

Interne bestuurdersaansprakelijkheid en de klachtplicht: de uitzondering op de regel of de regel op de uitzondering?

Mr. S.A.L.L. Caris en Mr. D.J.M. Kulk

In de bijdrage wordt ingegaan op toepassing van de klachtplicht op bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW. De auteurs komen tot de conclusie dat er geen goede dogmatische en praktische redenen zijn om de klachtplicht niet van toepassing te verklaren op bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW.

1 Inleiding

Sinds een aantal jaren wordt er door rechtszoekenden in toenemende mate een beroep gedaan op de klachtplicht.¹ Ook bestuurders die ex artikel 2:9 van het Burgerlijk Wetboek (BW) aansprakelijk zijn gesteld, doen met enige regelmaat een beroep op de klachtplicht.

Het toepassingsbereik van de klachtplicht is door de Hoge Raad in voorbijgaande jaren in een aantal richtinggevende arresten ingekaderd. Tot op heden heeft de Hoge Raad zich echter nog niet uitgelaten over de vraag of de klachtplicht van toepassing is op bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW. De lagere rechtspraak en de literatuur zijn hierover verdeeld. De heersende leer in de literatuur is dat de klachtplicht niet van toepassing is.² Dit wordt in de lagere rechtspraak meestal gevolgd, maar er zijn uitzonderingen.³ De argumenten die in de literatuur en de lagere rechtspraak tegen toepassing van de klachtplicht worden aangevoerd, overtuigen in onze optiek evenwel niet. In deze bijdrage zullen wij beargumenteren waarom de klachtplicht in onze ogen wél van toepassing is in geval van aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW.⁴ Toepassing van de klachtplicht op interne bestuurdersaansprakelijkheid past in het systeem van de wet en er zijn geen (onoverkomelijke) bezwaren die zich tegen toepassing verzetten. De in de literatuur gegeven (praktische) bezwaren maken niet dat de klachtplicht geen toepassing vindt op interne bestuurdersaansprakelijkheid. Op voorhand merken wij reeds op dat ook in onze optiek de klachtplicht niet snel geschonden zal zijn in

geval van interne bestuurdersaansprakelijkheid. Echter, het categorisch uitsluiten van de klachtplicht op interne bestuurdersaansprakelijkheid is niet juist.

Wij beginnen in paragraaf 2 met een uiteenzetting van het leerstuk van de klachtplicht aan de hand van de wetsgeschiedenis en de door de Hoge Raad uiteengezette kaders. Daarbij wordt tevens aandacht besteed aan de verbintenis als beslissend element voor toepassing van de klachtplicht. In paragraaf 3 wordt een kort (niet-limitatief) overzicht gegeven van de literatuur en de rechtspraak ten aanzien van de klachtplicht in relatie tot aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW. In paragraaf 4 staat de rechtsbetrekking tussen een bestuurder en de vennootschap centraal. De kwalificatie van deze rechtsbetrekking is naar onze mening relevant voor de vraag of de klachtplicht van toepassing is op interne bestuurdersaansprakelijkheid. Wij eindigen met een praktische invulling van de klachtplicht in geval van interne bestuurdersaansprakelijkheid (par. 5).

2 De klachtplicht

2.1 De klachtplicht van artikel 6:89 BW

Krachtens artikel 6:89 BW kan een schuldeiser op een gebrek in de prestatie geen beroep meer doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijs had moeten ontdekken, bij de schuldenaar ter zake heeft geprotesteerd. Artikel 6:89 BW valt uiteen in de verplichting van de schuldeiser om te onderzoeken of de prestatie aan de verbintenis voldoet (de ‘onderzoeksplicht’) en de verplichting van de schuldeiser om de schuldenaar hieromtrent met spoed te informeren (de ‘meldingsplicht’). De klachtplicht heeft een ‘alles of niets’-karakter en resulteert in rechtsverlies: indien de schuldeiser te laat klaagt, verliest hij al zijn rechten.⁵

2.2 Ratio achter de klachtplicht

De ratio achter de klachtplicht is bescherming van een schuldenaar tegen (te) late en daardoor moeilijk betwistbare klachten.⁶ Met andere woorden: een schuldenaar dient te worden beschermd tegen een schuldeiser die talmt met de (op hem rustende) onderzoeks- en meldingsplicht. De klachtplicht gaat terug tot het Pekingeeden-arrest,⁷ welk arrest is geweest onder het oude BW. Onder het oude BW voorzag de wet niet in de klachtplicht. In het Pekingeeden-arrest stond de periodieke verkoop van pekingeeden centraal. Indien de kwaliteit van een partij eenden ondermaats bleek te zijn, kon de koper aanspraak maken op verlaging van de koopprijs. Nadat de koper een aantal maal eigenhandig een verlaging van de koopprijs had doorgevoerd, verzocht de verkoper om volledige betaling van de

koopprijs. In de tussenliggende periode was de partij eenden al door de koper verwerkt. Daardoor was de koper niet langer in staat aan te tonen dat de door hem afgenomen partij eenden inderdaad ondermaats was. De Hoge Raad overwoog dat de redelijkheid en billijkheid zich ertegen verzet dat de verkoper alsnog aanspraak kon maken op volledige betaling van de koopprijs, aangezien de bewijspositie van de koper door het 'stilzitten' van de verkoper was geschaad. De verkoper had eerder zijn klachten tegen het eenzijdig aanpassen van de koopprijs door de koper kenbaar dienen te maken. Het Pekingeenden-arrest illustreert dat de klachtplicht beoogt te voorkomen dat een schuldenaar in een moeilijke(re) bewijspositie komt door het late tijdstip van de klacht (de bewijspositie).⁸ Daarnaast dient de klachtplicht twee andere belangen:

1. het belang van de schuldenaar om de gevolgen van zijn tekortkoming te beheersen en te beperken (de schadebeperking); en
2. het belang van de schuldenaar om zijn rechtspositie in een vroeg stadium te bepalen (de rechtszekerheid).⁹

