

Woord vooraf

Het proefschrift van Karapetian over bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, dat door haar op 14 maart in Groningen is verdedigd, is een zeer welkome aanvulling van de serie Recht en Praktijk Insolventierecht. Het recht op dit thema ontwikkelt zich in de rechtspraak van geval tot geval met zo nu en dan bijsturing door de wetgever. Het is moeilijk om heldere lijnen uit wet en jurisprudentie te destilleren. Bestuurders verwachten echter juist in de moeilijke periode waarbij het voortbestaan van de vennootschap op het spel staat helder advies van hun juridische adviseurs over wat nog wel en niet toegestaan is.

Voor de juridisch adviseur is de taak ook niet makkelijker geworden. De Nederlandse en Europese wetgeving ontwikkelen zich enerzijds naar een meer reorganisatievriendelijk insolventierecht met minder strenge regels die het reorganiserend vermogen van vennootschappen moeten versterken. Anderzijds geven de wetgevers gehoor aan een brede wens betekenisvolle grenzen te stellen aan gemarchandeerd met rechtspersonen waarbij schuldeisers berooid achterblijven. Deze tweede ontwikkeling kenmerkt zich juist door strengere normen die zich bovenal op de bestuurders richten. Het strafrecht speelt daarbij ook een steeds grotere rol, zoals onder meer blijkt uit de in 2016 inwerking getreden herziening van de strafbaarstelling van faillissementsfraude, de in 2017 gepubliceerde Landelijke Leidraad ter afwikkeling van (fraude-)faillissementen en de blijvende aandacht van de Nederlandse wetgever voor de bankbreukdelicten en functionarissen betrokken bij opsporing daarvan (politie, OM, FIOD en belastingdienst). De tijd dat de juridisch adviseur zich kon beperken tot het privaatrecht in de advisering is daarmee voorgoed voorbij.

De grote kracht van het werk van Karapetian en de verdienste voor de praktijk is dat zij tot een geïntegreerde behandeling van de problematiek van verantwoordelijkheid van bestuurders van noodlijdende ondernemingen komt. Een van de belangrijke bijdragen van het werk van Karapetian aan de rechtswetenschap is dat de ontwikkeling van het strafrecht en het privaatrecht nauw op elkaar afgestemd blijven, zonder daarbij noodzakelijkerwijs te hoeven samenvallen. Geïntegreerd privaatrecht- en strafrechtonderzoek wordt zelden verricht en het is de verdienste van de auteur dat zij vanuit het perspectief van de onrechtmatige daad stap voor stap en norm voor norm de voor een vennootschapsbestuurder geldende normen ten opzichte van schuldeisers inzichtelijk maakt. Dat daarbij de verhouding van de

bestuurder met de schuldeisers van de in financiële problemen verkerende vennootschap centraal staat, maakt het onderzoek voor de wetenschap tot een aanwinst en voor de praktijk tot een heldere en bruikbare gids.

De Redactie
Mevr. mr. drs. C.M. Harmsen/Amsterdam
Prof. mr. R. J. de Weijs/Amsterdam
Prof. mr. B. Wessels/Dordrecht

Januari 2019

Inhoudsopgave

WOORD VOORAF		VII
LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN		XIX
1	INLEIDING	1
1.1	Inleiding en aanleiding tot het onderzoek	1
1.2	Onderzoeksmethode	4
1.3	Plan van behandeling	4
1.4	Terminologie	5
2	DE STRUCTUUR VAN DE BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID OP GROND VAN ART. 6:162 BW	7
2.1	Inleiding	7
2.2	Terug naar de basis	8
2.3	De ontwikkeling van de bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad	10
2.3.1	<i>Kretzschmar/Mendes de Leon</i> als omslagpunt	10
2.3.2	<i>Van de Riet/Hoffmann</i> en zijn kielzog	13
2.3.2.1	Algemeen	13
2.3.2.2	<i>Van de Riet/Hoffmann</i>	13
2.3.2.3	De overwegingen in <i>Van de Riet/Hoffmann</i>	15
2.3.2.4	Kritiek op het onderscheid primaire-secundaire aansprakelijkheid	20
2.3.2.5	‘Persoonlijk’ (ernstig) verwijt	21
2.3.2.6	<i>Van de Riet/Hoffmann</i> verhelderd	23
2.4	De problematiek van de hoedanigheid van de bestuurder	26
2.4.1	Wanneer handelt de bestuurder in hoedanigheid en de perceptie van de derde	26
2.4.2	Aansprakelijkheid vennootschap (rechtspersoon)	28
2.4.3	<i>Kretzschmar/Mendes de Leon</i> en de bestuurlijke taakvervulling	28
2.5	Het Engelse recht over de structuur van de bestuurdersaansprakelijkheid	29
2.5.1	Algemeen	29
2.5.2	De discussie aldaar	30
2.5.3	De problematiek van de hoedanigheid van de bestuurder in het Engelse recht	32

