

RO 2024/44

Is de klachtplicht van toepassing op interne bestuurdersaansprakelijkheidsvorderingen (art. 2:9 BW)?

HR 26-04-2024, ECLI:NL:HR:2024:681

Instantie	Hoge Raad
Datum	26 april 2024
Magistraten	Mrs. M.J. Kroeze, C.E. du Perron, F.J.P. Lock, A.E.B. ter Heide, K. Teuben
Zaaknummer	23/02026
Conclusie	A-G mr. B.F. Assink
JCDI	JCDI:ADS968987:1
Vakgebied(en)	Ondernemingsrecht / Rechtspersonenrecht Verbintenissenrecht / Overeenkomst
Brondocumenten	ECLI:NL:HR:2024:681, Uitspraak, Hoge Raad, 26-04-2024 ECLI:NL:PHR:2024:185, Conclusie, Hoge Raad (Parket), 16-02-2024 Beroepschrift, Hoge Raad, 22-05-2023
Wetingang	Art. 2:9, 6:89 BW

Essentie

Klachtplicht. Bestuurdersaansprakelijkheid.

Is de klachtplicht van toepassing op interne bestuurdersaansprakelijkheidsvorderingen (art. 2:9 BW)?

Samenvatting

Parkdale spreekt haar oud-bestuurder (eiser tot cassatie) op grond van artikel 2:9 BW aan vanwege zijn rol bij het beheer van gelden van een 100% dochtervennootschap, Dala Mining. Parkdale zou als beheerder van de gelden op verzoek van Dala Mining betalingen verrichten voor een groot delvingsproject in Kazachstan. Per 24 februari 2016 trad eiser tot cassatie terug als bestuurder. Na zijn aftreden is op verzoek van Dala Mining onderzoek gedaan naar de dienstverlening van eiser tot cassatie bij Parkdale. Het rapport dat daarover werd uitgebracht, was kritisch. Parkdale heeft naar aanleiding van de onderzoeksbevindingen daarop de onderhavige procedure op grond van onder meer art. 2:9 BW tegen haar oud-bestuurder aanhangig gemaakt. De rechtbank (Rb. Noord-Nederland 9 september 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:2965) en het hof (Hof Arnhem-Leeuwarden 21 februari 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:1607) wezen de vorderingen van Parkdale grotendeels toe. Aan het verweer van de oud-bestuurder dat Parkdale te laat had geklaagd, gingen zowel de rechtbank als het hof voorbij. De oud-bestuurder heeft hiertegen geklaagd in cassatie. Aldus werd aan de Hoge Raad de vraag voorgelegd of de klachtplicht van toepassing is op interne bestuurdersaansprakelijkheidsvorderingen ex artikel 2:9 BW.

HR: Een redelijke wetsuitleg brengt mee dat aan een bestuurder ter afwering van aansprakelijkheid op de voet van artikel 2:9 BW jegens de rechtspersoon, geen beroep kan toekomen op artikel 6:89 BW. Dit vloeit voort uit

de aard van de (rechtspersonenrechtelijke) rechtsverhouding tussen bestuurder en rechtspersoon en uit de omstandigheid dat een rechtspersoon bezwaarlijk kan worden tegengeworpen dat de bestuurder tijdens zijn aanstelling ter zake van onbehoorlijke taakvervulling door hemzelf als bestuurder tegenover de rechtspersoon, nalaat namens die rechtspersoon te protesteren bij zichzelf. Dit geldt ook voor de ingevolge artikel 2:9 lid 2 BW hoofdelijk met die bestuurder verbonden medebestuurders nu onder meer de collegiale verhoudingen binnen het bestuur kunnen bemoeilijken dat binnen bekwame tijd wordt geprotesteerd tegen onbehoorlijke taakvervulling van een medebestuurder.