2.3 De reikwijdte van de klachtplicht

Van de Steeg/Rabobank is op dit moment het standaardarrest ten aanzien van de klachtplicht. In dit arrest heeft de Hoge Raad allereerst overwogen dat artikel 6:89 BW van toepassing is op *alle verbintenissen*.¹⁰ Daarnaast heeft de Hoge Raad overwogen dat de vraag of een schuldeiser binnen bekwame tijd heeft geklaagd over gebreken in de prestatie, niet in algemene zin kan worden beantwoord. Ter beantwoording van de vraag of tijdig is geklaagd, dient de schuldeiser (1) het onderzoek te verrichten dat in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs van hem mag worden verwacht (de onderzoeksplicht), en (2) binnen bekwame tijd nadat hij heeft ontdekt of bij een dergelijk onderzoek had behoren te ontdekken dat de prestatie niet aan de overeenkomst beantwoordt, de schuldenaar hiervan in kennis te stellen (de meldingsplicht). De lengte van de termijn die beschikbaar is voor het onder (1) bedoelde onderzoek is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Hierbij dient acht te worden geslagen op de aard en inhoud van de rechtsverhouding, de aard en inhoud van de prestatie en de aard van het gestelde gebrek in de prestatie.¹¹ Voorts is van belang of de schuldenaar nadeel lijdt door het late tijdstip waarop de schuldeiser heeft geklaagd (het nadeelsvereiste).¹²

2.4 De verbintenis als beslissend element voor de toepassing van de klachtplicht

Zoals gezegd, heeft de Hoge Raad in Van de Steeg/Rabobank

overwogen dat de klachtplicht van toepassing is op *alle verbintenissen*. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad volgt in onze optiek niet dat hij de klachtplicht wenst te beperken tot bepaalde rechtsrelaties. De aanwezigheid van een verbintenis lijkt bepalend te zijn voor de vraag of de klachtplicht van toepassing is. Dit roept de vraag op wat onder een verbintenis moet worden verstaan, en meer in het bijzonder, of de rechtsbetrekking tussen een bestuurder en de vennootschap gekwalificeerd dient te worden als een verbintenis waarop afdeling 9 van titel 1 van Boek 6 BW van toepassing is.

De term verbintenis laat zich doorgaans omschrijven als een vermogensrechtelijke rechtsbetrekking tussen twee of meer personen krachtens welke de een verplicht is tot een bepaalde prestatie, waartoe één of meer andere personen gerechtigd zijn.¹³ Het betreft een rechtsplicht waarmee een subjectief vermogensrecht correspondeert.¹⁴ Verbintenissen die vallen onder de reikwijdte van afdeling 9 van titel 1 van Boek 6 BW, zijn slechts die rechtsbetrekkingen met een vermogensrechtelijk karakter.¹⁵ In artikel 3:6 BW is een niet-limitatieve opsomming van vermogensrechten opgenomen.¹⁶ In dit artikel worden die rechten als vermogensrecht aangeduid die (1) overdraagbaar zijn, (2) de rechthebbende stoffelijk voordeel verschaffen of (3) verkregen zijn in ruil voor verstrekt of in het vooruitzicht gesteld stoffelijk voordeel.¹⁷ De zogeheten ‘kale’ rechtsplicht, die doorgaans een verplichting tot een niet-doen inhoudt (lees: het onthouden van het begaan van een onrechtmatige daad), strekt zich niet uit tot één of meer *bepaalde* personen en is daarmee geen verbintenis.¹⁸

3 Interne bestuurdersaansprakelijkheid en de klachtplicht

3.1 De klachtplicht in relatie tot aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW

Zoals opgemerkt, heeft de Hoge Raad zich tot op heden nog niet uitgelaten over de toepasselijkheid van de klachtplicht bij aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW. Deze vraag heeft wel op aandacht in de literatuur mogen rekenen.

De overgrote meerderheid van de auteurs is van mening dat de klachtplicht niet van toepassing is op vorderingen gestoeld op artikel 2:9 BW. Daarbij worden zowel dogmatische als praktische argumenten naar voren gebracht. Veelal wordt gewezen op de plaats die het vennootschapsrecht inneemt ten opzichte van het vermogensrecht (waartoe de klachtplicht behoort). Anders dan het vermogensrecht (dat zijn basis zou vinden in contractuele verhoudingen), zou het vennootschapsrecht worden gekenmerkt door zogeheten ‘lidmaatschapsverhoudingen’.¹⁹ Ook wordt gesteld dat de

klachtplicht alleen van toepassing is bij een *gebrekkige prestatie*. Daarvan zou bij een verbintenis uit de wet – zoals artikel 2:9 BW in dat verband wordt gezien – geen sprake zijn.²⁰ Ook is gewezen op andersoortige bezwaren.²¹ Zo zou een bestuurder bij toepassing van de klachtplicht (in beginsel) worden geacht over zichzelf te klagen. Het principe van collectief bestuur, waarbij het gehele bestuur hoofdelijk aansprakelijk is voor de tekortkoming, zou daarmee als een boemerang voor de klagende bestuurder kunnen terugkomen.²² Daarnaast zou veelal een complexe evaluatie van het bestuurlijk handelen nodig zijn, alvorens een gebrek in de prestatie zou kunnen worden vastgesteld. Dit zou ertoe (kunnen) leiden dat moeilijk zou zijn te bepalen *wanneer* de vennootschap het gebrek in de prestatie had behoren te ontdekken. Voorts zouden psychologische factoren een rol spelen. ‘Klager’ en ‘schuldenaar’ zijn in werkelijkheid collega’s die intensief samenwerken. Het vereiste van ‘terstond klagen’ kan in de optiek van tegenstanders van toepassing van de klachtplicht meebrengen dat het klagen moet geschieden als de bestuurder nog in functie is.²³

Een minderheid van de auteurs meent daarentegen dat het door de Hoge Raad geformuleerde uitgangspunt, inhoudende dat de klachtplicht van toepassing is op *alle verbintenissen*, leidend moet zijn.²⁴ Gelet hierop zou de klachtplicht ook van toepassing zijn op aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW. Zo wijst Schennick erop dat het onderscheid tussen de contractuele en de vennootschapsrechtelijke rechtsverhouding niet bepalend moet zijn. Hij meent dat het (dogmatisch) juist is om de klachtplicht wel van toepassing te achten op aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW.²⁵