2.6	‘Voldoende ernstig verwijt’, ‘Ernstig verwijt’: verwijtbaarheidsmaatstaf of totaalconcept?	37
2.7	Het nut en de noodzaak van de eis van het ‘ernstig verwijt’	39
2.7.1	Algemeen	39
2.7.2	Het beleidsmatige argument	39
2.7.3	Het juridische argument	42
2.7.4	De ‘ernst’ van het verwijt in rechtspraak van de Hoge Raad	45
2.7.5	Algemene tussenconclusies	47
2.8	De aansprakelijkheid van de bestuurder in het systeem van art. 6:162 BW	48
2.8.1	Algemeen	48
2.8.2	Scholtens categorisering	48
2.8.2.1	Twee categorieën	48
2.8.2.2	De eerste categorie	49
2.8.2.3	De tweede categorie	55
2.9	Inbreuk op een subjectief recht van een derde door de bestuurder in het systeem van art. 6:162 lid 2 BW	57
2.10	Conclusie	59
3	DE STRUCTUUR VAN DE STRAFRECHTELIJKE AANSPRAKELIJKHEID VAN DE BESTURDER	61
3.1	Inleiding	61
3.2	Plegen en functioneel plegen	63
3.2.1	Algemeen	63
3.2.2	Functioneel plegen	66
3.2.3	De <i>IJzerdraad</i> -criteria en de vaststelling van functioneel daderschap	67
3.3	Daderschap van de rechtspersoon	71
3.3.1	Algemeen	71
3.3.2	Ontwikkelingsgeschiedenis	71
3.3.3	Het <i>Drijfmest</i> -arrest en de daderschapscriteria	73
3.3.4	De <i>IJzerdraad</i> -criteria en het daderschap van rechtspersonen	77
3.3.5	Opzet en schuld van de rechtspersoon	79
3.4	De deelnemingsvormen in het Wetboek van Strafrecht	80
3.4.1	Algemeen	80
3.4.2	Deelneming algemeen	80
3.4.3	Medeplegen	82
3.4.4	Doen plegen	84
3.4.5	Uitlokking	85
3.4.6	Medeplichtigheid	88
3.5	Opdracht geven tot en feitelijke leidinggeven aan	90
3.5.1	Algemeen	90
3.5.2	Opdracht geven	91
3.5.3	Feitelijke leidinggeven	91
3.6	Conclusie	97

4	AANSPRAKELIJKHEID VAN DE BESTUURDER IN BEKLAMEL-SITUATIES	99
4.1	Inleiding	99
4.2	Het belangenspectrum	99
4.3	De <i>Beklamel</i> -norm, bevestiging van de heersende leer	101
4.3.1	Rechtspraak vóór <i>Beklamel</i>	101
4.3.2	Het <i>Beklamel</i> -arrest	104
4.3.3	De voorzienbaarheid van de schade en de plaats van de bestuurdersaansprakelijkheid	106
4.4	Het aangaan van rechtshandelingen en de delicten van oplichting en flessentrekkerij	108
4.4.1	Relevantie van de strafbepalingen	108
4.4.2	De wetgever in 1886 over oplichting	109
4.4.3	De wetgever in 1926 over flessentrekkerij	111
4.4.4	De verhouding tussen oplichting en flessentrekkerij volgens de wetgever	113
4.5	Aangaan rechtshandelingen aangaande de koop van goederen: toepassing flessentrekkerij en oplichting	115
4.5.1	Algemeen	115
4.5.2	Flessentrekkerij	115
4.5.3	Oplichting	118
4.5.3.1	Toepassingsbereik	118
4.5.3.2	De oplichtingsmiddelen	120
4.5.3.3	‘Fraudulent representation’ volgens de Engelse Fraud Act 2006	128
4.5.3.4	‘Fraudulent trading’ volgens art. 993 Companies Act 2006 en art. 213 IA 1986	131
4.5.3.5	De overige bestanddelen van oplichting naar Nederlands recht	133
4.6	Deelneming aan flessentrekkerij en oplichting	137
4.6.1	Algemeen	137
4.6.2	Feitelijke leidinggeven aan oplichting of flessentrekkerij door de rechtspersoon	137
4.6.3	Functioneel daderschap van de bestuurder van door anderen gepleegde oplichting of flessentrekkerij	139
4.6.4	Aansprakelijkheid voor het handelen van de medebestuurder	140
4.7	De <i>Beklamel</i> -norm in het licht van de strafrechtelijke bepalingen	143
4.7.1	De normering van het handelen van de bestuurder ten opzichte van de contracterende schuldeiser	143
4.7.2	Een zorgvuldigheidsnorm ten opzichte van bestaande schuldeisers?	144
4.8	Schadevergoeding	149
4.8.1	Algemeen	149
4.8.2	<i>Kloosterbrink/Eurocommerce</i>	150
4.8.3	De <i>Beklamel</i> -norm van de Hoge Raad en schadevergoeding	155
4.9	Conclusie	158

