

GESCHRIFTEN VANWEGE DE VERENIGING CORPORATE LITIGATION 2024-2025

Onder redactie van

Mr. drs. J. van Bakkum
Prof. mr. drs. C.M. Harmsen
Prof. mr. J.M. De Jongh
Prof. mr. B.M. Katan
Prof. mr. T. Salemink
Mr. Ph.W. Schreurs
Mr. dr. K. Spruitenburg

INHOUDSOPGAVE

Een gezamenlijk voorwoord / XVII

DEEL I - KRONIEKEN

1

Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid 2024 / 3

Mr. D.G.J. Heems, mr. N. Koudsi en mr. R. van Dijken

- 1 Inleiding / 3
- 2 Algemene ontwikkelingen / 4
 - 2.1 Inleiding / 4
 - 2.2 ESG / 5
 - 2.2.1 Ontwikkelingen volgen elkaar snel op / 5
 - 2.3 Cybersecurity: NIS 2-richtlijn / 7
 - 2.4 Richtlijn harmonisatie insolventierecht / 8
- 3 Interne aansprakelijkheid / 9
 - 3.1 Inleiding / 9
 - 3.2 De norm / 9
 - 3.3 De maatman-bestuurder / 11
 - 3.4 Handelen in strijd met statuten / 12
 - 3.5 Collectieve aansprakelijkheid, disculpatie / 13
 - 3.6 Tegenstrijdig belang / 14
 - 3.7 Wel wanbeleid, geen aansprakelijkheid / 16
 - 3.8 Decharge / 17
 - 3.9 De klachtplicht en verjaring / 18
- 4 Externe aansprakelijkheid – artikel 6:162 BW / 20
 - 4.1 Inleiding / 20
 - 4.2 Vooraf: de hoedanigheid van bestuurder / 20
 - 4.2.1 Andere hoedanigheden / 20
 - 4.2.2 Feitelijk beleidsbepaler / 22
 - 4.3 De 'hoofdcategorieën' uit *Ontvanger/Roelofsen* / 23
 - 4.3.1 Inleiding / 23
 - 4.3.2 Peilmoment wetenschap bestuurder / 23
 - 4.3.3 Wetenschap bij schuldeiser van financiële moeilijkheden / 25

	4.4	Schadeomvang bij Beklamelnormschending en verhaalsfrustratie / 27
	4.5	Selectieve betaling en betalingsonwil / 28
	4.6	Onrechtmatige daad in groepsverband / 30
	4.7	Misbruik van rechtspersoonlijkheid/vereenzelviging / 31
	4.8	Turboliquidatie / 32
	4.9	Peeters/Gatzen-vordering / 33
	4.10	Bestuurdersaansprakelijkheid jegens de staat / 34
5		Aansprakelijkheid in faillissement – artikel 2:138 en 2:248 BW / 35
	5.1	Inleiding / 35
	5.2	Bestuurders en feitelijk beleidsbepalers / 36
	5.3	Wanneer is sprake van kennelijk onbehoorlijk bestuur? / 38
	5.4	De bewijsvermoedens uit lid 2 / 41
	5.4.1	Deponeringsplicht / 41
	5.4.2	Administratieplicht / 42
	5.5	Onbehoorlijk bestuur als belangrijke oorzaak van het faillissement / 44
	5.6	De driejaarstermijn / 46
	5.7	Matiging / 47
	5.8	Verjaring en rechtsverwerking / 48
	5.9	Hoofdelijke aansprakelijkheid en draagplicht / 49
	5.10	Wettelijke rente / 50
	5.11	Procesrechtelijke perikelen artikel 2:248 BW-procedures / 50
	5.11.1	Bewijsperikelen / 50
	5.11.2	Het grievensstelsel / 51
	5.11.3	Een voorschot / 51
	5.11.4	Uitvoerbaar bij voorraad / 52
	5.11.5	Vrijwaringsincidenten / 53
	5.12	Artikel 2:248 BW buiten een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure / 55
6		IPR-aspecten bestuurdersaansprakelijkheid / 57
	6.1	Kort overzicht relevante IPR-regels / 57
	6.1.1	Rechtsmacht en toepasselijk recht bij aansprakelijkstelling van bestuurders door de curator van een Nederlandse vennootschap / 57
	6.1.2	Rechtsmacht in andere gevallen / 58
	6.1.3	Toepasselijk recht in andere gevallen / 59
	6.2	Bestuurdersaansprakelijkheidsprocedures op grond van artikel 2:248 BW / 59
	6.3	Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW / 61
	6.4	Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van 2:9 BW / 63
7		Artikel 23 Wet Bpf en artikel 36 Invorderingswet 1990 / 63
	7.1	Inleiding / 63
	7.2	Artikel 23 Wet Bpf / 64
	7.3	Artikel 36 Invorderingswet 1990 / 65
	7.3.1	Doorlopende melding / 65
	7.3.2	Verlenging verjaringstermijn / 66

	7.3.3	De melding betalingsonmacht en het nationale en Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel / 67
	7.3.4	Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad / 69
8		Tot slot / 69
2		
Kroniek Enquêterecht 2024 / 71		
<i>Mr. M.H.J. van Rest en mr. drs. S.S. van Dam</i>		
1		Inleiding / 71
2		Kwantitatief overzicht / 71
	2.1	Proloog / 71
	2.2	Beschikkingen Hoge Raad / 72
	2.3	Beschikkingen Ondernemingskamer / 72
	2.3.1	Enquêteverzoeken / 72
	2.3.2	Verzoeken tot vaststellen wanbeleid / 72
	2.3.3	Getroffen voorzieningen / 73
3		Formeel enquêterecht / 73
	3.1	Type rechtspersonen / 73
	3.2	Type verzoeker / 74
	3.3	Kenbaar maken bezwaren / 76
	3.4	Geschillen die buiten het toepassingsgebied van het enquêterecht vallen / 78
	3.5	Enquêtebevoegdheid / 79
	3.5.1	Buitenlandse vennootschappen / 79
	3.5.2	Concernenquête / 79
	3.5.3	Intrekking verzoek / 81
	3.5.4	Ontvankelijkheid: overig / 82
	3.6	Belanghebbenden / 84
	3.7	Onmiddellijke voorzieningen / 85
	3.8	Door de Ondernemingskamer benoemde functionarissen / 89
	3.8.1	Taakuitoefening / 90
	3.8.2	Beloning / 92
	3.8.3	Ontheffing / 93
	3.9	Mondelinge behandeling / 94
	3.10	Onderzoek / 94
	3.10.1	Werkwijze en positie van onderzoeker / 94
	3.10.2	Machtiging om mededelingen uit verslag te mogen doen / 97
	3.10.3	Kosten van onderzoek / 100
	3.10.4	Deponering onderzoeksverslag en inzage / 101
	3.11	Overige procedurele verwikkelingen / 102
4		Materieel enquêterecht: gegronde redenen / 103
	4.1	Impasse/verstoorde verhoudingen / 103
	4.2	Belangenverstrengeling en tegenstrijdig belang / 104
	4.3	Informatieverschaffing / 107

- 4.4 Vennootschapsbelang en art. 2:8 lid 1 BW / 109
- 4.5 Loyaliteitsverplichting van bestuurder / 111
- 4.6 Gebrekkige governance / 112
- 4.7 Belangenafweging / 114
- 4.8 Materieel enquêterecht: wanbeleid en voorzieningen na wanbeleid / 116
- 5 Afrondende opmerkingen / 118

3

Kroniek Caribische en Surinaamse ondernemingsrechtelijke geschillen 2019-2024 / 121