3.2 De rechtspraak ten aanzien van toepasselijkheid van de klachtplicht op interne bestuurdersaansprakelijkheid

De lagere rechtspraak geeft ook een gemengd beeld. De Rechtbank Zeeland-West-Brabant overwoog dat de klachtplicht zich niet voor toepassing leent in geval van interne bestuurdersaansprakelijkheid.²⁶ Ter onderbouwing wees de rechtbank op de rechtsbetrekking tussen de bestuurder en de vennootschap. Deze rechtsbetrekking ontstaat door aanvaarding van de benoeming van de bestuurder door de algemene vergadering van aandeelhouders, krachtens welke rechtsbetrekking de bestuurder verplicht is tot behoorlijk bestuur en de vennootschap gerechtigd is tot deze prestatie. Deze verplichting van de bestuurder tot behoorlijk bestuur zou geen ‘subjectief vermogensrecht’ zijn waar afdeling 9 van titel 1 van Boek 6 BW op van toepassing is. Artikel 2:9 BW zou slechts een norm inhouden voor het handelen van de bestuurder bij de vervulling van de hem opgedragen taak. Pas na schending van deze norm zou een verbintenis ontstaan. Meer recentelijk oordeelde ook het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden dat een bestuurder in een vennootschapsrechtelijke verhouding tot de

vennootschap staat en dat hier geen verbintenis uit voortkomt waarop afdeling 9 van titel 1 van Boek 6 BW van toepassing is.²⁷ Met de verplichting van de bestuurder zou geen subjectief vermogensrecht van de vennootschap corresponderen.²⁸

De Rechtbank Midden-Nederland nam daarentegen aan dat de klachtplicht wel van toepassing is op aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW.²⁹ De rechtbank achtte van doorslaggevend belang dat artikel 6:89 BW van toepassing is op *alle verbintenissen*. In een andere uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland werd eenzelfde ‘denklijn’ gevolgd.³⁰ De rechtbank overwoog dat de vordering uit hoofde van artikel 2:9 BW is gegrond op de verbintenis tussen de bestuurder en de vennootschap. Uit die verbintenis vloeit voort dat het bestuur van de vennootschap aan de bestuurder is opgedragen en tevens dat hij gehouden is deze taak behoorlijk te vervullen. Dit impliceert dat artikel 6:89 BW ook van toepassing zou zijn op vorderingen ex artikel 2:9 BW.

4 De rechtsrelatie

4.1 De rechtsrelatie tussen de vennootschap en de bestuurder

De te leveren prestatie op grond van de overeenkomst tussen de vennootschap en haar bestuurder is behoorlijk bestuur. Immers, de bestuurder is gehouden tot behoorlijk bestuur, en de vennootschap is gerechtigd tot behoorlijk bestuur. De verplichting tot behoorlijk bestuur is daarmee de passieve zijde en het daarmee corresponderende recht van de vennootschap de actieve zijde. Het betreft daarmee een onstoffelijke prestatie die geen resultaat belooft.³¹

In het verlengde hiervan ligt de kwalificatie van de verhouding tussen de bestuurder en de vennootschap. De kwalificatie van deze verhouding is in onze optiek van cruciaal belang voor de vraag of de klachtplicht van toepassing is op aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW. De rechtsbetrekking tussen bestuurder en vennootschap wordt beheerst door zowel het vennootschapsrecht van Boek 2 BW (de vennootschapsrechtelijke rechtsbetrekking) als het verbintenissenrecht van Boek 6 en 7 BW (de verbintenisrechtelijke rechtsbetrekking). Deze rechtsbetrekking bestaat uit twee – al dan niet afzonderlijke – relaties. In de literatuur wordt deze rechtsbetrekking (en de daaruit voortkomende rechten en verplichtingen) verschillend uitgelegd.³² Zo wordt verdedigd dat sprake is van een gemengde rechtsbetrekking.³³ In die visie wordt betoogd dat de vennootschapsrechtelijke en (eventueel) de verbintenisrechtelijke rechtsbetrekking weliswaar van elkaar te onderscheiden zijn, maar desondanks dermate met elkaar verweven zijn dat sprake is van één rechtsbetrekking waarop in beginsel zowel de bepalingen van Boek 2 BW als die van Boek 6 en 7 BW van

toepassing zijn. Daarentegen is door anderen betoogd dat sprake is van een dubbele rechtsbetrekking waarbij twee te onderscheiden rechtsbetrekkingen van toepassing zijn. Boek 2 BW is van toepassing op de vennootschapsrechtelijke rechtsbetrekking, terwijl Boek 6 en 7 BW van toepassing zijn op de verbintenisrechtelijke rechtsbetrekking.³⁴

Dubbele rechtsbetrekking

Indien men uitgaat van een dubbele rechtsbetrekking, waarbij dus sprake is van twee afzonderlijke rechtsbetrekkingen, is het van belang om te bezien of aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW voortvloeit uit de verbintenisrechtelijke of uit de vennootschapsrechtelijke rechtsbetrekking. Wordt de conclusie getrokken dat aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW voortvloeit uit de verbintenisrechtelijke rechtsbetrekking,³⁵ dan zien wij geen reden om de klachtplicht niet van toepassing te verklaren. Dit omdat de klachtplicht van toepassing is op de verbintenisrechtelijke rechtsrelatie. Daarentegen wordt ook wel verdedigd dat aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW gekwalificeerd moet worden als een aansprakelijkheid die voortvloeit uit de vennootschapsrechtelijke verhouding tussen de bestuurder en de vennootschap.³⁶ In het geval dat sprake is van een dubbele rechtsbetrekking – waarbij aansprakelijkheid voortvloeit uit de vennootschapsrechtelijke rechtsbetrekking – dient te worden bezien of deze vennootschapsrechtelijke rechtsbetrekking gekwalificeerd kan worden als een verbintenis zoals beschreven in paragraaf 2.4. Wij zouden deze vraag bevestigend willen beantwoorden. Dat wil zeggen dat de klachtplicht ook in dat geval van toepassing is. Wij komen tot deze conclusie gelet op het gegeven dat behoorlijk bestuur (de verplichting) strekt tot stoffelijk voordeel (in de zin van art. 3:6 BW) van de vennootschap.

Gemengde rechtsbetrekking

In het geval men uitgaat van één gemengde rechtsbetrekking – hetgeen suggereert dat sprake is van een gemengde overeenkomst,³⁷ en dus toepasselijkheid van artikel 6:215 BW – zijn op deze (gemengde) rechtsbetrekking in beginsel zowel de bepalingen van Boek 2 BW als die van Boek 6 en 7 BW van toepassing, en daarmee dus ook (in beginsel) de klachtplicht ex artikel 6:89 BW. Zoals gezegd, wordt aangenomen dat de klachtplicht van toepassing is op een arbeidsovereenkomst en op een overeenkomst van opdracht (welke overeenkomsten worden beheerst door Boek 6 en 7 BW).³⁸ Opmerking verdient dat dit doorgaans het geval zal zijn, aangezien het leerstuk van samenloop cumulatief als uitgangspunt kent. Dit is slechts anders indien de desbetreffende regels niet naast elkaar van toepassing zijn omdat de desbetreffende wettelijke bepalingen niet met elkaar verenigbaar zijn. Dit betekent ook dat dan aan de hand van

de door de Hoge Raad geformuleerde regels van samenloop moet worden gezien of deze ‘uitzondering’ van de samenloopregel zich verzet tegen toepassing van de klachtplicht op aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW. Het voorgaande doet de vraag rijzen of de vennootschapsrechtelijke rechtsbetrekking (en dus het vennootschapsrecht) zich verzet tegen cumulatie en daarmee tegen toepassing van de klachtplicht.