5	AANSPRAKELIJKHEID VAN DE BESTURDER BUITEN OPLICHTING EN FLESSENTREKKERIJ	159
5.1	Inleiding	159
5.2	De zorgvuldigheidsnorm buiten oplichting en flessentrekkerij	160
5.3	Het doen van een onjuiste mededeling	161
5.3.1	Onjuiste mededelingen in de rechtspraak aangaande bestuurders	161
5.3.2	Informatieplichten in civilibus	162
5.3.3	De ‘tort of deceit’ als inspiratie	165
5.4	Engels recht	166
5.4.1	Aansprakelijkheid op grond van de ‘tort of deceit’	166
5.4.2	‘Tort of deceit’: vereisten	167
5.4.3	<i>RCI Financial Services/Kastrop</i> : een geval van ‘deceit’?	168
5.4.4	Vervolg: uitlatingen over de kredietwaardigheid van de vennootschap ‘deceitful’?	170
5.5	De onware mededeling naar Nederlands recht	173
5.5.1	Algemeen	173
5.5.2	Onrechtmatig handelen van professionele dienstverleners jegens derden	173
5.5.3	<i>Van Ittersum/Rabobank</i>	176
5.5.4	Het algemene karakter van zorgvuldigheidseisen bij professionele beroepsbeoefenaren	179
5.5.5	Civielrechtelijke gevolgen van de leugen volgens Houwing	179
5.5.6	Het beginsel ‘gij zult een ander niet op het foute been zetten’	180
5.5.7	De norm voor de bestuurder bij informatie over de onderneming	181
5.5.8	Verschillende mededelingen	183
5.5.8.1	Algemeen	183
5.5.8.2	Noodzaak tot externe financiering	184
5.5.9	Een strikte norm	186
5.6	Nalatige mededelingen en de zorgvuldigheidsnorm voor de bestuurder	187
5.6.1	Onderscheid tussen weten en behoren te weten	187
5.6.2	Informatie over de kredietwaardigheid van de onderneming en de functie van de bestuurder	188
5.6.3	Wat de bestuurder ‘behoorde te weten’ jegens de schuldeiser	190
5.6.4	‘Negligent misstatements’ naar Engels recht	191
5.6.4.1	Algemeen	191
5.6.4.2	<i>Hedley Byrne v Heller</i>	191
5.6.4.3	Het leerstuk	192
5.6.4.4	‘Assumption of responsibility’: de gezichtspunten	194
5.6.4.5	‘Assumption of responsibility’: toepassing in de rechtspraak ten aanzien van bestuurders van vennootschappen	198
5.6.5	De gedragsnorm in het ‘behoren te weten’	200
5.6.5.1	Algemeen	200
5.6.5.2	Aard van de rechtsverhouding	201
5.6.5.3	Aard van de informatie	203
5.6.5.4	Aard van de betrokken belangen	203

5.7	‘Behoorde te weten dat de vennootschap niet of niet binnen een redelijke termijn aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de daardoor ontstane schade’; de omstandigheden	204
5.7.1	Algemeen	204
5.7.2	Relevante omstandigheden in de <i>Beklamel</i> -rechtspraak	205
5.7.3	‘Wrongful trading’	206
5.7.3.1	Algemeen	206
5.7.3.2	De aansprakelijkheidstoets	207
5.7.3.3	Omstandigheden	208
5.7.4	Wanneer behoort de bestuurder te weten dat niet kan worden nagekomen en geen verhaal mogelijk is?	210
5.8	Mededelingen die niet onjuist of onvolledig zijn, maar die een bepaald vertrouwen wekken	210
5.8.1	Algemeen	210
5.8.2	<i>NBM/Securicor</i>	211
5.8.3	<i>Zandvliet/ING</i>	212
5.8.4	<i>Hanzevast Beleggingen/G4</i>	213
5.8.5	Opgewekt vertrouwen als norm	215
5.9	Het (opzettelijk) verzwijgen van informatie	216
5.9.1	Verzwijgen van informatie over de onderneming	216
5.9.2	De Engelse Fraud Act 2006 en het delict ‘failing to disclose information’	216
5.9.3	Voorstel tot uitbreiding	217
5.9.4	De verzwijging naar huidig Engels recht	218
5.9.5	De <i>Beklamel</i> -norm: een ongeoorloofd zwijgen	219
5.9.6	Mededelingsplicht van de bestuurder	220
5.10	Conclusie	228
6	RECHTVAARDIGINGS- EN DISCULPATIEGRONDEN BIJ HET VERRICHTEN VAN RECHTSHANDELINGEN NAMENS DE VENNOOTSCHAP	229
6.1	Inleiding	229
6.2	Woord vooraf over theoretische inbedding rechtvaardigings- en disculpatiegronden in art. 6:162 BW	230
6.3	Rechtvaardigingsgronden	235
6.3.1	Algemeen	235
6.3.2	Omstandigheden die het gedrag van de bestuurder kunnen rechtvaardigen	235
6.3.2.1	De aanwezige belangen	235
6.3.2.2	Voorbeeld	236
6.3.3	Noodtoestand	236
6.3.3.1	Een analyse	236
6.3.3.2	Voorbeelden van andere omstandigheden	239
6.3.3.3	Rationale voor rechtvaardiging van het handelen van de bestuurder en uitzondering	240