Verwant oordeel

Zie ook:

- Hof Arnhem-Leeuwarden 24 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:523, *JOR* 2017/122 m.nt. U.B. Verboom;
- Rb. Zeeland-West-Brabant 14 september 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:5790, *RO* 2016/68;
- Rb. Zeeland-West-Brabant 5 november 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:9203, *JOR* 2015/94 m.nt. R.J.G. de Haan;
- J.B. Huizink, 'Bij bestuurdersaansprakelijkheid hoort geen klachtplicht', *O&F* 2018, afl. 3, p. 5-13;
- M.J. Kroeze, 'Klachtplicht en bestuurdersaansprakelijkheid', *RMThemis* 2015/5, p. 185-186;
- A.J. Rijsterborgh & Z.D. Veldhoen, 'De onwenselijkheid van de klachtplicht uit art. 6:89 BW op vorderingen ex art. 2:9 BW: een dogmatisch en een praktisch perspectief', *MvV* 2015, afl. 4, p. 99-105;
- J.J. Valk, 'Het toepassingsbereik van de klachtplicht', *MvV* 2020/2, p. 43-52;
- R.P.J.L. Tjittes, 'Een klachtplicht bij interne bestuurdersaansprakelijkheid?', in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning van een uitdijend rechtsgebied*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 473-488;.

Zie anders:

- Rb. Midden-Nederland 17 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6573, *JIN* 2015/12 m.nt. F. Oostlander;

- Rb. Midden-Nederland 3 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6198, RO 2015/20;
- Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3225, JOR 2013/237 m.nt. U.B. Verboom (Landis);
- S.A.L.L. Caris & D.J.M. Kulk, 'Interne bestuurdersaansprakelijkheid en de klachtplicht: de uitzondering op de regel of de regel op de uitzondering?', *MvO* 2018, afl. 8-9, p. 249-256.

Wenk

De klachtplicht van artikel 6:89 BW kan een krachtig middel zijn voor een schuldenaar: wordt niet tijdig mededeling gedaan van een gebrek in de prestatie, dan verliest een schuldeiser zijn rechten. Sinds de invoering van het artikel in het Burgerlijk Wetboek in 1992, is veelvuldig een beroep op deze bepaling gedaan, en heeft de Hoge Raad kans gehad het toepassingsbereik van de klachtplicht nader vorm te geven en verder uit te breiden.

Ook bestuurders van rechtspersonen zagen in de klachtplicht een kans ter afwering van aansprakelijkheid. In de afgelopen (ruim) 10 jaar is in de feitenrechtspraak dan ook herhaaldelijk de vraag opgeworpen of de klachtplicht van toepassing is op interne bestuurdersaansprakelijkheidsvorderingen ex artikel 2:9 BW. Onder de feitenrechtters bestond verdeeldheid over het antwoord op die vraag, en ook in de rechtsliteratuur bestond hierover discussie (zie o.a. de 'zie ook/zie anders'-verwijzingen hiervoor).

Het heeft enige tijd geduurd voordat de Hoge Raad zich over deze kwestie mocht uitspreken, maar op 26 april 2024 was het zover. De Hoge Raad oordeelt onomwonden dat een redelijke wetsuitleg meebrengt dat aan een bestuurder ter afwering van zijn aansprakelijkheid op de voet van artikel 2:9 BW géén beroep kan toekomen op artikel 6:89 BW. De Hoge Raad baseert dit oordeel op twee (zelfstandige) pijlers: zowel rechtssystematisch als vanuit meer praktisch oogpunt staat een redelijke wetsuitleg daaraan in de weg.