Het vennootschapsrecht maakt onderdeel uit van het (algemeen) privaatrecht en verzet zich niet tegen toepassing van de klachtplicht op bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW

In de literatuur is verdedigd dat lidmaatschapsverhoudingen (Boek 2) en contractuele verhoudingen (Boek 6) zich van elkaar onderscheiden.³⁹ Zij worden gepresenteerd als tegenstellingen. In Boek 2 BW staan de lidmaatschapsverhoudingen centraal. Op basis van deze lidmaatschapsverhoudingen wordt aangenomen dat wordt besloten bij meerderheidsbesluit. De benoeming van een bestuurder vindt weliswaar plaats bij meerderheidsbesluit, maar hiermee komt alleen een aanbod tot stand. Dit aanbod moet immers nog door de bestuurder worden aanvaard. Na aanvaarding treedt de bestuurder toe tot de interne rechtsorde van de vennootschap en is hij op basis van artikel 2:9 BW gehouden tot behoorlijk bestuur. Deze verplichting tot behoorlijk bestuur dient tot stoffelijk voordeel van de vennootschap en is een vermogensrecht in de zin van artikel 3:6 BW. Wordt de conclusie getrokken dat dit gekwalificeerd dient te worden als een lidmaatschapsverhouding, dan dient deze verhouding ook te worden aangemerkt als een verbintenis in de zin van afdeling 9 van titel 1 van Boek 6 BW.⁴⁰ Door Rijsterborgh en Veldhoen wordt evenwel verdedigd dat aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW voortvloeit uit deze lidmaatschapsverhouding en dat dit niet gekwalificeerd kan worden als een verbintenis als bedoeld in afdeling 9 van titel 1 van Boek 6 BW.⁴¹ Zij betogen dat artikel 2:9 BW onderdeel uitmaakt van het vennootschapsrecht en – begrijpen wij hen goed, dan lijken zij hiermee te willen betogen – dat de klachtplicht hierdoor niet zou kunnen ‘doorwerken’ in het vennootschapsrecht.

Wij zien dit anders. Het vennootschapsrecht maakt deel uit van het BW en dus is het algemeen vermogensrecht ook van toepassing op het vennootschapsrecht. Dit was reeds zo voor de invoering van Boek 2 BW, toen het vennootschapsrecht was opgenomen in het Wetboek van Koophandel (WvK). In artikel 1 WvK is opgenomen:

‘Het Burgerlijk Wetboek is, voor zoo verre daarvan bij dit Wetboek niet bijzonderlijk is afgeweken, ook op de in dit Wetboek behandelde onderwerpen toepasselijk.’

Met het verplaatsen van de naamloze vennootschap naar het BW is dit niet anders geworden. Zie in gelijke zin Eykman, die ten aanzien van het huidige artikel 2:9 BW terecht opmerkt dat dit artikel is geschreven vanuit de op de bestuurder rustende verantwoordelijkheidsplicht en dat aansprakelijkheid van de bestuurder ‘niet louter en niet in de eerste plaats’ beoordeeld moet worden aan de hand van de bepalingen in Boek 2 BW.⁴² Ook in gelijke zin Van Schilfgaarde, die stelt dat de vennootschapsrechtjurist ervoor dient te waken dat hij niet uit het oog verliest dat het vennootschapsrecht alleen bestaat ‘krachtens de inbedding van dat gebied in het algemene privaatrecht’.⁴³ Van Schilfgaarde noemt het leerstuk van bestuurdersaansprakelijkheid een uitwerking van de privaatrechtelijke leerstukken van onrechtmatige daad en wanprestatie. Ook Verdam lijkt hetzelfde voor te staan en spreekt over doorwerking van algemene bepalingen in de deelrechtsorde van het vennootschapsrecht. In zijn optiek kan het vennootschapsrecht zich niet afsluiten van het algemene privaatrecht.⁴⁴

4.2 Kwalificatie van aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW

De uit artikel 2:9 BW voortkomende verbintenissen vertonen veel gelijkenissen met de verbintenissen die voortkomen uit wettelijke bepalingen die onderhevig zijn aan de klachtplicht. Wij beschouwen artikel 2:9 BW als een verbijzondering van de ‘normale’ tekortkoming, in die zin dat aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW wordt beperkt om (in de woorden van Kroeze) ‘bange bestuurders’ te voorkomen.⁴⁵ Omdat artikel 2:9 BW een uitwerking dan wel een verbijzondering is van aansprakelijkheid, die haar oorsprong vindt in de (arbeids)overeenkomst – en dus in een verbintenis –, heeft in onze optiek te gelden dat de klachtplicht hierop (overeenkomstig) van toepassing is.⁴⁶ Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden overwoog dat de bestuurder in een vennootschapsrechtelijke verhouding tot de vennootschap staat en dat de rechten en plichten van een bestuurder in de wet zijn geregeld. Aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW is gebaseerd op deze verplichting van een bestuurder jegens de vennootschap tot behoorlijke taakvervulling.⁴⁷ Vervolgens overwoog het gerechtshof: ‘Met deze verplichting van de bestuurder *correspondeert immers geen subjectief vermogensrecht van de vennootschap*’ (cursivering SC & DK). Afgezet tegen de hiervoor omschreven inbedding van het vennootschapsrecht in het BW, in samenhang met paragraaf 2.4, is de hiervoor omschreven conclusie van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden onjuist. De verplichting van de bestuurder dient wel te worden aangemerkt als een verbintenis en is wel degelijk een subjectief vermogensrecht. Ook de door de Hoge Raad gebruikte terminologie lijkt dit te ondersteunen. Zo spreekt de Hoge Raad in relatie tot bestuurdersaansprakelijkheid over ‘tekortgeschoten’⁴⁸ en een ‘tekortkoming’ van de bestuurder.⁴⁹ Dit duidt op een tekortkoming in de verplichtingen uit een overeenkomst,

hetgeen weer op een verbintenis duidt.