Mr. dr. K. Frielink

- 1 Inleiding / 121
- 2 Enquêterecht / 122
 - 2.1 De wettelijke regeling / 122
 - 2.2 Indirecte aandelenbelangen / 123
 - 2.3 Geen enquêtesubject / 124
 - 2.4 Gelasten enquête niet opportuun / 125
 - 2.5 Wel wanbeleid, geen voorzieningen / 128
 - 2.6 Voor wie ligt het onderzoeksverslag ter inzage? / 129
 - 2.7 Ontbinding van de vennootschap? / 131
- 3 Bestuurdersaansprakelijkheid / 132
 - 3.1 Inleiding / 132
 - 3.2 Verzekeraar versus een kleine supermarkt / 133
 - 3.3 Vereffening, bestuurdersaansprakelijkheid en matiging / 138
- 4 Meerderheids- en minderheidsaandeelhouders / 140
 - 4.1 Reikwijdte agenderingsrecht / 140
 - 4.2 Wie is de meerderheidsaandeelhouder? / 142
- 5 Uittreding / 143
- 6 Aandelen in een gemeenschap / 144
- 7 Elektronisch stemmen en vergaderen / 146
- 8 Overgang van onderneming / 147
- 9 Valt vermogen in de failliete boedel? / 148
- 10 Eigen onrechtmatige daad en eenheid van onderneming / 150

4

Kroniek uitkoop en geschillenregeling 2024 / 155

Mr. D.H. Tilanus en mr. S.W.B. Weerkamp

- 1 Inleiding / 155
- 2 Uitkoop / 155
 - 2.1 Algemeen / 155
 - 2.2 (Door) wie moet worden gedagvaard en hoe? / 157
 - 2.3 Peildatum / 157

2.4	Prijsbepaling / 162
2.4.1	Prijsbepaling met deskundigenbericht / 162
2.4.2	Prijsbepaling zonder deskundigenbericht / 165
2.5	Overig / 169
3	Geschillenregeling / 172
3.1	Algemeen / 172
3.2	De exclusieve bevoegdheid van de Ondernemingskamer in hoger beroep / 175
3.3	Samenhangende vorderingen / 176
3.4	Uitstoting / 178
3.5	Uittreding / 180
3.6	Artikel 2:342 BW / 187
3.7	Prijsbepaling en billijke verhoging / 188
3.8	Overig / 192
3.8.1	Herroeping/herziening deelvonnissen / 192
3.8.2	Verplichte prorogatie? / 193
3.8.3	Rechtswisseling / 195

5

Kroniek medezeggenschapsrecht 2024 / 197

Mr. dr. J. Kloostra

1	Inleiding / 197
2	Wetgeving- en beleidsontwikkelingen / 197
2.1	Europese ondernemingsraad / 197
2.2	Wetsontwerp Overgang van onderneming bij faillissement / 198
2.3	In 2024 aangekondigd voor 2025 / 199
3	Rechtspraak / 200
3.1	Medezeggenschapsstructuur / 200
3.2	Adviesrecht / 202
3.2.1	Adviesplichtig besluit of niet / 202
3.2.2	Redelijkheid besluit / 203
3.3	Instemmingsrecht / 206
3.3.1	Roosterwijzigingen / 206
3.3.2	Beloningssysteem / 207
3.4	Primaat vakbonden bij collectief onderhandelen / 210
4	Tot slot / 211

6

Kroniek collectieve acties en schikkingen 2024 / 213

Mr. G. Creijghton, mr. H.J. ter Meulen en mr. J. de Rooij

1	Inleiding / 213
2	Jurisprudentie WAMCA en art. 3:305a BW oude stijl / 214

2.1	Overzicht (inhoudelijk) afgedane WAMCA-zaken / 214
2.2	Bevoegdheid / 216
2.3	Temporele reikwijdte WAMCA / 220
2.4	Gelijksoortigheid van belangen / 223
2.5	Waarborgvereiste (I): representativiteit / 226
2.6	Waarborgvereiste (II): financiering en zeggenschap / 232
2.6.1	Middelenvereiste / 232
2.6.2	Zeggenschap externe financier / 233
2.6.3	Hoogte van de vergoeding externe financier / 236
2.6.4	Geen financiering door een concurrent / 238
2.7	Waarborgvereiste (III): inrichting en organisatie belangenorganisatie / 239
2.8	Toepassing van het verlicht ontvankelijkheidsregime / 240
2.9	Meerwaardevereiste: efficiëntie en effectiviteit / 242
2.10	Summierlijke ondeugdelijkheid en voldoende belang / 243
2.11	Exclusieve belangenbehartiger en opt-outperikelen / 246
2.12	Betrokkenheid andere procespartijen: latere belangenorganisaties, voeging en subjectieve cumulatie / 247
2.13	Collectieve belangenbehartiging bij schending van de AVG / 250
2.14	Proceshoedanigheid en gestelde belangen / 251
2.15	De WAMCA in hoger beroep / 253
2.16	Stuitende werking collectieve acties voor daarop aansluitende individuele rechtsvorderingen / 253
3	Alternatieve vormen van collectief procederen / 254
4	(Inter)nationale ontwikkelingen / 255
5	Afsluitende opmerkingen / 255

DEEL II - BIJDRAGEN

7

De geschillenregeling als afgedwongen overnameovereenkomst – onvrijwillige overnamebepalingen in de geschillenregeling / 259

Mr. Ph.W. Schreurs

1	Probleemstelling / 259
2	Wijzen waarop aandeelhouders uit elkaar kunnen gaan / 260
3	Het effect van bijkomende voorwaarden en beperkingen op de waarde van aandelen / 262
4	Wijzen waarop betrokkenen in een geschillenregelingsprocedure rekening kunnen houden met overname-onderwerpen / 263
5	Samenhangende resp. voorwaardelijke vorderingen / 265
6	De redelijkheid en billijkheid als grondslag voor onvrijwillige overnamebepalingen / 272
7	Uitgewerkte voorbeelden / 275
8	Alternatieve methodes / 286
9	Afronding en conclusie / 290

8

Doorwerking van EU-sancties in het ondernemingsrecht / 291

Mr. drs. S.M. Peek

- 1 Inleiding / 291
 - 1.1 Geopolitiek zet sancties in schijnwerpers / 291
 - 1.2 Sancties beïnvloeden commerciële rechtspraktijk / 292
- 2 Basisprincipes van sanctieregelgeving / 293
 - 2.1 Wie moeten sancties naleven? / 293
 - 2.2 Tegen wie zijn sancties gericht? / 294
 - 2.3 Eigendom en zeggenschap / 296
 - 2.4 Gebod tot bevrozing van tegoeden / 298
 - 2.5 Verbod tegoeden of economische middelen beschikbaar te stellen / 300
 - 2.6 Omzeiling van sancties / 301
 - 2.7 Sectorale sancties / 302
- 3 Recente voorbeelden uit de rechtspraak / 303
 - 3.1 Hof Amsterdam (OK) 15 juli 2022 (Shell/Cicerone c.s.) / 303
 - 3.1.1 Uitspraak over noodzaakfinanciering, emissie van aandelen, onmiddellijke voorzieningen / 303
 - 3.1.2 Overwegingen / 305
 - 3.2 Hof Amsterdam (OK) 26 november 2024 (Shell/Todwick) / 307
 - 3.2.1 Uitspraak over uitkoopprocedure en overdracht van aandelen middels consignatie / 307
 - 3.2.2 Overwegingen / 309
 - 3.3 HR 19 april 2024 (SBK/Fortenova) / 311
 - 3.3.1 Uitspraak over vergader- en stemrechten op bevroren certificaten van aandelen / 311
 - 3.3.2 Overwegingen / 312
 - 3.4 Hof Amsterdam (OK) 13 januari 2023 (SBK/Fortenova) / 315
 - 3.4.1 Uitspraak over enquêteverzoek, belangenafweging, discretionaire bevoegdheid van OK / 315
 - 3.4.2 Overwegingen / 316
 - 3.5 Hof Amsterdam 5 juli 2024 (SBK/Fortenova) / 318
 - 3.5.1 Uitspraak over herstructurering in verband met door sancties geraakte certificaathouder / 318
 - 3.5.2 Overwegingen / 320
- 4 Conclusie / 322