6.4	Behoud van de onderneming en de werkgelegenheid als rechtvaardigingsgrond	242
6.4.1	Algemeen	242
6.4.2	Maatschappelijke belangen bij onjuiste mededelingen en onrechtmatige verzwijgingen	243
6.4.3	Maatschappelijke belangen in art. 6:168 BW	244
6.5	Maatschappelijke belangen en zorgvuldigheid	245
6.5.1	Onevenwichtigheid in de belangenafweging	245
6.5.2	Noodtoestand en maatschappelijke belangen	246
6.5.3	Noodtoestand naar Engels recht	248
6.5.4	Noodtoestand naar Nederlands recht, vervolg	249
6.5.4.1	Een conflict van plichten	249
6.5.4.2	De norm van het vennootschappelijk belang	251
6.5.4.3	Proportioneel en subsidiair	255
6.6	Aansprakelijkheid buiten de <i>Beklamel</i> -norm en maatschappelijke belangen	259
6.6.1	Algemeen	259
6.6.2	De intrede van maatschappelijke belangen in het insolventie- en aansprakelijkheidsrecht	260
6.7	Bewust de schuldeiser aan het risico van insolventie blootstellen voor het maatschappelijk belang: gerechtvaardigd?	261
6.7.1	De rechtvaardiging	261
6.7.2	Een redelijke kans op behoud van de onderneming in Engeland en Australië	262
6.7.2.1	De Engelse regeling van ‘wrongful trading’	262
6.7.2.2	De Australische regeling van ‘insolvent trading’	263
6.7.2.3	Uitwerking van de toets van ‘een redelijke kans op behoud van de onderneming’	266
6.7.2.4	Hoofdregel – rechtvaardigingsgrond bij schending ervan	269
6.8	Disculpatiegronden	270
6.8.1	Algemeen	270
6.8.2	Dwaling in de feiten: het civielrechtelijke kader	271
6.8.3	Dwaling in de feiten en onbehoorlijke taakvervulling	274
6.8.3.1	Dwaling bij art. 2:9 BW en art. 2:355 BW	274
6.8.3.2	Dwaling in het kader van art. 2:248 BW	276
6.9	Dwaling: het strafrechtelijke kader	278
6.9.1	Algemeen	278
6.9.2	Gezichtspunten in het strafrechtelijke kader	281
6.10	De bestuurder die vertrouwt op onjuiste informatie over de financiële toestand: verontschuldigbaar?	282
6.10.1	Algemeen	282
6.10.2	De gezichtspunten toegepast	283
6.11	Conclusie	286

7	BEVOORDELING VAN SCHULDEISERS IN HET WETBOEK VAN STRAFRECHT	289
7.1	Inleiding	289
7.2	Algemene opmerkingen	290
7.2.1	<i>Pacta sunt servanda</i> en <i>paritas creditorum</i>	290
7.2.2	Selectieve betalingen door de bestuurder	291
7.3	Geschiedenis en strekking van de strafbare bevoordeling	293
7.4	Het bestanddeel ‘een tijdstip waarop hij wist dat het faillissement niet kon worden voorkomen’ in de rechtspraak en commentaren	295
7.4.1	Uitleg door de Hoge Raad in 1891	295
7.4.2	Opvolgende rechtspraak	296
7.4.3	Artikel 6 van de Invoeringswet en de reikwijdte van de strafrechtelijke aansprakelijkheid	298
7.4.4	De strekking van de strafbare bevoordeling	299
7.5	Het Engelse recht over strafbare bevoordeling	300
7.5.1	Rechtspraak over ‘fraudulent preferences’	300
7.5.2	Het verrichten van een ‘preference’ is niet strafbaar	302
7.6	De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de bestuurder volgens art. 343 aanhef en onder 3 Sr	304
7.6.1	De strafbepaling	304
7.6.2	De eis dat het faillissement is ingetreden	304
7.6.3	Wederrechtelijke bevoordeling	305
7.6.3.1	De delictsgedraging	305
7.6.3.2	Bevoordelen door een nalaten?	307
7.6.3.3	Functioneel dader van een door de medebestuurder gepleegde bevoordelingsgedraging	309
7.6.3.4	Het bevoordelen van een bestaande schuldeiser	310
7.7	Het schrappen van het bestanddeel ‘op een tijdstip waarop hij wist dat het faillissement niet kon worden voorkomen’	312
7.7.1	Nieuwe redactie van art. 343 aanhef en onder 3 Sr	312
7.7.2	Hilverda’s opvatting over strafbare bevoordeling	312
7.8	De eis van een wederrechtelijke/paulianeuze bevoordeling	314
7.8.1	Algemeen	314
7.8.2	De achtergrond van het onderscheid in de Faillissementswet	315
7.8.3	Aansluiting van art. 343 aanhef en onder 3 Sr bij de Pauliana-structuur is dogmatisch onjuist	319
7.8.4	De interpretatie van ‘wederrechtelijk’ in art. 343 aanhef en onder 3 Sr	323
7.8.5	Uitleg van ‘wederrechtelijk’ volgens de parlementaire behandeling en bepleite uitleg	326
7.8.6	Vorbereide doorstarts vanuit het faillissement	327
7.8.6.1	De onvermijdelijkheid van het faillissement	327
7.8.6.2	De wederrechtelijkheid van betalingen bij voorbereide doorstarts vanuit faillissement	329
7.9	Het bestanddeel ‘wetende dat een of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden worden benadeeld’ in de bankbreukbepalingen: parallellen met het civiele recht	333

