon hoort voorop te staan, niet dat van een medebestuurder. Kroeze stelde in 2015 dat op een bestuurder die meent dat een medebestuurder onbehoorlijk bestuurt, een plicht rust om maatregelen te nemen.<sup>68</sup> Katan meent dat het verzuim om een medebestuurder aansprakelijk te stellen, afhankelijk van de omstandigheden, kan gelden als ernstig verwijtbaar handelen en daarmee als grond voor aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW. Er ontstaat namelijk schade voor de rechtspersoon omdat deze zich niet kan verhalen op de bestuurder.<sup>69</sup> Dat interpersoonlijke verhoudingen in de praktijk bij aansprakelijkstelling een rol spelen, blijkt uit een onderzoek van het Ministerie van Veiligheid en Justitie.<sup>70</sup> Interessant in dit kader is een uitspraak uit 2014, waarin een ex-bestuurder een vordering ex art. 2:9 BW tegen zijn medebestuurders kocht van de curator.<sup>71</sup> Hoe dan ook: een bestuurder die zich bewust wordt van onbehoorlijk bestuur van een medebestuurder, moet daarover klagen. Dat staat voor mij buiten kijf. En dus kunnen die collegiale verhoudingen geen reden vormen om de klachtplicht niet van toepassing te laten zijn.

Tot slot nog de derde mogelijke hoedanigheid van de klager: degene die behoort te klagen en de schuldenaar zijn verschillende personen die elkaar niet (goed) kennen. Op basis van art. 2:130/240 lid 4 BW of met een volmacht kan aan andere personen dan bestuurders de bevoegdheid tot vertegenwoordiging worden toegekend. Daarnaast wordt de rechtspersoon na faillissement vertegenwoordigd door de curator. De curator zou dan aan de klachtplicht moeten voldoen. Dat was bij meerdere uitspraken waarin de toepassing van de klachtplicht op art. 2:9 BW werd behandeld het geval.<sup>72</sup>

Een andere mogelijkheid is dat een opvolgende bestuurder de vordering ex art. 2:9 BW instelt tegen een ex-bestuurder. Dan zou de opvolgende bestuurder namens de rechtspersoon moeten voldoen aan de klachtplicht. Het is ook denkbaar dat een

<sup>67</sup> HR 26 april 2024, ECLI:NL:HR:2024:681, r.o. 3.4.

<sup>68</sup> Kroeze 2015, p. 186.

<sup>69</sup> Katan 2017, p. 477-478.

<sup>70</sup> R.J.J. Eshuis, N.L. Holvast, H.G. van de Bunt, J.G. van Ep & N.T. Pham, Het aansprakelijk stellen van bestuurders. Onderzoek naar de overwegingen die spelen bij het al dan niet intern aansprakelijk stellen van bestuurders en interne toezichthouders, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 64-65.

<sup>71</sup> Rb. Midden-Nederland 3 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6198, RO 2015/20.

<sup>72</sup> Onder meer Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3225, JOR 2013/237 (*Landis*), Rb. Zeeland-West-Brabant 5 november 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:9203, JOR 2015/94 (*Vilenzoo*) en Rb. Zeeland-West-Brabant 14 september 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:5790, RO 2016/68 (*Ebaon*).

<sup>63</sup> HR 26 april 2024, ECLI:NL:HR:2024:681, r.o. 3.4.

<sup>64</sup> Kroeze 2015, p. 186.

<sup>65</sup> Ervan uitgaande dat de kennis van de bestuurder wordt toegerekend aan de rechtspersoon; volgens de Hoge Raad (HR 11 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1413) en het proefschrift van Katan hoeft dit niet noodzakelijkerwijs zo te zijn. B.M. Katan, *Toerekening van kennis aan rechtspersonen* (diss. Nijmegen; O&R nr. 98), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

<sup>66</sup> Behalve bij een rechtspersoon-bestuurder met meer dan één zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegde bestuurder.

nieuwe bestuurder wordt toegevoegd aan een bestuur dat zich voor de benoeming van de nieuwe bestuurder schuldig maakte aan ernstig verwijtbaar handelen. Dan zal deze nieuwe bestuurder de vordering ex art. 2:9 BW tegen zijn medebestuurders kunnen instellen. De eerdergenoemde interpersoonlijke verhoudingen en psychologische factoren zullen dan een minder grote rol spelen, aangezien de net aangestelde bestuurder de rest van het bestuur nog niet (goed) kent. De recente aanstelling zal er verder waarschijnlijk voor zorgen dat de nieuwe bestuurder zich kan disculperen via art. 2:9 lid 2 BW. Ook tussen de curator en het bestuur spelen interpersoonlijke verhoudingen en psychologische factoren logischerwijs een (veel) kleinere rol.