5 De klachtplicht in de praktijk

Tot slot een aantal opmerkingen over de praktische uitwerking indien – in de lijn met onze visie – wordt aangenomen dat de klachtplicht van toepassing is op aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW. Het gegeven dat de relatie tussen een bestuurder en een vennootschap dient te worden beschouwd als een duurrelatie, staat niet aan de toepasselijkheid van de klachtplicht in de weg.⁵⁰ Zo heeft de Hoge Raad overwogen dat de klachtplicht ook van toepassing is op duurrelaties.⁵¹ Met Verboom menen wij dat de bestuursplicht evenzeer een specifieke norm is, die niet wezenlijk verschilt van de zorgplicht die geldt in beleggingsadvies-, aanneming-van-werk- en arbeidsrechtrelaties.⁵²

Het praktische argument dat het vreemd is dat een bestuurder bij toepassing van de klachtplicht over zichzelf moet klagen, maakt het voorgaande in onze ogen niet anders. Naast het bestuur kunnen namelijk ook andere vennootschapsrechtelijke organen klagen.⁵³ Nadat de vennootschap heeft voldaan aan de klachtplicht, kan op een later moment een vordering tegen een (voormalig) bestuurder worden ingesteld. Ook het argument dat de ratio achter artikel 6:89 BW zich tegen toepassing zou verzetten, aangezien in de toelichtende stukken uitsluitend wordt verwezen naar (stoffelijke) prestaties (zoals bij koop), waarbij een concreet moment kan worden geïdentificeerd waarop de zaak (deugdelijk) moet worden geleverd, overtuigt ons inziens niet.⁵⁴ De Hoge Raad heeft eerder toepassing van de klachtplicht aangenomen op de bancaire zorgplicht. Ook hier is sprake van een onstoffelijke inspanningsverplichting.

Daarbij komt dat de Hoge Raad streeft naar rechtseenheid.⁵⁵ De Hoge Raad spreekt over alle verbintenissen. Een uitzondering is dan ook niet goed denkbaar, tenzij hier goede rechtvaardigingsgronden voor zijn.⁵⁶ Het is zuiverder de klachtplicht wel van toepassing te verklaren, maar vervolgens aan te nemen dat de klachtplicht niet snel geschonden zal zijn.⁵⁷

Bij beantwoording van de vraag of de vennootschap (of haar curator) binnen bekwame tijd heeft geklaagd, zijn alle omstandigheden van het geval van belang. De aard van de rechtsbetrekking tussen de bestuurder en de vennootschap maakt in onze optiek dat de klachtplicht niet snel is geschonden. Hiervoor kan aansluiting worden gezocht bij artikel 3:321 lid 1 onder d BW. Dit artikel bepaalt dat zolang een persoon bestuurder van een rechtspersoon is, vorderingen van die rechtspersoon op de bestuurder niet verjaren zolang hij bestuurder is. Gelet hierop heeft de wetgever het niet wenselijk geacht dat vorderingen op bestuurders verjaren gedurende de periode (en zes

maanden na afloop) dat zij bestuurder zijn. Ook kan worden betoogd dat indien een bestuurder had behoren te klagen – en dit heeft nagelaten –, dit ook als onbehoorlijk bestuur kan worden aangemerkt dat heeft voortgeduurd tot aan zijn defungeren als bestuurder.⁵⁸

De periode waarin de vennootschap dient te klagen, is in onze visie in sterke mate afhankelijk van het specifieke verwijt dat de bestuurder valt te maken. In gevallen waarin het onbehoorlijk bestuur moeilijk kenbaar is⁵⁹ voor de vennootschap, of zelfs wordt verhuld door de bestuurder, zal in de regel een lange(re) termijn aan de vennootschap dienen te worden gegund.⁶⁰ Dat geldt in onze optiek evenzeer voor een complex aan verwijten die elk individueel van kleine(re) aard lijken, waarbij elke afzonderlijke handeling weinig opvalt en niet tot direct ingrijpen uitnodigt, maar die desalniettemin resulteren in aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW.⁶¹ Daarentegen zal in onze optiek mededeling van de bestuurder aan de algemene vergadering van aandeelhouders omtrent zijn handelen (ten aanzien waarvan de algemene vergadering van aandeelhouders – om haar moverende redenen – geen decharge verleent) kunnen bijdragen aan schending van de klachtplicht indien een ruim tijdsverloop zit tussen de mededeling en het klagen. Ook de algemene vergadering van aandeelhouders mag niet stilzitten indien zij weet heeft van onbehoorlijk bestuur.

Een van de argumenten tegen toepasselijkheid van de klachtplicht is dat de bestuurder over zichzelf (of zijn medebestuurders) zou moeten klagen. Wij zouden willen aannemen dat de vennootschap vormvrij kan klagen. Het klagen zou besloten kunnen liggen in wilsuitingen, zoals geuit tijdens een algemene vergadering van aandeelhouders.⁶²

De klachtplicht kan tevens uitkomst bieden in het geval een bestuurder handelt in opdracht van de vennootschap. Een bestuurder die handelt in opdracht van de algemene vergadering van aandeelhouders (bijvoorbeeld in geval van een instructie ex art. 2:239 lid 4 BW) zal zich met een beroep op de klachtplicht kunnen verweren tegen een aansprakelijkstelling door de vennootschap. Immers, in genoemd geval is er aanstonds kennis bij de vennootschap van het onbehoorlijk bestuur. Deze kennis maakt dat de onderzoekstermijn direct zal aanvangen. De vennootschap zal als gevolg hiervan in actie dienen te komen. Indien zij dit niet binnen een redelijke termijn doet, zou dit een omstandigheid kunnen zijn die het aannemen van schending van de klachtplicht rechtvaardigt.

Ook zal gewicht toekomen aan benadeling aan de zijde van de bestuurder. Dit *nadeelsvereiste* is volgens de Hoge Raad een van de bepalende gezichtspunten (van ‘groot gewicht’) voor de vraag of de klachtplicht is geschonden. In het geval dat de belangen van de bestuurder niet zijn geschonden, zal niet snel reden zijn om schending

van de klachtplicht aan te nemen.⁶³ Voorbeelden waarin sprake is van benadeling laten zich gemakkelijk indenken. Gedacht zou kunnen worden aan de situatie waarin de vennootschap (of haar curator in faillissement) wacht met het kenbaar maken van haar klacht(en), en de bestuurder de eerder door hem afgesloten bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering niet verlengt en hij ook niet hoeft te verwachten dat hij alsnog aansprakelijk zal worden gesteld.⁶⁴ Indien de vennootschap wacht met klagen tot het moment dat de bestuurder geen dekking meer heeft, is er evident sprake van benadeling. Dit zou in onze optiek een omstandigheid kunnen zijn die het aannemen van schending van de klachtplicht zou kunnen rechtvaardigen.