7.9.1	Algemeen	333
7.9.2	Beoordeling van een schuldeiser – de kwade trouw	334
7.9.2.1	De kwade trouw van Simons en reddingspogingen	334
7.9.3	De bestuurder die alle schuldeisers betaalt behalve één	335
7.10	De opzeteis	339
7.10.1	Algemeen	339
7.10.2	Het aanvaarden van een aanmerkelijke kans op (verhaals) benadeling van schuldeisers	339
7.10.2.1	Kritiek uit het civiele recht	339
7.10.2.2	Reactie op kritiek	340
7.10.3	De betekenis van het aanvaarden van een aanmerkelijke kans op verhaalsbenadeling	341
7.10.3.1	Redelijke mate van waarschijnlijkheid dat het faillissement met een tekort intreedt?	341
7.10.3.2	De ondergrens van de strafrechtelijke aansprakelijkheid	344
7.10.4	Het belang van het opzetbestanddeel bij art. 343 aanhef en onder 3 Sr	347
7.11	Conclusie	349
8	DE ZORGVULDIGHEIDSNORM VOOR DE BESTURDER BIJ BEVOORDELING VAN SCHULDEISERS	351
8.1	Inleiding	351
8.2	De rationale voor normstelling bij selectieve betalingen	352
8.2.1	Beperking van verhaalsmogelijkheden; handhaving van de <i>paritas creditorum</i> en de wettelijke rangorde	352
8.2.2	Andere belangen die in het geding zijn bij selectieve voldoening van schuldeisers	353
8.2.2.1	De Nederlandse faillissementspauliana en de Engelse regeling van ‘preferences’: ander vertrekpunt	353
8.2.2.2	Verschillende rationales voor ‘preference law’	354
8.2.2.3	Mogelijke invulling van de ‘preference’-regel: uitwerking van de rationales	357
8.3	Onrechtmatige selectieve betalingen	359
8.3.1	Algemeen	359
8.3.2	Het arrest <i>Coral/Stalt</i> en de opmaat naar de ontwikkeling van een leerstuk	360
8.3.2.1	Betaling aan gelieerde partijen	360
8.3.2.2	Selectieve betalingen aan andere schuldeisers	362
8.3.2.3	‘Weten of redelijkerwijze behoren te begrijpen dat de bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan opgetreden schade’ als norm voor onrechtmatige selectieve betalingen?	367
8.3.3	Bijzondere omstandigheden die selectieve betalingen rechtvaardigen	369
8.3.4	Schadevergoeding	370

8.4	Analyse van de stand van de rechtspraak	371
8.4.1	Algemeen	371
8.4.2	De hoedanigheid van de ontvanger van de betaling	371
8.4.3	De onvermijdelijkheid van het faillissement als aansprakelijkheidsmaatstaf	374
8.5	Een geïntegreerde benadering voor de beoordeling van de (on)rechtmatigheid van de bevoordeling van schuldeisers	382
8.5.1	De gedraging	382
8.5.2	Het nemen van een onaanvaardbaar risico als norm	384
8.5.3	Het nemen van een onaanvaardbaar risico – de uitwerking	386
8.6	Conclusie	390
9	FRUSTRATIE VAN ZEKERHEIDSRECHTEN	393
9.1	Inleiding	393
9.2	De plaats van de aansprakelijkheid in de rechtspraak van de Hoge Raad en illustratie van het gevaltype	394
9.2.1	Rechtspraak van de Hoge Raad	394
9.2.2	Illustratie van het gevaltype	397
9.3	Frustratie van het eigendomsvoorbehoud	400
9.3.1	Verduistering in de zin van art. 321 Sr	400
9.3.1.1	De strafbepaling	400
9.3.1.2	De bestanddelen van (opzettelijke en) wederrechtelijke toe-eigening	401
9.3.1.3	Frustratie van eigendomsvoorbehoud in de strafrechtelijke rechtspraak	404
9.3.1.4	Aansprakelijkheid van de medebestuurder	406
9.3.1.5	Aansprakelijkheid en schadevergoeding op grond van art. 6:162 BW	408
9.4	Maatschappelijke belangen en onbevoegde vervreemdingen	409
9.4.1	Algemeen	409
9.4.2	Maatschappelijke belangen en de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator	410
9.4.3	Frustratie van het eigendomsvoorbehoud naar Engels recht	413
9.4.4	De norm voor de bestuurder bij maatschappelijke belangen	415
9.5	Vervreemding in het kader van de normale bedrijfsuitoefening: zorgvuldigheidsnorm voor de bestuurder?	416
9.6	Frustratie van het pandrecht	417
9.6.1	Algemeen	417
9.6.2	Onttrekking aan pandrecht	418
9.6.2.1	De strafbepaling	418
9.6.2.2	Opzettelijk onttrekken aan het pandrecht	420
9.6.3	Frustratie van het pandrecht door de bestuurder	422
9.6.3.1	Onttrekking van een vorderingsrecht aan het pandrecht	422
9.6.3.2	Onttrekken van een zaak aan het pandrecht	424
9.6.3.3	Aansprakelijkheid en schadevergoeding op grond art. 6:162 BW	426
9.7	Conclusie	427

10	SLOTBESCHOUWING	429
	SAMENVATTING	437
	SUMMARY	443
	LITERATUURLIJST	447
	RECHTSPRAAKREGISTER	487
	TREFWOORDENREGISTER	499