9

Quilten voor gevorderden / 325

Mr. M.E.C. Lok

- 1 Inleiding / 325
- 2 De doeleinden van het enquêterecht vs. de doeleinden van de WHOA / 326

3	Appels en peren! (toch?): de procedures van de WHOA en het enquêterecht / 327
4	Het tijdsvlak waarbinnen de procedures kunnen worden ingesteld / 330
4.1	Als de zon schijnt / 330
4.2	The shareholder takes it all vs. the shareholder is left with none: als voorzienbaar is dat schulden onbetaald blijven / 330
4.2.1	Aandeelhouders binnen de WHOA: beperkte rechten, veel invloed? / 331
4.2.2	Herstructurering van het aandelenkapitaal via noodzaakfinanciering bij de Ondernemingskamer / 333
4.3	Too late to apologise: kan het te laat zijn voor de genoemde herstructureringsinstrumenten? / 335
5	Samenloop enquêteprocedure en WHOA: is een gelijktijdige aanvang mogelijk? / 336
6	Tijdelijke voorzieningen: staat exclusieve bevoegdheid hieraan in de weg? / 339
7	Tijdelijke voorzieningen: mogelijkheden tot aanpassing en beperking van rechten / 340
7.1	Wie heeft de macht? Een verschil in perspectief / 340
7.2	Ondernemingskamer: geen automatische beperking, wel vergaande onmiddellijke voorzieningen / 342
7.3	WHOA: automatische beperkingen plus potentieel (te) vergaande voorzieningen / 344
7.3.1	Wijzigen van rechten via het akkoord door toepassing van art. 370 lid 1 Fw / 346
7.3.2	Beperken van verhaal via art. 376 lid 2 Fw / 346
7.3.3	De knuppel in het hoenderhok ofwel “go big or go home”: art. 379 Fw / 347
7.3.4	Mogelijkheden tot aanpassing van overeenkomsten via art. 373 Fw / 352
8	Pick 'n mix: samenloop van voorzieningen / 353
8.1	All bark and no bite? De mate waarin voorzieningen elkaar bijten / 353
8.2	Hoe kunnen deze procedures elkaar ondersteunen? / 356
9	Het verkrijgen van transparantie via WHOA en enquête / 357
9.1	Een andere insteek, maar transparantie in beide gevallen voorop / 357
9.2	Heeft een enquête vanuit het transparantieperspectief zin als er een WHOA-traject loopt? / 358
9.3	Kan een enquête informatie boven tafel krijgen voor een WHOA-procedure of kan men dan beter bij de WHOA-rechter terecht? / 358
10	De wegpoets-WHOA – mogelijkheden om van (massa)aansprakelijkheden af te komen / 360
10.1	Massaschadeclaims / 361
10.2	Rode cijfers, groene vingers: de afwikkeling van milieuclaims via de WHOA / 363
11	Conclusie / 364

10

Wanbeleid en rechterlijk ingrijpen bij stichtingen / 367

Mr. L.H.K. Peereboom-Bogers, mr. W.B. Fonville en mr. drs. K.A.A. Limburg

- 1 Inleiding / 367
- 2 Vormen van wanbeleid / 369
- 3 Verzoekschriftprocedure ex artikel 2:298 BW / 370
 - 3.1 Inleiding / 370
 - 3.2 Artikel 2:298 BW vóór en na de invoering van de WBTR / 370
 - 3.3 Belanghebbendebegrip / 371
 - 3.4 Toepassing van de nieuwe ontslaggronden (vanaf 1 juli 2021) / 373
 - 3.4.1 Stichting Hulptroepenalliantie / 373
 - 3.4.2 Monumentenstichting Kasteel Oud-Wassenaar / 375
 - 3.4.3 Stichting Islamitische School Amsterdam / 376
 - 3.4.4 Stichting Bospop / 377
 - 3.4.5 Stichting Administratie Ter Continuering Huizenmaatschappij / 378
 - 3.4.6 Stichting Sea Shepherd Global / 380
 - 3.5 Tussenconclusie – de jurisprudentie vanaf 1 juli 2021 / 381
 - 3.6 Taken en bevoegdheden van een tijdelijke bestuurder / 382
- 4 Enquêteprocedure ex artikel 2:345 BW / 383
 - 4.1 Inleiding / 383
 - 4.2 Ontvankelijkheidseis bij stichting / 384
 - 4.3 Enquêtegerechtigden bij stichting / 387
 - 4.4 Voorzieningen / 388
 - 4.5 Toepassing van de enquêteprocedure op stichtingen / 388
 - 4.5.1 Stichting De Gelderhorst / 388
 - 4.5.2 Stichting pensioenfonds voor de Tandtechniek / 389
 - 4.5.3 SRK / 390
 - 4.5.4 Stichting Omroep Limburg / 391
 - 4.5.5 Stichting Reinier Haga Groep / 392
 - 4.6 Tussenconclusie / 392
- 5 Vergelijking / 393
 - 5.1 Inleiding / 393
 - 5.2 Toegang tot de procedures / 393
 - 5.3 Hoofddoel van de verzoeker / 394
 - 5.4 Voorlopige of onmiddellijke voorzieningen / 395
 - 5.5 Scope van het onderzoek / 395
 - 5.6 Gevolgen voor de betrokken stichting en functionarissen / 396
- 6 Conclusie / 397

11

Fiscale bestuurdersaansprakelijkheid: over bestuurders naar wie niet (meer) geluisterd wordt / 399

Mr. M.H. Visscher

- 1 Inleiding / 399
- 2 Art. 36 IW: (een wettelijk vermoeden van) kennelijk onbehoorlijk bestuur / 399
- 3 De kring van aansprakelijke (rechts)personen / 403
 - 3.1 Bestuurders in de zin van art. 36 IW / 403
 - 3.2 Gewezen bestuurders / 405
 - 3.3 (Mede)beleidsbepalers/feitelijke bestuurders / 405
 - 3.4 OK-bestuurders / 406
- 4 De Hoge Raad en het HvJ EU laten het wettelijk vermoeden ongemoeid / 408
- 5 Conclusie en aanbeveling / 410

DEEL III - VERENIGINGSAANGELEGENHEDEN

12

Verslag van de secretaris (Frans Overkleeft) / 413

DEEL IV - VERENIGINGSBIJEENKOMSTEN

13

De WHOA als herstructureringsinstrument / 419

Mr. dr. J.M.W. Pool

- 1 Introductie / 419
- 2 Doel van de WHOA / 420
 - 2.1 Bevorderen van het reorganiserend vermogen van ondernemingen in financiële moeilijkheden (reorganisatieakkoord) / 420
 - 2.2 Gecontroleerde afwikkeling buiten faillissement (liquidatieakkoord) / 420
 - 2.3 Verbetering positie MKB-schuldeisers / 421
- 3 De WHOA in vogelvlucht / 421
 - 3.1 Flexibele kaderregeling / 421
 - 3.2 Start van een WHOA-traject / 422
 - 3.2.1 Geen formeel startmoment; WHOA-toestand / 422
 - 3.2.2 Schuldenaar start een WHOA-traject / 423
 - 3.2.3 Stakeholder start een WHOA-traject / 423
 - 3.3 De voorbereiding van en stemming over het akkoord / 424
 - 3.3.1 Opstellen akkoord / 424
 - 3.3.2 Aanbieden akkoord / 425
 - 3.4 De vereisten voor homologatie door de rechter / 425
 - 3.4.1 Verzoek tot homologatie / 425
 - 3.4.2 Afwijzingsgronden / 426

- 4 Enkele bijzonderheden vanuit corporate-litigation-perspectief / 428
 - 4.1 Rechtsmiddelenverbod / 428
 - 4.2 WHOA-pool / 428
 - 4.3 Bevoegdheidsverdeling / 429
- 5 Tot slot / 429