Het is gewenst dat de Hoge Raad op korte termijn de mogelijkheid krijgt duidelijkheid te geven over de vraag of de klachtplicht van toepassing is op aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW. Hier dient men zich bij te bedenken dat het recht een sociaal bedenksel is en geen natuurlijk fenomeen, maar wel een bedenksel dat behoefte heeft aan duidelijkheid.

6 Conclusie

In dit artikel stond de verhouding tussen de klachtplicht en interne bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW centraal. Wij concluderen dat de verhouding tussen een bestuurder en de vennootschap een verbintenis is waarop afdeling 9 van titel 1 van Boek 6 BW van toepassing is. Wij komen tot deze conclusie gezien het feit dat behoorlijk bestuur (ongeacht de kwalificatie van de rechtsbetrekking) dient tot stoffelijk voordeel (in de zin van art. 3:6 BW) van de vennootschap. In artikel 3:6 BW is een opsomming van vermogensrechten opgenomen. Verbintenissen die vallen onder de reikwijdte van afdeling 9 van titel 1 van Boek 6 BW, zijn slechts die rechtsbetrekkingen met een vermogensrechtelijk karakter.

Als gevolg hiervan dient interne bestuurdersaansprakelijkheid niet te worden aangemerkt als een uitzondering op de regel, deze aansprakelijkheid valt ook onder het toepassingsbereik van de klachtplicht. Wij komen tot deze gevolgtrekking op basis van een analyse van de ‘verbintenis’ en de rechtsbetrekking tussen de bestuurder en de vennootschap. Daarnaast is een uitzondering niet noodzakelijk en tevens niet wenselijk in het kader van de rechtseenheid. Wij komen dan ook tot de slotsom dat er geen goede redenen zijn om de klachtplicht niet van toepassing te verklaren op artikel 2:9 BW. Daarentegen zijn er juist overtuigende argumenten om de klachtplicht wel van toepassing te verklaren. Toepassing van de klachtplicht op artikel 2:9 BW zal geen grote (praktische) complicaties tot gevolg hebben; de klachtplicht is weliswaar van toepassing, maar zal niet snel geschonden zijn. Slechts in uitzonderingsgevallen zal

hiervan sprake zijn. Juist voor die uitzonderlijke gevallen is de klachtplicht geschreven. Ook verzet het vennootschapsrecht zich niet tegen toepassing. Voorts komt toepassing de rechtseenheid ten goede. Het is nu wachten op ons hoogste rechtscollege.

Noten

1 Zie onder meer HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 (Van de Steeg/Rabobank). In de literatuur is al lange tijd kritiek op de verstrekkende consequenties van de klachtplichtregeling. Zie o.a. V. van den Brink, Een beetje te laat, NTBR 2011, afl. 3, p. 113-114 en J. Hijma, De klachtplicht beteugeld, in: W.H. van Boom, C. Breedveld-de Voogd, A.G. Castermans, M. de Deugd-Dijkman & J. Hijma (red.), Een kwart eeuw. Privaatrechtelijke opstellen, aangeboden aan prof. mr. H.J. Snijders, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 167-182.

2 Zie onder meer M.J. Kroeze, Klachtplicht en bestuurdersaansprakelijkheid, *RMThemis* 2015, afl. 5, p. 186 en J.B. Huizink, Klachtplicht. Art. 6:89 BW, TvI 2013/37.

3 Zie onder meer Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3225, JOR 2013/237 (Landis) en Rb. Midden-Nederland 3 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6198.

4 Daarbij verdient opmerking dat een vordering op grond van art. 2:9 BW kan afstuiten op decharge die veelal aan bestuurders wordt verleend (uiteraard uitsluitend ingeval de decharge zich uitstrekt over gegevens die uit de jaarrekening blijken of anderszins aan de algemene vergadering van aandeelhouders bekend zijn gemaakt voorafgaand aan het verlenen van de decharge).

5 Zie voor kritiek op dit ‘alles of niets’-karakter C. Bollen & T. Hartlief, De klachtplicht van de teleurgestelde contractant. Een laatste alles of niets-bolwerk ontmanteld, NJB 2009/2192.

6 Parl. Gesch. Boek 7, p. 146 en MvA II, Parl. Gesch. Boek 7, p. 152. Zie ook Parl. Gesch. Boek 6, p. 316-317 en HR 23 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3733, NJ 2008/552 (Ploum/Smeets).

7 HR 5 april 1968, ECLI:NL:HR:1968:AB6996, NJ 1968/25 (Pekingenden).

8 J. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 333a; R.P.J.L. Tjittes, *Rechtsverwerking en klachtplichten (Mon. BW A6b)*, Deventer: Kluwer 2013, par. 31; Peter, in: GS Onrechtmatige daad, VI.1.11. Zie ook HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4850, NJ

2008/605 (*Amsing/Dijkstra-Post*).

9 In de meeste gevallen zal dit het individuele belang (het rechtszekerheidsbeginsel) van de schuldenaar betreffen, maar in bepaalde omstandigheden is het (meer abstracte) verkeersbelang ook gediend bij een tijdige klacht. Zie ook A-G Huydecoper in zijn conclusie voor HR 21 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE1529, NJ 2002/540 (Van Est/Kimberly).

10 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 (Van de Steeg/Rabobank).

11 HR 8 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM9615, NJ 2010/545 (Tan e.a./Chipshol en Forward).

12 In dit verband dient de rechter – aldus de Hoge Raad – rekening te houden met enerzijds het voor de schuldeiser ingrijpende rechtsgevolg van het te laat protesteren, zoals in art. 6:89 BW is vermeld, en anderzijds de concrete belangen waarin de schuldenaar is geschaad door het late tijdstip waarop is geprotesteerd, zoals een benadeling in zijn bewijspositie of een aantasting van zijn mogelijkheden de gevolgen van de gestelde tekortkoming te beperken.

13 J.M. Smits, *Bronnen van verbintenissen* (Mon. BW A2), Deventer: Kluwer 2003, p. 7; Asser/Sieburgh 6-I 2016/6; Hijma & Olthof 2017, par. 299.