1 | Inleiding

1.1 Inleiding en aanleiding tot het onderzoek

De verhouding tussen het civiele recht en het strafrecht heeft zich in het verleden door een zekere spanning gekenmerkt. Deze spanning komt beeldend tot uitdrukking in de parlementaire geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Enkele leden van de Commissie van Rapporteurs uit de Eerste Kamer der Staten-Generaal hadden over de noodzakelijkheid van een gehele vernieuwing van de strafwetgeving de bewering gedaan dat ‘aan de betekenis van het strafrecht veelal eene te hooge waarde wordt toegekend en dat een volk bijvoorbeeld veel grooter belang heeft bij eene voortreffelijke burgerlijke en handelswetgeving’.¹ De minister stelde hier van de weeromstuit tegenover: ‘Ongetwijfeld zijn er op het gebied van het privaatrecht tal van onderwerpen, die in schoonheid, diepte en belangrijkheid met het strafrecht gelijk staan – die namelijk waarbij (...) de goede zeden en openbare orde rechtstreeks betrokken zijn; van wier wettelijke regeling de burger juist daarom niet mag afwijken. (...) Maar overigens! Overigens is het publiek recht, bovenal het strafrecht, even ver verheven boven het privaatrecht, als de ideële goederen der menschheid verheven zijn boven de materiële belangen van het mensdom’.² Op eenzelfde strijdvaardige toon noemde de regering het de schoonste vrucht van de toenmalige wet op het hoger onderwijs ‘dat zij aan de aangemattigde, zoowel uit zedelijk als uit staatkundig oogpunt hoogst bedenkelijke, suprematie van het privaatrecht ook officieel een einde heeft gemaakt’.³

Hoewel de morele superioriteit van het civiele recht of het strafrecht in het rechtsgeleerde debat niet meer in gelijksoortige bewoordingen wordt bediscussieerd, wordt dikwijls wel aandacht besteed aan het verschil in wezenskenmerken tussen beide rechtsgebieden.⁴ De Hullu drukt het aldus uit dat het strafrecht zich vooral onderscheidt door ‘de sanctie die aan overtreding van de delictomschrijving kan worden verbonden, de doeleinden van sanctionering en de manier waarop en de organen waardoor die sanctie kan worden vastgesteld’.⁵ In het onrechtmatigedaadsrecht daarentegen zou het zwaartepunt liggen bij het herstel van het evenwicht tussen de dader en de benadeelde door schadeloosstelling van de benadeelde na de normschending.⁶

1 Smidt I, p. 22.

2 Smidt I, p. 23.

3 Smidt I, p. 24.

4 Zie Demeersseman 1985, p. 351-357 met verdere verwijzingen; Hol & Stolker 1995.

5 De Hullu 2018, p. 31.

Onverlet deze typering van de twee rechtsgebieden, zijn zij in elk geval in één opzicht onlosmakelijk met elkaar verbonden. De schending van een wettelijk voorschrift levert in de systematiek van art. 6:162 BW een onrechtmatigheid op. Mits de belangen waarin de gelaedeerde stelt te zijn geschonden bescherming vinden in het strafrechtelijke voorschrift, is met de vaststelling dat betrokkene een strafbaar feit heeft begaan, de normschending jegens de geleedeerde in het onrechtmatigedaadsrecht gegeven. Het onderwerp van deze dissertatie, de aansprakelijkheid van de vennootschapsbestuurder uit onrechtmatige daad wegens benadeling van schuldeisers, is bij uitstek een terrein waar het civiele recht en het strafrecht elkaar onvermijdelijk treffen en waar fricties op het niveau van de normstelling onwenselijk zijn.⁷

Het is veelzeggend dat in de civiele rechtspraak van de Hoge Raad in het arrest *Kretzschmar/Mendes de Leon* in 1927⁸ het kennelijk noodzakelijk was te overwegen dat de bestuurder van een kapitaalvennootschap persoonlijk een onrechtmatige daad kan plegen jegens een derde terwijl sinds 1886 in art. 342 en 343 Wetboek van Strafrecht aan de bestuurder gerichte normen waren gematerialiseerd die (onder meer) strekken tot bescherming van de belangen van schuldeisers. Dat de bestuurder ook een onrechtmatige daad kan plegen jegens een derde vloeide dus reeds voort uit het toenmalige art. 1401 BW (oud) volgens hetwelk schending van een wettelijk voorschrift een onrechtmatigheid opleverde.⁹ Zowel in het civiele recht als in het strafrecht bestaan normen die de bestuurder op straffe van aansprakelijkheid in acht moet nemen ten opzichte van de schuldeisers van de vennootschap wanneer deze in financiële moeilijkheden belandt. Een gebrek aan kennis en onduidelijkheid over de geldende normen is niet alleen problematisch vanuit het oogpunt van rechtszekerheid, maar ook indien wordt bedacht dat dit in potentie maatschappelijk-economische gevolgen kan hebben.