14

De WHOA vanuit het perspectief van de rechter / 431

Mr. K.M. van Hassel

15

Pleidooi voor de onderhandse executie van het pandrecht / 437

Mr. D.G.J. Heems

- 1 Inleiding / 437
- 2 Complexiteit / 437
- 3 WHOA traject niet noodzakelijk als er nog geen betalingsverzuim is / 439
- 4 WHOA traject leidt tot grotere informatieverplichting / 440
- 5 Bescherming crediteuren / 440
- 6 Conclusie / 441

16

‘Samenhangende vorderingen’: een (dis)balans tussen procesefficiëntie en waarborgen? / 443

Mr. T.A.J. Zandbergen

- 1 Inleiding / 443
- 2 ‘Samenhangende vorderingen’? Zegt u het maar! / 445
 - 2.1 De ruime beoordelingsvrijheid van de Ondernemingskamer / 445
 - 2.2 Risico op rechtsonzekerheid en mogelijk arbitraire beslissingen / 445
 - 2.3 Grenzen aan samenhang: bestuurdersaansprakelijkheidsvorderingen / 446
- 3 De Ondernemingskamer als *onestopshop*; (g)een rechtvaardiging? / 447
- 4 De ‘splittingsmogelijkheid’ als (schijn)waarborg? / 449
- 5 Afsluiting / 450

17

Gezichtspunten bij een ruime beoordeling van samenhangende vorderingen / 451

Mr. B.T. Verdam

- 1 Inleiding / 451
- 2 Wat zijn samenhangende vorderingen? / 452
- 3 De ruime benadering is een goed idee / 453
- 4 De bemiddelende aanpak als waarborg / 455

- 5 Grenzen aan samenhang / 456
- 6 Conclusie / 456

18

Sluit de vennootschap niet uit van uitsluiting (uitstoting) ex art. 2:336a BW / 457

Mr. drs. L.K. van Dijk

- 1 Inleiding / 457
 - 1.1 Geschillenregeling en de Wagevoe / 457
 - 1.2 Stelling: de vennootschap moet zelfstandig een verzoek tot uitstoting kunnen doen / 458
- 2 Terug in de tijd: verklaring voor positie van de vennootschap / 459
 - 2.1 Verklaring van de wetgever / 459
 - 2.2 Stemrechtargument is invalide én achterhaald / 459
- 3 Van alle tijden: uitstotingsnorm noopt tot zelfstandige positie vennootschap / 459
- 4 Nieuwe tijden? Selectie van wijzigingen sinds introductie van geschillenregeling / 460
 - 4.1 Enquêteprocedure is geen volwaardig alternatief / 460
 - 4.2 Uittredingsverzoek tegen vennootschap / 461
- 5 Long due: toekenning zelfstandige positie / 462
- 6 Slot / 462

19

De Vennootschap staat ook met de Wagevoe nog steeds terecht 'langs de lijn' / 465

Mr. D.H.D. Hannema

- 1 Inleiding / 465
- 2 Korte achtergrond / 466
- 3 Zelfstandige rol vennootschap is bezwaarlijk / 467
- 4 Zelfstandige rol vennootschap is ook onnodig / 469
- 5 Uitleiding / 471

EEN GEZAMENLIJK VOORWOORD

Graag leiden wij gezamenlijk deze editie van de *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation* voor het verenigingsjaar 2024-2025 in. De ene als vertrekkend, de ander als nieuwe voorzitter.

De bundel kon wederom rekenen op vertrouwde ankerpunten en actuele bijdragen vanuit onze verenigingsleden. Graag danken wij de redactieleden Jaron van Bekkum, Kim Spruitenburg, Karen Harmsen, Matthijs de Jongh, Branda Katan, Flip Schreurs en Tom Saleminck voor alle (vrije) tijd die zij hieraan hebben opgeofferd.

De vertrouwde kronieken ontbreken ook dit jaar niet. De redactie en het bestuur prijzen zich gelukkig dat elk jaar weer leden bereid zijn dit monnikenwerk te verrichten, want uit onlinegegevens blijkt dat deze kronieken door de jaren heen gretig aftrek vinden. Bijzonder is dat we dit jaar, met dank aan Karel Frielink, een kroniek hebben over de ontwikkelingen in het Caribisch en Surinaams ondernemingsrecht. Voor het laatst werd daaraan aandacht besteed in de bundel van 2019-2020.

Een aantal leden heeft de gelegenheid aangegrepen om een actueel thema grondig uit te diepen. Voorbeelden hiervan zijn: samenhangende vorderingen in de Wagevoe, sanctiewetgeving in het vennootschapsrecht, de raakvlakken van de WHOA en het enquêterecht, wanbeleid bij stichtingen en de positie van bestuurders bij toepassing van artikel 36 lw. In alle gevallen geschreven met een duidelijke blik op de toepasbaarheid in de praktijk.

In de delen die gewijd zijn aan ons bloeiende verenigingsleven vindt u, na het verslag van de secretaris, de uitwerkingen van bijdragen aan de voorjaarsbijeenkomst. De eerste ging over een aantal aspecten van *corporate restructuring*. In de najaarsbijeenkomst hebben Branda Katan en twee van haar promovendi een toelichting gegeven op hun onderzoek. De uitwerking daarvan vindt later plaats in de vorm van hun proefschrift.

Ten slotte treft u aan de uitgewerkte pleidooien in het kader van de *Young Litigators*-debatten, dit jaar over een aantal nog niet uitgekristalliseerde aspecten van de verbeterde wettelijke geschillenregeling.

Wij wensen u een goed verenigingsjaar toe en veel leesplezier en praktijknut bij het bestuderen van de bijdragen. Elke enthousiaste lezer mag zich uitgenodigd weten om volgend jaar zelf een bijdrage te schrijven.

Mijke Sinninghe Damsté
Mieke Olaerts

DEEL I - KRONIEKEN

Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid 2024

Mr. D.G.J. Heems, mr. N. Koudsi en mr. R. van Dijken¹

1 Inleiding

Deze kroniek geeft een overzicht van de belangrijkste ontwikkelingen, rechtspraak en literatuur op het gebied van bestuurdersaansprakelijkheid in het jaar 2024. In totaal verwerkten wij met betrekking tot dit kroniekjaar 139 uitspraken en 78 artikelen, boeken, annotaties en andere bijdragen.² Hoewel dit niet alle in dit kroniekjaar (gepubliceerde) uitspraken zijn en niet alles is dat is geschreven over bestuurdersaansprakelijkheid, menen wij dat deze kroniek een goed beeld geeft van het speelveld in 2024.

Hierna volgt eerst een schets van algemene ontwikkelingen die van belang zijn voor bestuurdersaansprakelijkheid. Net als voorgaande kronieken is deze kroniek ingedeeld op basis van de verschillende varianten van bestuurdersaansprakelijkheid: interne bestuurdersaansprakelijkheid (par. 3), externe bestuurdersaansprakelijkheid (par. 4) en aansprakelijkheid in faillissement (par. 5). Vervolgens bespreken we enkele IPR-aspecten (par. 6) en de aansprakelijkheidsgronden van artikel 23 Wet Bpf en artikel 36 IW (par. 7). Buiten beschouwing blijven onder meer jaarrekening aansprakelijkheid,³ aansprakelijkheid voor winstuitkeringen⁴ en rechtshandelingen namens een vennootschap in oprichting.⁵

Het leerstuk van bestuurdersaansprakelijkheid blijft zich verder ontwikkelen. Enkele 'key take-aways' van 2024 zijn:

- Bestuurders worden geconfronteerd met veel nieuwe (Europese) regelgeving, onder meer op het vlak van ESG, cybersecurity, gegevensbescherming en het insolventierecht. Voor zover deze regelgeving raakt aan aspecten van bestuurdersaansprakelijkheid, lijkt de wetgever ernaar te neigen dat het huidige Nederlandse juridische kader reeds

¹ De auteurs zijn werkzaam als advocaat bij Houthoff in Amsterdam.

² Daarnaast vermelden wij 76 uitspraken en 85 bijdragen die niet zien op dit kroniekjaar.

³ Artikel 2:249 BW. Zie bijvoorbeeld: Hof Amsterdam 14 mei 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:1309, JOR 2024/252, m.nt. J.G. van de Waardt.