14 Parl. Gesch. Boek 6, p. 38.

15 Asser/Sieburgh 6-I 2016/6.

16 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/1.0.

17 R.W.E. van Leuken, M.M.C. van de Moosdijk & V. Tweehuysen, *Hartkamps Compendium van het vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 38.

18 Smits 2003, p. 6. Zie ook HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176, in welk arrest de Hoge Raad overwoog dat de klachtplicht niet van toepassing is op een vordering uit onrechtmatige daad. Zie anders E.A.L. van Emden & M. de Haan, *Klachtplicht ook bij (zuivere) onrechtmatige daad?*, AV&S 2013, afl. 11, p. 91-95, die betogen dat de klachtplicht ex art. 6:89 BW ook toegepast kan worden op een kale rechtsplicht en daarmee op een vordering uit onrechtmatige daad.

19 Zo zoekt Schild het argument voor uitsluiting van de klachtplicht bij aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW in de ‘oorsprong’ van de op de bestuurder rustende ‘prestatie’. Deze prestatie zou haar oorsprong niet

vinden in een verbintenis, maar in het vennootschapsrecht (de vennootschapsrechtelijke rechtsverhouding). Gelet hierop zou de klachtplicht per definitie niet van toepassing zijn op aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW. A.J.P. Schild, De klachtplicht en bestuurdersaansprakelijkheid, *bien étonnés de se trouver ensemble?*, in: E.B. Rank-Berenschot, L. Strikwerda, L. Timmerman, & P. Vlas (red.), *Alles afgewogen: privaatrechtelijke opstellen aangeboden aan mr. C.L. de Vries Lentsch-Kostense ter gelegenheid van haar afscheid als Plaatsvervangend Procureur-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 59-66. Zie ook 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, p. 101-103.

20 Tjittes zoekt de dogmatische rechtvaardiging voor het niet van toepassing zijn van de klachtplicht op aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW in art. 6:89 BW zelf. Art. 6:89 BW beperkt zijn toepassingsbereik tot een *gebrekkige prestatie*. Daarvan is bij een verbintenis uit de wet, zoals art. 2:9 BW in zijn optiek wordt gezien, geen sprake. Het oordeel van de Hoge Raad uit Van de Steeg/Rabobank, dat art. 6:89 BW van toepassing is op alle verbintenissen, dient in zijn optiek te worden gelezen in de context van die betreffende rechtsoverweging, waarbij het toepassingsbereik van art. 6:89 BW wordt afgezet tegen het toepassingsbereik van art. 7:23 BW (koop). De Hoge Raad heeft daarmee naar de mening van Tjittes niet willen zeggen dat de klachtplicht ook van toepassing is op alle verbintenissen uit de wet. R.P.J.L. Tjittes, Een klachtplicht bij interne bestuurdersaansprakelijkheid?, in: G. van Solinge, J. van Bekkum, N. Kreileman & B.A. Schuijling (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 473-488.

21 Zo menen Kroeze en Wezeman dat het efficiënter zou zijn om aanstonds duidelijk te maken dat de klachtplicht niet van toepassing is op art. 2:9 BW. In hun optiek zou er voor uitzonderlijke gevallen een beroep op het leerstuk van rechtsverwerking mogelijk zijn via de band van art. 2:8 BW. In dat verband wijzen zij erop dat het van toepassing verklaren van de klachtplicht tot onwenselijke gevolgen zou leiden, hetgeen onder meer het gevolg zou zijn in de verhouding tussen de klachtplicht en decharge en kwijting. M.J. Kroeze & J.B. Wezeman, De curator en interne bestuurdersaansprakelijkheid, in: P.H.W. Schreurs, J.J. Reiziger, E.A.H. ten Berge, F.F.A. Smetsers, E.J.R. Verwey & A.M.T. Weersink (red.), *De gereedschapskist van de curator: Insolad Jaarboek 2015*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 12.

22 Rijsterborgh & Veldhoen 2015, p. 103.

23 Kroeze 2015, p. 186.

24 Zie onder meer de noot van U.B. Verboom bij Hof Arnhem-Leeuwarden 24 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:523, JOR 2017/122, die opmerkt dat er geen goede dogmatische argumenten zijn om de klachtplicht wel van toepassing te verklaren op schending van de zorgplicht in beleggingsadvies-, aanneming-van-werk- en arbeidsrechtrelaties, maar niet bij schending van de plicht om behoorlijk te besturen.

25 Wenk van A. Schennick bij Rb. Zeeland-West-Brabant 14 september 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:5790, RO 2016/68.

26 Rb. Zeeland-West-Brabant 5 november 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:9203, JOR 2015/94 (Vilenzo).

27 Hof Arnhem-Leeuwarden 24 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:523, JOR 2017/122.

28 Zie ook Rb. Gelderland 21 februari 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:1153. Ook hier werd aangenomen dat de klachtplicht niet van toepassing is op aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW, omdat deze aansprakelijkheid volgens de rechtbank niet gebaseerd zou zijn op een overeenkomst maar op onrechtmatig handelen. Het zou gaan om een op de bestuurder rustende algemene rechtsplicht, waarop de klachtplicht niet van toepassing zou zijn.

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

30 Rb. Midden-Nederland 3 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6198.

31 De op de bestuurder rustende verbintenis laat zich kwalificeren als een inspanningsverbintenis.

32 Voor uitgebreide literatuurverwijzing, zie J.H. Bennaars, De rechtspositie van de bestuurder, Deventer: Wolters Kluwer 2015, par. 1.4.

33 P. van Schilfgaarde, J. Winter, J.B. Wezeman & J. Schoonbrood, Van de BV en de NV, Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 45.

34 Zie onder meer Huizink, in: GS Rechtspersonen 2017, art. 2:132 BW, aant. 11.3.3.

35 Zo spreken Van Solinge en Nieuwe Weme ook over een toerekenbare tekortkoming in geval van onbehoorlijk bestuur. Zie Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/445 en 451.