In het civiele recht is meermalen aandacht gevraagd voor de onduidelijkheden rondom de normering van het gedrag van de bestuurder in de fase voor het faillissement.¹⁰ Een in maatschappelijke zin onwenselijk effect hiervan zou zijn dat bestuurders uit angst voor aansprakelijkheid vergaand risicomijdend gedrag vertonen als gevolg waarvan levensvatbare ondernemingen teloorgaan. Maatschappelijke belangen als behoud van de onderneming en de daarmee verbonden werkgelegenheid zouden daarmee worden ondermijnd. In recent empirisch onderzoek is een correlatie vastgesteld tussen de angst voor aansprakelijkheid (en het in reactie daarop vertonen van defensief gedrag) en een als zodanig gepercipieerde onbepaaldheid van de toepasselijke normen.¹¹

6 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV, 2015, nr. 6. Vgl. De Hullu 2018, p. 31.

7 Vgl. De Hullu 2018, p. 37, die stelt dat op het gebied van de verantwoordelijkheid en de aansprakelijkheid van functionarissen en rechtspersonen 'regelmatig harmonie' tussen de rechtsgebieden zal worden nastreefd.

8 HR 25 november 1927, *NJ* 1928/364.

9 Artikel 1401 BW is het huidige art. 6:162 BW. Artikel 1401 BW luidde: 'Elke onrechtmatige daad, waardoor aan een ander schade wordt toegebracht, stelt dengenen door wiens schuld die schade veroorzaakt is in de verplichting om dezelve te vergoeden'. Onrechtmatigheid omvatte in de tweede helft van de 19^e eeuw eerst en vooral de schending van de wet ('onwetmatigheid'). Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 39 met verdere verwijzingen.

10 Zie m.n. Kroeze 2005; Van Hees 2018.

11 Pham 2017, p. 36-40.

Het onderhavige onderzoek beoogt de voor de bestuurder geldende normen ten opzichte van schuldeisers inzichtelijk te maken. Daartoe is de volgende onderzoeksvraag geformuleerd: welke normen rusten op de bestuurder persoonlijk in verhouding tot de schuldeisers van de vennootschap die financiële problemen ondervindt?

In het onderzoek staan twee gevaltypes gedragingen van de bestuurder centraal. Het betreft het verrichten van rechtshandelingen namens de vennootschap en het frustreren van nakoming van verplichtingen die op de vennootschap rusten. Hoewel de meeste gevallen van schuldeisersbenadeling zich in deze categorisering laten inpassen, kunnen zich gevallen voordoen die binnen de probleemstelling van dit onderzoek vallen, maar die niet (of niet even uitvoerig) worden behandeld. Onrechtmatige daden bestaan in alle soorten en maten. In het kader van dit onderzoek is ervoor gekozen om de genoemde gevaltypes te behandelen. De eerste reden hiervoor is dat binnen deze gevaltypes gedragingen kunnen worden ondergebracht die veel voorkomen in de praktijk. In de tweede plaats geldt dat bij de inhoudbepaling van normen voor bestuurders de meeste vragen en onduidelijkheden zich voordoen bij de gedragingen die onder de desbetreffende gevaltypes kunnen worden geschaard. Gedacht kan worden aan vragen als: onder welke omstandigheden dient de bestuurder informatie over de vermogenstoestand van de vennootschap te delen met de schuldeiser; in hoeverre heeft de bestuurder de vrijheid om schuldeisers van de vennootschap naar believen te voldoen bij financiële tegenslag en onder welke omstandigheden mag de bestuurder namens de vennootschap beschikken over goederen van de vennootschap waarop zekerheidsrechten van schuldeisers rusten. Ter beantwoording van de onderzoeksvraag worden het civielrechtelijke normenstelsel op grond van onrechtmatige daad en strafrechtelijke normen uit het Wetboek van Strafrecht in onderlinge samenhang bestudeerd.

Bij de beoordeling van normen voor bestuurders van insolvente vennootschappen kunnen ruwweg twee belangen worden geïdentificeerd die zich in een spanningsveld bevinden. Het betreft het belang van de schuldeisers die geconfronteerd kunnen worden met een insolvente schuldenaar enerzijds en het maatschappelijk belang van behoud van de onderneming en de daarmee gepaard gaande werkgelegenheid anderzijds. De bestudering van de normen die in dit onderzoek centraal staan geschiedt daarom tegen de achtergrond van twee normatieve vraagstellingen, te weten enerzijds of de normen voldoende bescherming bieden aan de belangen van de schuldeisers en anderzijds of daarin voldoende ruimte bestaat om tegemoet te komen aan maatschappelijke belangen van behoud van de onderneming en de werkgelegenheid. De afweging van de argumenten bij de normen die in het geding zijn, geschiedt telkens in het licht van deze normatieve vraagstellingen.