⁴ Artikel 2:216 BW. Zie bijvoorbeeld: Hof Arnhem-Leeuwarden 24 december 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:7948; Rb. Gelderland 18 december 2024, ECLI:NL:RBGEL:2024:9140; Hof Amsterdam 26 november 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:3252 en Rb. Rotterdam 9 april 2024, ECLI:NL:RBROT:2024:3595.

⁵ Artikel 2:203 BW. Zie bijvoorbeeld: Hof Arnhem-Leeuwarden 29 oktober 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:6744, en Rb. Overijssel 24 januari 2024, ECLI:NL:RBOVE:2024:408.

voldoende handvatten biedt en dat nadere specifieke regelgeving voor bestuurdersaansprakelijkheid niet nodig is (par. 2).

- In toenemende mate lijkt discussie te ontstaan over ‘hoedanigheden’ (par. 4.2 en 5.2). De hoedanigheid is bepalend voor de toepassing van de relevante aansprakelijkheidsnormen. Wij hebben gezien dat vermeend statutaire bestuurders het benoemingsbesluit ter discussie stellen, zodat zij niet als statutair bestuurder kunnen worden aangesproken. Het blijft daarnaast bepaald niet eenvoudig te bewijzen dat iemand als feitelijk beleidsbepaler kwalificeert.
- Het is vaak essentieel vast te stellen op welk moment iemand welke kennis heeft. Denk aan de kennis van de algemene vergadering bij een dechargebesluit, het ‘peilmoment’ in *Ontvanger/Roelofsen*-situaties of het moment dat kennis bestaat van betalingsonmacht (par. 3.8, 4.3.2, 4.3.3, 7). Ook was veel aandacht voor het fenomeen van *hindsight bias* (par. 4.3.2 en 5.3).
- Risicovolle beslissingen horen bij ondernemen en zijn, zeker bij start- en scale-ups, noodzakelijk om de onderneming hard te laten groeien. Dat het vervolgens soms misgaat, betekent niet meteen dat sprake is van onbehoorlijk bestuur (par. 5.3).
- Van belang is ook dat uiteindelijk toch niet van elke bestuurder hetzelfde lijkt te worden verwacht. Voor een professionele bestuurder van een zorginstelling is bijvoorbeeld minder ruimte voor *coulance* dan voor een onbezoldigde bestuurder van een sportvereniging (par. 3.3).
- Bestuurders kunnen steeds langer worden achtervolgd met mogelijke claims: (i) de klachtplicht is niet van toepassing op aansprakelijkheid van de bestuurder jegens de vennootschap (par. 3.9); en (ii) samenloop van de civielrechtelijke claim met een strafrechtelijk verwijt kan zorgen voor een (veel) langere verjaringstermijn dan de reguliere vijf jaar (par. 5.8).
- Een tweedegraads bestuurder kan mogelijk (ook) als feitelijk beleidsbepaler aansprakelijk worden gehouden, waardoor de internationaal privaatrechtelijke problematiek met betrekking tot artikel 2:11 BW kan worden vermeden (par 6.2).
- De fiscale bestuurdersaansprakelijkheid is volop in ontwikkeling aan de hand van uitspraken in verschillende prejudiciële procedures bij het HvJ EU en de Hoge Raad.

2 Algemene ontwikkelingen

2.1 Inleiding

Binnen verschillende regelgevende kaders lijkt steeds meer verwacht te worden van bestuurders. Wij lichten drie ontwikkelingen in het bijzonder uit.⁶

⁶ Zie naast de hier behandelde thema's bijvoorbeeld J.M. de Jongh, ‘De algemene zorgplicht uit de Omgevingswet en haar betekenis voor het ondernemings- en aansprakelijkheidsrecht’, *MvO* 2024/7.1, met betrekking tot de Omgevingswet, en S.J. van der Meijden, ‘Externe bestuurdersaansprakelijkheid voor AVG-schendingen op grond van artikel 82 AVG. Reden tot zorg voor bestuurders?’, *Ondernemingsrecht* 2024/3, met betrekking tot de AVG.

2.2 ESG

2.2.1 Ontwikkelingen volgen elkaar snel op

De ontwikkelingen op het gebied van ESG volgen elkaar snel op⁷ en zijn onderwerp van doorlopend Europees breed debat. Voor bestuurders is sprake van “*uitdijende verwachtingen en verantwoordelijkheden*”.⁸ De Europese Commissie heeft in februari 2025 een voorstel gedaan voor een ‘omnibusverordening’, die de regeldruk van onder meer de *Corporate Sustainability Reporting Directive* (“**CSRD**”) en de *Corporate Sustainability Due Diligence Directive* (“**CS3D**”) moet verminderen.

CSRD

Op 5 januari 2023 trad de EU-richtlijn CSRD in werking. De implementatiedeadline voor deze richtlijn was 6 juli 2024. Net als verscheidene andere lidstaten, heeft Nederland deze deadline niet gehaald.

Uit het implementatiewetsvoorstel en ontwerpbesluit⁹ volgt dat organisaties van openbaar belang met meer dan 500 medewerkers vanaf boekjaar 2024 een duurzaamheidsrapportage dienen op te stellen. Bij het schrijven van deze kroniek is nog onbekend wanneer de implementatie zal zijn voltooid. Omdat de meeste¹⁰ effectenuitgevende instellingen hun jaarverslagen over 2024 moeten hebben opgemaakt vóór 30 april 2025, is onzeker of en hoe de late implementatie weerslag zal hebben op de jaarverslagen over 2024.

CS3D

Op 25 juli 2024 trad ook de EU-richtlijn CS3D in werking.¹¹ Conceptversies van de CS3D bevatten een clausule die lidstaten verplichtte tot het opnemen van een specifieke zorgplicht voor bestuurders om de duurzaamheidsaspecten van de CS3D in acht te

7 Zie naast hetgeen in deze kroniek is behandeld ook de op 1 januari 2024 in werking getreden Omgevingswet. In artikelen 1.6 en 1.7 staan zorgplichten met betrekking tot de leefomgeving, die gericht zijn tot ‘een ieder’. In een interessant artikel gaat De Jongh nader in op deze zorgplichten en de betekenis daarvan voor vennootschappen en hun bestuurders. Zie hierover: J.M. de Jongh, ‘De algemene zorgplicht uit de Omgevingswet en haar betekenis voor het ondernemings- en aansprakelijkheidsrecht’, *MvO* 2024/7.1.

8 Naar de titel van het op 18 januari 2024 georganiseerde seminar van het Zuidas Instituut voor Financieel Recht en Ondernemingsrecht (ZIFO) van de Vrije Universiteit. Zie D.C. Roessingh, J.V. Willems, P.N. Ploeger, A. de Bos, ‘Uitdijende verwachtingen en verantwoordelijkheden van bestuurders’, *TvOB* 2024/2.