- 36** B.F. Assink & W.J. Slagter, *Compendium ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 877.
- 37** J.B. Huizink, *De positie van de directeur en de commissaris: tijd voor een nieuwe visie?*, *O&F* 2001/48, p. 6.
- 38** Zie onder meer I.L. Gerrits & M. Opdam, *De klachtplicht in het arbeidsrecht*, *ArbeidsRecht* 2017/32.
- 39** W.J. Slagter, *De lidmaatschapsverhouding als grondslag van het rechtspersonenrecht*, *Ondernemingsrecht* 2004, afl. 11, p. 424-428.
- 40** R.C.J. Galle, *De flexibele vereniging*, *WPNR* 2005/6621.
- 41** Rijsterborgh & Veldhoen 2015, p. 101.
- 42** L.G. Eykman, *De aansprakelijkheid van directeuren en commissarissen tegenover de vennootschap, gezien vanuit algemene civielrechtelijke beginselen*, *TVVS* 1986, afl. 4, p. 89.
- 43** P. van Schilfgaarde, *De redelijkheid en billijkheid in het ondernemingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 255-256.
- 44** *A.H.F. Verdam Schending van art. 2:8 BW en onrechtmatige daad*, *WPNR* 2017/7163. Hierbij dient te worden opgemerkt dat Verdam de gedachte voorstaat dat het handelen in strijd met de redelijkheid en billijkheid door een bestuurder in de uitoefening van zijn bestuurderstaak niet dient te worden gezien vanuit de overeenkomst tussen de bestuurder en de vennootschap, maar juist vanuit de ‘rechtspersoonlijke constellatie’. Deze rechtspersoonlijke constellatie is in onze optiek echter ook een verbintenis die – als men hiervan uit zou gaan – tot de conclusie noopt dat de klachtplicht van toepassing is.
- 45** M.J. Kroeze, *Bange bestuurders*, *Ondernemingsrecht* 2006, afl. 3, p. 4-14. Aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW wordt in die zin beperkt dat voor aansprakelijkheid op de voet van art. 2:9 BW is vereist dat de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. De vraag of sprake is van een ernstig verwijt moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden. Zie voor de discussie omtrent de stelplicht en bewijslast aangaande het ernstig verwijt Huizink, in: *GS Rechtspersonen* 2018, art. 2:9 BW, aant. 14.4.3 en de daar genoemde literatuur. Het gaat het bestek van dit artikel te buiten om de in de literatuur gevoerde discussie omtrent de stelplicht en bewijslast aangaande het ernstig verwijt te behandelen. Wanneer wij in dit artikel schrijven over onbehoorlijk bestuur veronderstellen wij dat onbehoorlijk bestuur aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW tot gevolg heeft, tenzij de bestuurder geen ernstig verwijt gemaakt kan worden.

46 H. de Groot, Bestuurdersaansprakelijkheid (R&P nr. ONR2), Deventer: Kluwer 2011, p. 24-30.

47 Hof Arnhem-Leeuwarden 24 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:523.

48 HR 16 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ0419, NJ 2007/256 (Tuin Beheer), r.o. 3.3, waarin de Hoge Raad spreekt over: 'tekortgeschoten in de nakoming van de uit zijn aanstelling/opdracht voortvloeiende verplichtingen tegenover die vennootschap'.

49 HR 2 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3535, NJ 2007/240 (Nutsbedrijf Westland), r.o. 3.4.4, waarin de Hoge Raad spreekt over: 'De reikwijdte van die bepalingen is evenwel niet beperkt tot vorderingen die zijn gebaseerd op een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis die voor de bestuurder respectievelijk werknemer voortvloeit uit zijn (arbeids)overeenkomst.'

50 Kroeze is daarentegen van mening dat vanwege het feit dat niet duidelijk is op welk moment 'de prestatie' is geleverd, de klachtplicht niet geschikt is voor toepassing op interne bestuurdersaansprakelijkheid. Zie Kroeze 2015, p. 186. De onbepaaldheid van het moment van de prestatie is evenwel inherent aan een duurrelatie en maakt niet dat de klachtplicht in die relatie geen toepassing zou moeten vinden. Zie ook HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 (Van de Steeg/Rabobank), waar een beleggingsadviesrelatie centraal stond. Zie ook HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1270, NJ 2017/344.

51 HR 11 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL8297, NJ 2010/331 (Kortenhorst/Van Lanschot Bankiers). Zie ook Tjittes 2013, par. 30.

52 De noot van U.B. Verboom bij Hof Arnhem-Leeuwarden 24 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:523, JOR 2017/122 onder 6.

53 M.A. Verbrugh, Klachtplicht en bestuurdersaansprakelijkheid, in B.F. Assink, L. Timmerman & J.B. Wezeman (red.), De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders'. Opstellen voor prof. mr. M.J. Kroeze, vanwege zijn toetreden als raadsheer tot de civiele kamer van de Hoge Raad der Nederlanden per 1 september 2016, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 444. Zie ook HR 11 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL8297, NJ 2010/331 (Kortenhorst/Van Lanschot Bankiers) en J. Hijma in zijn noot onder NJ 2013/139 onder 10.

54 Zie voor dit argument onder meer Tjittes 2017 en Rijsterborgh & Veldhoen 2015, p. 99-105.

55 F.B. Bakels, Totstandkoming en uitleg van uitspraken van de Hoge

Raad, AA 2015, afl. 11, p. 929.

56 Hierbij kan worden gedacht aan het ‘ernstig verwijt’-criterium bij bestuurdersaansprakelijkheid, zie onder meer HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470, r.o. 3.3.2.

57 In gelijke zin: Hof Arnhem-Leeuwarden 14 november 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:9983, r.o. 5.12.

58 Zie ook Verbrugh 2017, p. 435-446, die schrijft dat: ‘(...) voor zover de bestuurder door niet te klagen zijn aansprakelijkheid zou kunnen ontlopen, zou het niet klagen zelfstandig kunnen worden beschouwd als een ernstig verwijt in de zin van art 2:9 BW.’

59 Ook wij zien dat het onderhavige dogmatisch niet geheel juist is, nu kennis van de bestuurder wordt geacht kennis van de vennootschap te zijn, maar in dit geval zouden wij willen aannemen dat hiervan pas sprake is als de vergadering van aandeelhouders met het onbehoorlijk bestuur bekend is.

60 Hierbij kan aansluiting worden gezocht bij art. 3:321 lid 1 onder f BW.

61 Zie in gelijke zin: Rb. Midden-Nederland 3 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6198.

62 Zie noot 53.

63 Zie HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 (Van de Steeg/Rabobank). Zie ook Hijma 2016, p. 173-174.

64 Het niet kenbaar maken van de klacht(en) kan verschillende redenen hebben; denk hierbij aan een bestuurder die uit rancune jegens zijn voormalig bestuurder nalaat om een klacht kenbaar te maken om hem zo te treffen, ofwel eenvoudigweg de situatie dat een bestuurder of curator in geval van faillissement (al dan niet bewust) stilzit.