1.2 Onderzoeksmethode

Het onderzoek dat in dit proefschrift is uitgevoerd, kan worden gekarakteriseerd als juridisch-dogmatisch.¹² Door middel van bestudering en interpretatie van de wet, rechtspraak en literatuur is getracht het normenkader voor de bestuurder in kaart te brengen. Daarbij is nagestreefd het geldende recht over het voetlicht te brengen als een coherent en consistent geheel van begrippen waarbij tegenstellingen worden blootgelegd en de bestaande regels en gevallen worden gecategoriseerd.¹³ Het theoretische kader van het onderzoek wordt gevormd door het leerstuk van de onrechtmatige daad. De strafrechtelijke normen die aan de orde worden gesteld, dienen ertoe de gedragingen van de bestuurder in specifieke situaties te beoordelen in het licht van zijn aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad. De vraag of de bestuurder bij het verrichten van die gedragingen een norm schendt jegens de schuldeisers, staat bij de bespreking van de strafrechtelijke normen aldus centraal. In het onderzoek is gebruik gemaakt van inzichten uit het Engelse recht. De rechtsvergelijking met Engeland is functioneel van aard en staat ten dienste van de begripsvorming voor het Nederlandse recht. Om die reden ontbreekt een integrale weergave van het geldende Engelse recht in afzonderlijke hoofdstukken, maar is ervoor gekozen om voor het onderzoek belangwekkende zienswijzen doorlopend en verweven met de op het Nederlandse recht afgestemde thematisering te bespreken. In het verlengde van de gekozen methode van rechtsvergelijking dient het Engelse recht afwisselend tot inspiratie voor het Nederlandse recht, tot verheldering van de begripsvorming in het Nederlandse recht en soms ter ondersteuning van ingenomen standpunten. Over de keus voor het Engelse recht kan worden vermeld dat zij is ingegeven door de omstandigheid dat daarin geen algemene op art. 6:162 BW gelijkende bepaling bestaat voor aansprakelijkheid. De aansprakelijkheid van de bestuurder wegens schuldeisersbenadeling krijgt aldaar invulling door toetsing van het gedrag van de bestuurder aan specifieke wettelijke en in de rechtspraak tot stand gekomen aansprakelijkheidsnormen (de zogeheten ‘torts’). Deze structuur van de aansprakelijkheid is aansprekend voor het onderhavige onderzoek omdat hierin de specifieke, aan de bestuurder geadresseerde norm centraal staat.

1.3 Plan van behandeling

Dit proefschrift bestaat inclusief deze inleiding uit negen hoofdstukken en een slotbeschouwing. In de eerste twee hoofdstukken na deze inleiding wordt aandacht besteed aan de structuur van de aansprakelijkheid van de bestuurder in het civiele recht en het strafrecht. In hoofdstuk 2 wordt de civielrechtelijke structuur van de aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad besproken en in hoofdstuk 3 staat de strafrechtelijke aansprakelijkheidsstructuur centraal. In het vervolg van het

12 Asser/Vranken, Algemeen deel **** 2014, nr. 8 e.v.; Westerman & Wissink 2008.

13 Smits, p. 36; Vgl. Herweijer 2003, p. 55-56.

proefschrift worden ten aanzien van de reeds genoemde gevaltypes van gedragingen de normen bestudeerd die op de bestuurder persoonlijk rusten. In hoofdstuk 4 en 5 gaat de aandacht uit naar het eerste gevaltype, namelijk het verrichten van rechtshandelingen namens de vennootschap. Daarbij wordt in hoofdstuk 4 aan de hand van de delicten van oplichting (art. 326 Sr) en flessentrekkerij (art. 326a Sr) het strafrechtelijke kader onderzocht. Aansluitend worden in hoofdstuk 5 de civielrechtelijke normen verkend, die verder kunnen strekken dan de strafbepalingen. In hoofdstuk 6 wordt behandeld welke rechtvaardigings- en disculpatiegronden de bestuurder kan invoeren indien hem wordt verweten de in de hoofdstukken 4 en 5 besproken normen te hebben geschonden. Hoofdstuk 6 neemt als feitelijk kader het eerste gevaltype gedragingen tot uitgangspunt, maar de conclusies die daar worden getrokken, vinden evenzeer toepassing bij de andere gedragingen die in het vervolg onder de loep worden genomen. In de hoofdstukken 7, 8 en 9 staat het tweede gevaltype gedragingen centraal: de frustratie van nakoming. Hoofdstuk 7 en 8 handelen over gedragingen van de bestuurder die tot gevolg hebben dat één of meer schuldeisers van de vennootschap worden bevoordeeld ten nadele van de overige schuldeisers. De toepasselijke strafbepaling komt in hoofdstuk 7 aan bod en in hoofdstuk 8 wordt het leerstuk van selectieve betalingen naar civiel recht besproken. In hoofdstuk 9, tot slot, wordt de frustratie van zekerheidsrechten aan de orde gesteld. Aan de hand van de strafbepalingen inzake verduistering (art. 321 Sr) en onttrekking aan pandrecht (art. 348 Sr) wordt verkend onder welke omstandigheden de bestuurder aansprakelijk is indien hij de uitoefening van een eigendomsvoorbehoud of een pandrecht belet. Tot slot volgt een beschouwing waarin wordt gereflecteerd op een aantal thema's dat in dit onderzoek aan bod komt.

1.4 Terminologie

Hoewel de meeste conclusies in dit onderzoek betrekking hebben op bestuurders van rechtspersonen ongeacht de rechtsvorm, is de kapitaalvennootschap als uitgangspunt genomen. De begrippen vennootschap, schuldenaar-vennootschap en onderneming worden, tenzij anders aangegeven, als inwisselbaar gebruikt. Sinds de inwerkingtreding van de Wet herziening strafbaarstellingen faillissementsfraude in juli 2016 is het begrip (bedrieglijke) bankbreuk uit het Wetboek van Strafrecht geschrapt. Vanwege de gangbaarheid van het begrip en deels ook door de verbeeldende kracht die ervan uitgaat, zal de term bankbreuk in dit onderzoek worden aangehouden.