9 Te raadplegen via: <https://wetgevingskalender.overheid.nl/Regeling/WGK014704>.

10 Dit is enkel anders wanneer het boekjaar niet gelijk is aan het kalenderjaar.

11 Richtlijn (EUR) 2024/1760 inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2019/1937 en Verordening (EU) 2023/2859.

nemen,¹² maar deze is uiteindelijk niet in de definitieve versie opgenomen.¹³ Verschillende auteurs vinden ook zonder een dergelijke specifieke zorgplicht evenwel voorstelbaar dat een bestuurder op grond van artikel 6:162 BW aansprakelijk kan zijn als deze ernstig verwijtbaar bewerkstelligt dat de vennootschap plichten schendt onder de CS3D.¹⁴

De uiteindelijk aangenomen versie van CS3D bevat in artikel 29 wel een geclausuleerde grondslag voor civiele aansprakelijkheid van de onderneming.¹⁵ Hierover is veel geschreven.¹⁶ De Nederlandse wetgever lijkt vooralsnog van mening dat geen nadere nationale wetgeving nodig is, omdat artikel 6:162 en 6:163 BW voldoende grondslag bieden.¹⁷ Wij zijn desondanks benieuwd hoe dit zonder nadere duiding van de wetgever in de praktijk zal uitwerken, waarbij voor bestuurders bijvoorbeeld de vraag rijst hoe zij zekerstellen

- 12 Dit conceptartikel 25 luidde: “Zorgplicht van bestuurders 1. De lidstaten zorgen ervoor dat bestuurders van ondernemingen als bedoeld in artikel 2, lid 1, bij het vervullen van hun plicht om te handelen in het belang van de onderneming, rekening houden met de gevolgen van hun beslissingen voor duurzaamheidskwesties, met inbegrip van, waar van toepassing, de gevolgen voor mensenrechten, klimaatverandering en milieu, ook op korte, middellange en lange termijn. 2. De lidstaten zorgen ervoor dat hun wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen inzake verzuim van de plichten van bestuurders ook van toepassing zijn op de bepalingen van dit artikel.”
- 13 Zoals ook beschreven door M.C. Leijten, B.C. Elion en J. Wind, ‘Kroniek Bestuurdersaansprakelijkheid 2022’, in: J. van Bekkum e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (Serie Van der Heijden Instituut nr. 181)*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, par. 2.1, p. 4 e.v.
- 14 H.J. de Kluiver, ‘Onderneming en duurzaamheid. Over ondernemen, mensenrechten, milieu en klimaat mede in Europees perspectief’, *WPNR* 7407, p. 311 en 312, M.A.B. Baks en S.T. Pennink, ‘Een verkenning van civiele aansprakelijkheden onder de CSDDD’, *O&F*, p. 28-31 en T.R. Bleeker, ‘Over de deugdzzaamheid van de CSDDD en het duurzaamheidsdebat’, *RMThemis* 2024.
- 15 Lid 1 artikel 29 CS3D: “De lidstaten zorgen ervoor dat een onderneming aansprakelijk kan worden gesteld voor schade die is toegebracht aan een natuurlijke of rechtspersoon, op voorwaarde dat: (a) de onderneming opzettelijk of uit onachtzaamheid niet heeft voldaan aan de verplichtingen van de artikelen 10 en 11, wanneer het recht, het verbod of de verplichting zoals vermeld in de bijlage bij deze richtlijn erop gericht is de natuurlijke of rechtspersoon te beschermen, en (b) als gevolg van het in punt a) bedoelde verzuim schade is berokkend aan de door het nationale recht beschermde wettelijke belangen van de natuurlijke of rechtspersoon. Een onderneming kan niet aansprakelijk worden gesteld indien de schade uitsluitend door haar zakenpartners in haar activiteitenketen is veroorzaakt.”
- 16 Zie bijvoorbeeld J.E.S. Hamster, ‘De Corporate Sustainability Due Diligence Directive: gehavend uit de strijd gekomen, maar nog bijzonder relevant’, *TOP* 2024, p. 19. T.R. Bleeker, ‘Over de deugdzzaamheid van de CSDDD en het duurzaamheidsdebat’, *RMThemis* 2024, p. 162. Zie ook J.A.M. Gijsbers & A.E. Wilbrink, ‘CSRD en CSDDD: de (mogelijke) gevolgen voor civiel- en strafrechtelijke aansprakelijkheid van bestuurders, *Compliance, Ethics & Sustainability*’, p. 157-158. De aansprakelijkheidsgrondslag komt in de kern neer op dat een onderneming aansprakelijk kan worden gesteld voor de schade als gevolg van schendingen van de in artikelen 10 en 11 CS3D geformuleerde plichten tot het (i) voorkomen van negatieve effecten op mensenrechten en milieu; en (ii) daadwerkelijk wegnemen van vastgestelde negatieve effecten. Deze schending moet echter wel ‘opzettelijk’ of ‘uit onachtzaamheid’ zijn. Er zijn vraagtekens te zetten bij de vertaling ‘uit onachtzaamheid’ in de richtlijn, nu de Engelse, Franse en Duitse vertalingen terminologie gebruiken die dichter ligt bij het Nederlandse ‘nalatigheid’. De Engelse versie spreekt van ‘negligently’, de Franse van ‘négligence’ en de Duitse van ‘fährlassig’.
- 17 Consultatieversie p. 28, *Kamerstukken II 2020/2021*, 35761, nr. 3. (MvT): “Daarbij past de rechter het bestaande Nederlandse aansprakelijkheids-, bewijs- en schadevergoedingsrecht toe. De richtlijn leidt niet tot wijziging van deze regels.”

dat de vennootschap niet ‘onachtzaam’ handelt ten aanzien van de verplichtingen uit artikelen 10 en 11 CS3D.

De uiterste implementatiedatum van CS3D in nationale wetgeving is 26 juli 2026. De consultatie over de voorgenomen implementatiewetgeving (de Wet internationaal verantwoord ondernemen) sloot op 29 december 2024.¹⁸

2.3 Cybersecurity: NIS 2-richtlijn¹⁹

In de kroniek over 2023 was reeds aandacht voor de NIS 2-richtlijn.²⁰ Lidstaten moeten ervoor zorgen dat de bestuursorganen van essentiële en belangrijke entiteiten de door deze entiteiten genomen maatregelen voor het beheer van cyberbeveiligingsrisico's goedkeuren, toezien op de uitvoering ervan, en aansprakelijk kunnen worden gesteld.²¹ De lidstaten moeten er ook voor zorgen dat elke natuurlijke persoon die verantwoordelijk is voor of optreedt als wettelijke vertegenwoordiger van een essentiële entiteit aansprakelijk kan worden gesteld voor het niet nakomen van de verplichtingen tot naleving van deze richtlijn.²²

De wetgever is voornemens de NIS-2-richtlijn te implementeren in een Cyberbeveiligingswet. In 2024 heeft een internetconsultatie plaatsgevonden.²³ Blijkens de memorie van toelichting bij de consultatiewetgeving meent de wetgever dat grondslagen voor aansprakelijkheid van bestuurders reeds zijn geïmplementeerd in het Nederlandse recht. Publiekrechtelijk kent de Algemene wet bestuursrecht namelijk de mogelijkheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete of last onder dwangsom aan bestuurders

18 Wetsvoorstel Internationaal Verantwoord Ondernemen, te raadplegen via: <https://www.internetconsultatie.nl/wivo/b1>.

19 Richtlijn (EU) 2022/2555 van 14 december 2022 betreffende maatregelen voor een hoog gezamenlijk niveau van cyberbeveiliging in de Unie, tot wijziging van Verordening (EU) 910/2014 en Richtlijn (EU) 2018/1972 en tot intrekking van Richtlijn (EU) 2016/1148 (NIS 2-richtlijn).

20 M.C. Hoeba, S.V. Stephenson & T.S. Jansen, 'Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid 2023: bestendig, ook in bijzondere gevallen', in: J. van Bakkum e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2023-2024 (Serie Van der Heijden Instituut nr. 189)*, Deventer: Wolters Kluwer 2024. De ontwikkelingen nadien zijn helder beschreven door D.S. van Boven & S.J. van Calker, 'NIS 2: nieuwe taken en nieuwe verantwoordelijkheden voor het bestuur op het gebied van cybersecurity – niets nieuws onder de zon?', *Ondernemingsrecht* 2025/12. Zie ook M. Kool & E.F. Vaal, 'Cybersecurity naar de boardroom', *Tijdschrift voor sanctierecht & Onderneming* 2024/1-2 en H. Koster, 'Corporate governanceverbinding met cybersecurity nader gereguleerd', *O&F* 2024/2.