Met andere woorden: dat een bestuurder over zichzelf moet klagen, is slechts een van de vele situaties die van toepassing kunnen zijn binnen deze context – en zelfs die situatie kan *de facto* meerdere klagers inhouden, bijvoorbeeld bij de rechtspersoon-bestuurder met meer dan één zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegde. Daarom vind ik het geen goede reden om geheel van toepassing van de klachtplicht af te zien.

Uiteraard zou de klachtplicht niet ten dienste mogen staan van de schuldenaar die (indirect) over zichzelf had moeten klagen. Er zijn denk ik twee aanvaardbare opties mogelijk, die geen ingrijpen van de wetgever vereisen en dit probleem kunnen oplossen. De eerste optie is analoge toepassing van art. 3:321 BW (exclusief art. 3:320 BW). In art. 3:321 BW staan de gronden voor verlenging van de verjaring, waaronder in lid 1 sub d de relatie tussen de bestuurder en de rechtspersoon.<sup>73</sup> Als alleen deze bepaling analoog wordt toegepast, wordt de klachttermijn verlengd en is het aan de rechter om binnen het flexibele karakter van de klachtplicht te bepalen in hoeverre deze wordt verlengd. Een andere optie zonder ingrijpen van de wetgever is dat het beroep op de klachtplicht van een bestuurder die over zichzelf had moeten klagen niet aan, bijvoorbeeld, de curator kan worden tegengeworpen door de (beperkende werking van de) redelijkheid en billijkheid.

## 6 Conclusie

Ik concludeer dat toepassing van de klachtplicht op de vordering ex art. 2:9 BW juridisch goed verdedigbaar was geweest. Dat baseer ik onder andere op de ratio van de klachtplicht, de plaatsing in de wet en de (tot april 2024) door de Hoge Raad uitgezette lijn in dit kader. De Hoge Raad is het daarmee niet eens. De klachtplicht is voortaan niet van toepassing op de vordering ex art. 2:9 BW. Waar in het Koningslied de W van Willem en grote rol speelde, was dat voor de Hoge Raad nu de W van wetsuitleg. Ik heb hiervoor uitgewerkt dat ik niet helemaal kan volgen waarom. Bij een redelijke wetsuitleg zou overigens ook de maatschappelijke wenselijkheid van de toepassing van de klachtplicht kunnen worden betrokken. De

klachtplicht maakt het lastiger om bestuurders ter verantwoording te roepen en beschermt hun bewijspositie. Een interessante vraag is of we dat zouden willen als maatschappij. Maar het antwoord daarop is niet meer relevant. De klachtplicht bij bestuursaansprakelijkheid is – samen met mijn masterscriptie – verleden tijd.

Ik vind dat jammer. Toepassing van de klachtplicht op bestuursaansprakelijkheid had best een functie kunnen hebben. Een van de doelen van de klachtplicht is bescherming van de bewijspositie van de schuldenaar. In de praktijk zijn veel soorten bewijs denkbaar – zoals het geheugen van de schuldenaar en getuigen, administratie en e-mails – die bij een verweer tegen een vordering ex art. 2:9 BW relevant zijn en in kwaliteit afnemen door tijdsverloop. De klachtplicht had een rol kunnen spelen om bestuurders tegen deze verslechtering te beschermen. Daarnaast zal de vordering ex art. 2:9 BW in de praktijk niet zelden door de curator worden ingezet. Faillissementen kunnen soms jaren duren en bestuurders zijn hierdoor vaak lang in onzekerheid. Toepassing van de klachtplicht had curatoren kunnen aanmoedigen om het onderzoek naar het faillissement op voortvarende wijze te laten plaatsvinden.

<sup>73</sup> Eventueel zou ook lid 1 sub f van art. 3:321 BW mogelijk kunnen zijn, al is het denk ik in de praktijk lastig te bewijzen dat (een) bestuurder(s) 'opzettelijk het bestaan van de schuld of de opeisbaarheid daarvan' verborgen houdt(t)(en).