21 Artikel 20 lid 1 NIS 2-richtlijn.

22 Artikel 32 lid 6 NIS 2-richtlijn.

23 <https://www.internetconsultatie.nl/cyberbeveiligingswet/b1>.

persoonlijk.²⁴ Civielrechtelijk geeft de catalogus met taken en verantwoordelijkheden uit de NIS-2-richtlijn concrete handvatten eventuele interne of externe aansprakelijkheid van bestuurders te onderbouwen.²⁵

2.4 Richtlijn harmonisatie insolventierecht

In december 2022 publiceerde de Europese Commissie een voorstel voor een richtlijn ter harmonisatie van het insolventieproces binnen de EU.²⁶ Op 13 december 2024 maakte de Raad van de Europese Unie bekend een standpunt te hebben ingenomen over de belangrijkste elementen van de richtlijn.²⁷ Een van de kernpunten, die ook in de media aandacht kreeg,²⁸ is het harmoniseren van de nationale regels rond de plicht van een bestuurder tijdig een verzoek tot opening van een insolventieprocedure in te dienen. Als het aan de Raad ligt, dient iedere bestuurder binnen de EU straks een dergelijk verzoek te doen *“within 3 months of the directors of the director having become aware or being reasonably expected to have become aware that the company is insolvent in accordance with national law”*.²⁹ Deze verplichting kan worden opgeschort als de bestuurder maatregelen neemt om nadeel voor de schuldeisers van de insolvente onderneming te vermijden en hen dezelfde mate van bescherming te bieden als bij het aanvragen van een insolventieprocedure.³⁰ Vooralsnog is evenwel onbekend hoe de richtlijn uiteindelijk eruit komt te zien en vanaf wanneer deze gaat gelden.

24 MvT consultatieversie, p. 40: *“Door de schakelbepaling in artikel 5:1, derde lid, Awb is het mogelijk om in het geval dat een overtreding is gepleegd of medegepleegd door een rechtspersoon, een bestuurlijke boete of een last onder bestuursdwang of dwangsom op te leggen aan degenen die tot de door de rechtspersoon begane overtreding opdracht hebben gegeven of daaraan feitelijk leiding hebben gegeven. De toezichthoudende instantie kan bij een overtreding van een verplichting uit dit wetsvoorstel dus handhavend optreden tegen de entiteit die de overtreding begaat, maar ook tegen degenen die worden aangemerkt als opdrachtgever van de door de entiteit begane overtreding en degenen die feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging. Het voorgaande brengt met zich mee dat de artikelen 20, eerste lid, 32, zesde lid, en 33, vijfde lid, (voor wat betreft de schakeling naar artikel 32, zesde lid) NIS2-richtlijn reeds zijn geïmplementeerd in het Nederlands recht.”*

25 D.S. van Boven & S.J. van Calker, ‘NIS 2: nieuwe taken en nieuwe verantwoordelijkheden voor het bestuur op het gebied van cybersecurity – niets nieuws onder de zon?’, *Ondernemingsrecht* 2025/12, par. 4.1.

26 Europese Commissie: ‘Proposal for a Directive harmonizing certain aspects of insolvency law’, 7 december 2022, 2022/0408 (COD). Hierover bijvoorbeeld M.P.R. Sardjoe, ‘Recente ontwikkelingen in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht en enkele gedachten omtrent de gevolgen voor bestuurders van het voorstel voor een nieuwe insolventierichtlijn van de Europese Commissie’, *OE&F* 2023/31.

27 ‘Insolventierecht: Raad bepaalt standpunt over basiswetgeving kapitaalmarktenunie’, *consilium.europa.eu.nl*.

28 M. Schiffrers, ‘Bestuurder moet bij insolventie straks zelf faillissement aanvragen’, *FD* 2024.

29 Artikel 36 Richtlijn tot harmonisatie van bepaalde aspecten van het insolventierecht (partiële algemene oriëntatie), gedateerd op 29 november 2024.

30 Artikel 36a Richtlijn tot harmonisatie van bepaalde aspecten van het insolventierecht (partiële algemene oriëntatie), gedateerd op 29 november 2024.

3 Interne aansprakelijkheid

3.1 Inleiding

Artikel 2:9 BW bepaalt dat elke bestuurder tegenover de rechtspersoon gehouden is tot een behoorlijke taakvervulling. Uitsluitend de rechtspersoon kan een vordering ex artikel 2:9 BW instellen.³¹ Schending van deze norm leidt in beginsel tot hoofdelijke aansprakelijkheid voor de daardoor veroorzaakte schade.

De rechtspraak op het vlak van artikel 2:9 BW was relatief beperkt.³² De voornaamste ontwikkeling is dat de Hoge Raad de discussie over het invoeren van de klachtplicht heeft beslecht (par. 3.9). De Hoge Raad heeft zich ook nog gebogen over een op artikel 6:109 BW Curaçao gebaseerd matigingsoordeel. Dat arrest leverde evenwel geen noemenswaardige inzichten op, behalve dat feitelijke instanties omwille van de proceseconomie ook op een ander moment matiging aan de orde kunnen laten komen dan nadat de gehele schadeomvang is vastgesteld.³³

3.2 De norm

Een bestuurder die zijn taak als bestuurder niet behoorlijk vervult, is daarvoor aansprakelijk op grond van artikel 2:9 BW als hem daarvan een ernstig verwijt kan worden gemaakt.³⁴ De ratio achter de hoge drempel van artikel 2:9 BW werd door de Rechtbank Amsterdam samengevat als *“voorkomen moet worden dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen”*.³⁵ Assink en Timmerman

31 Vgl. Rb. Amsterdam 17 januari 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:198, JOR 2024/108, m.nt. A.S. Renshof, die in rov. 4.55 – onder verwijzing naar HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, JOR 2008/260, m.nt. Y Borrius – overwoog dat de uitgangspunten uit artikel 2:9 BW ook gelden wanneer een individuele aandeelhouder een bestuurder aansprakelijk stelt voor de wijze waarop deze zijn bestuurstaken heeft uitgeoefend.

32 Deze kroniek behandelt niet de rechtspraak of ontwikkelingen op het vlak van artikel 7:661 BW (de aansprakelijkheid van de (bestuurder als) werknemer versus de werkgever). Zie voor een verhandeling hiervan alsmede een beschouwing over de verhouding tussen artikel 2:9 BW en 7:661 lid 1 BW: L.G. Verburg, *De bestuurder van de NV of BV*, (Onderneming en Recht nr. 152), Deventer: Wolters Kluwer 2024. Zie voor de genoemde verhouding: p. 116 e.v.

33 HR 4 oktober 2024, ECLI:NL:HR:2024:1384, rov. 4.7.

34 Deze kroniekperiode opnieuw bevestigd in HR 26 april 2024, ECLI:NL:HR:2024:681, JIN 2024/88, m.nt. C. Roeland, JOR 2024/218, m.nt. A. Karapetian rov. 3.4 onder verwijzing naar HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243, NJ 1997/360, m.nt. J.M.M. Maeijer, rov. 3.3.1 (*Staleman/Van de Ven*).

35 Rb. Amsterdam, 17 januari 2024 ECLI:NL:RBAMS:2024:198, JOR 2024/108 m.nt. A.S. Renshof, rov. 4.55. Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 3 (MvT), p. 9: “[...] ondernemen is en blijft risico lopen. Van bestuurders kan niet worden verwacht dat zij uitsluitend handelen in die situaties waarin de te nemen stap al op alle mogelijke manieren is onderzocht, doorgerekend, van accountantsverklaringen voorzien en in schema's gevat. Er moet ruimte blijven voor creativiteit, vernuft en durf. De samenleving is niet gediend met regelgeving die ondernemers stimuleert om telkens de voorkeur te geven aan risicomijdende beslissingen met weinig economisch voordeel. Een andere opstelling zou ook haaks staan op het streven van dit kabinet naar een vitale en innovatieve economie waarin bijvoorbeeld de overstap van werknemerschap naar zelfstandig ondernemerschap wordt gestimuleerd. Een grens wordt echter bereikt wanneer onverantwoordelijke risico's worden genomen; dan bestaat aansprakelijkheidsrisico voor bestuurders.”

concluderen op basis van gedragswetenschappelijk onderzoek dat het met dit gedrag “wel meevalt”.³⁶ Tegelijk blijkt volgens hen niet dat het onwenselijk defensief bestuurlijk handelen wegens vrees voor aansprakelijkheid helemaal is uitgesloten. Gecombineerd met “*reputationele consequenties*” en “*ons gezonde verstand*” zien zij vooralsnog geen reden het ‘bange bestuurders argument’ los te laten als een deelrechtvaardiging voor een hoge aansprakelijkheidsdrempel.³⁷

Voor de invulling van de norm van het ernstig verwijtbaar handelen verwijzen wij ook naar de rechtspraak inzake artikel 2:138/248 BW (par. 4). Aangenomen wordt wel dat de daarvoor relevante norm convergeert met die van artikel 2:9 BW,³⁸ terwijl meer rechtspraak is verschenen aangaande deze grondslag. Let wel: voor de toewijzing van een schending van artikel 2:248/138 BW is vereist dat er aan de kant van de bestuurder sprake was van de objectieve wetenschap dat de crediteuren zouden worden benadeeld.³⁹ De artikelen dekken derhalve niet identieke situaties.

Een goede illustratie van de norm onbehoorlijke taakvervulling ex artikel 2:9 BW was te vinden in een uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden. Een voormalig bestuurder van een zorginstelling (een stichting) handelde ernstig verwijtbaar door na te laten op juiste wijze essentiële overeenkomsten met zorgverzekeraars te sluiten, een ondeugdelijke administratie te voeren, en niet op de hoogte te zijn van de relevante wijzigingen in de toepasselijke regelgeving.⁴⁰ Daarnaast overwoog het hof dat de bestuurder ernstig verwijtbaar heeft gehandeld door het niet controleren van een door de stichting ingeschakelde onderaannemer, terwijl was gebleken dat door deze onderaannemer was gefraudeerd met zorgdossiers en declaraties.⁴¹

De bestuurstaak is niet vastomlijnd gedefinieerd. Bij de vraag of deze taak (on)behoorlijk is vervuld, dient onder meer rekening te worden gehouden met de aard en omvang van

36 Evenals: C.F. Perquin-Deelen, *Biases in de boardroom en de raadkamer, Een juridische en filosofische analyse van de bestuurlijke taakuitoefening en rechterlijke beoordeling, mede aan de hand van een empirische studie (Serie Van der Heijden Instituut nr. 160) (diss. Nijmegen)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 22, 188 en 204.

37 B.F. Assink & L. Timmerman, ‘Bestaan bange bestuurders?’, *WPNR* 2024/7471, p. 499.

38 Zie bijvoorbeeld: Asser/Kroeze 2-I 2021/208; W.A. Westenbroek, ‘Toetsingsintensiteit bij bestuurdersaansprakelijkheid’, in: R.J.B. Schutgens e.a. (red.), *Toetsingsintensiteit. Een vergelijkende studie naar het variëren van de toetsingsintensiteit door de rechter (Staat en Recht nr. 54)*, Deventer: Wolters Kluwer 2022 p. 560, 563 en 564. Zie anders: D.A.M.H.W. Strik, *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, artikel 138 lid 2 BW, aant. 2.

39 Zie hierna par. 6.3.

40 Hof Arnhem-Leeuwarden 9 april 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:2724, rov. 4.6-4.7.

41 Hof Arnhem-Leeuwarden 9 april 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:2724, rov. 4.16: “[...] Door niet op zijn minst een steekproefsgewijze controle uit te voeren op de dossiers van Stichting Attifa, is [geïntimeerde] naar het oordeel van het Hof zodanig tekortgeschoten in haar kerntaak binnen de zware verantwoordelijkheid die zij had als bestuurder van Stichting Indra (de verantwoordelijke hoofdaannemer voor Stichting Attifa), dat haar als bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt valt te maken.” In vergelijkbare zin: Rb. Den Haag 24 januari 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:1207, rov. 4.34, waarin sprake was van ernstig verwijtbaar handelen door niet toe te zien op (tijdige) publicatie van de jaarrekeningen, de administratie niet naar behoren te verzorgen en niet in te grijpen bij paulianeus handelen.

de onderneming, aard van de bestuurderswerkzaamheden, taakverdeling binnen het bestuur, maar ook ervaring en kennis van de bestuurder.⁴² Scholten schrijft in dat kader over de 'Vijf pijlers van behoorlijk bestuur': (i) de maatbestuurder, een benchmark voor bestuurders; (ii) het belang van de vennootschap; een strategische kans; (iii) het belang van de onderneming; meer dan alleen financieel succes; (iv) de zorgplicht als corporate vangnet; en (v) de loyaliteitsplicht; zorgvuldige scheiding van belangen.⁴³

De 'maatmanbestuurder' kreeg dit kroniekjaar specifieke aandacht.

3.3 De maatman-bestuurder

Een bestuurder dient te beschikken over het inzicht, en de zorgvuldigheid in acht te nemen die verwacht mogen worden van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult,⁴⁴ en dient in te staan voor zijn kwaliteiten.⁴⁵ De maatman-bestuurder impliceert volgens Timmerman "[...] dat er slechts beperkte ruimte is voor (hoogst) persoonlijke inzichten of afwegingen. Of een bestuurder al dan niet goed handelt moet aan de hand van objectieve, min of meer algemeen geldende maatstaven worden beoordeeld."⁴⁶

In sommige gevallen brengt de maatman-maatstaf mee dat extra oplettendheid van een bestuurder mag worden verwacht. Een voorbeeld betrof een zaak waarin een factoring-maatschappij haar voormalige bestuurder aansprakelijk stelde voor betaling van vervalste facturen van een onderneming die actief was in de evenementenbranche. Het hof achtte onder meer relevant dat de bestuurder geen ervaring had in de evenementenbranche

42 Zie bijvoorbeeld: Rb. Overijsel 23 oktober 2024, ECLI:NL:RBOVE:2024:5517 en Hof Amsterdam 5 december 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:2974.

43 C. Scholten, 'Vijf pijlers van behoorlijk bestuur', *Ondernemingsrecht* 2024/56.

44 Niet recent, maar nog altijd actueel over dit onderwerp: L. Timmerman, 'Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid', *WPNR* 2016/7105. Zie ook de conclusie van A-G Assink van 16 februari 2024, ECLI:NL:PHR:2024:185, punt 3.39.3.

45 *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 19 (MvA).

46 L. Timmerman, De regulering van stichtingen, *WNPR* 2024/7460, p. 313. Zie ook L. Timmerman, 'Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid', in G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied* (Serie Van der Heijden Instituut nr. 140), Deventer: Wolters Kluwer 2017/2.7: "Dat betekent dat moet worden uitgegaan van de maatman-bestuurder: wat kan van een gemiddelde bestuurder verwacht worden? We moeten op die gemiddelde bestuurder koersen onder andere omdat er bestuurders zijn die dommer zijn dan van een gemiddelde maatman-bestuurder verwacht mag worden of bijvoorbeeld een grotere risk-appetite hebben, d.w.z. geneigd zijn meer risico's te nemen dan voor een gemiddeld bestuurder verantwoord is. Dat mogen geen factoren zijn die de aansprakelijkheid van een bestuurder beïnvloeden. Het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht wordt door zijn objectiviteit gedepersonaliseerd en krijgt een normatief karakter. [...] De maatman is de ondergrens." Zie ook de conclusie van A-G Assink van 16 februari 2024, ECLI:NL:PHR:2024:185, punt 3.39.3: "Het gaat bij artikel 2:9 BW-bestuurdersaansprakelijkheid immers om alle omstandigheden van het geval. En daartoe kan [...] behoren dat de bestuurder in kwestie een juridische achtergrond heeft (hier dus ervaring als advocaat). Dit wordt niet anders doordat tot de ter zake in aanmerking te nemen omstandigheden ook, en meer in het algemeen, behoort: het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult. Wat in dit verband een zekere objectivering aanbrengt en een ondergrens markeert, via de 'maatpersoon-bestuurder'."