Rechtssystematisch staat de rechtsverhouding tussen de bestuurder en de rechtspersoon aan toepassing van de klachtplicht in de weg. De rechtsverhouding tussen een bestuurder en een rechtspersoon is tweeledig: er is sprake van (i) een rechtspersonenrechtelijke verhouding (een lidmaatschapsverhouding), die wordt beheerst door boek 2 BW, en (ii) van een contractuele verhouding, die wordt beheerst door boek 6 en 7 BW (*Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb* 2019/171). De rechtspersonenrechtelijke verhouding brengt mee dat de bestuurder is gebonden aan de wet en de gewoonte, en de statuten, reglementen en besluiten van die rechtspersoon. Die gebondenheid betreft volgens de Hoge Raad ook artikel 2:9 BW. De in artikel 2:9 BW neergelegde verplichtingen van een bestuurder en de daarop gebaseerde aansprakelijkheid worden dus expliciet in de rechtspersonenrechtelijke rechtsbetrekking geplaatst en niet (mede) in de vermogensrechtelijke rechtsbetrekking. Van een verbintenis is dan geen sprake, zodat de klachtplicht toepassing mist. De klachtplicht is immers van toepassing op *alle* verbintenissen (HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600 (*Van de Steeg/Rabobank*)), maar niet op andere rechtsplichten. Voor een uitgebreide verhandeling hierover, zie de Conclusie van P-G Assink voor HR 26 april 2024, ECLI:NL:PHR:2024:185, par. 3.5 t/m 3.28.

Ook praktische bezwaren staan aan toepassing van de klachtplicht op artikel 2:9 BW-vorderingen in de weg. Een bestuurder zal niet snel namens de rechtspersoon bij zichzelf protesteren over zijn eigen onbehoorlijke taakvervulling. De Hoge Raad trekt hier een parallel met de ratio van de verlengingsgrond voor de verjaring tussen rechtspersonen en haar bestuurders (artikel 3:321 aanhef en onder d BW). Ook medebestuurders zullen terughoudend zijn met klagen over een van hun bestuurders. Collegiale verhoudingen kunnen daaraan in de weg staan. Sterker: aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW is een collectieve aansprakelijkheid, wat ertoe leidt dat alle bestuurders (behoudens disculpatie) hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het onbehoorlijk bestuur. Door te klagen over een medebestuurder, stelt een bestuurder zichzelf dus ook bloot aan aansprakelijkheid.

De vraag die na lezing van dit arrest resteert, is of een aangesproken bestuurder wel een beroep op de klachtplicht toekomt indien de aansprakelijkheid voor bestuurshandelen niet wordt gegrond op artikel 2:9 BW, maar op schending van de managementovereenkomst of de arbeidsovereenkomst. Volgens P-G Assink kan als uitgangspunt van een dergelijke samenloop geen sprake zijn, omdat sprake is van gescheiden circuits: de artikel 2:9 BW-aansprakelijkheid heeft betrekking op 'bestuurshandelen' ('bestuursfouten') en de contractuele component kan pas aan de orde komen als gedragingen daarbuiten vallen en te karakteriseren zijn als 'niet-bestuurshandelen' ('niet-bestuursfouten'). De contractuele aansprakelijkheid ziet dus op mogelijke aansprakelijkheid van de betrokkene jegens de rechtspersoon voor handelen in andere hoedanigheid (die van werk- of opdrachtnemer) waartoe artikel 2:9 BW zich niet uitstrekt (Conclusie P-G Assink voor HR 26 april 2024, ECLI:NL:PHR:2024:185, par. 3.27.21). Ook in het arrest valt mogelijk een ontkennende beantwoording van deze vraag te lezen. Het rechtssystematische bezwaar valt weliswaar weg als de aansprakelijkheid wordt gegrond op schending van een overeenkomst, maar de praktische bezwaren gelden onverminderd. En ieder van die bezwaren was volgens de Hoge Raad zelfstandig grond voor zijn oordeel dat een redelijke wetsuitleg aan toepassing van de klachtplicht in de weg stond. Artikel 6:89 BW kan een aangesproken bestuurder ook in die situatie dus waarschijnlijk geen soelaas bieden als deze wordt aangesproken voor bestuurshandelen.

Dat is anders als een bestuurder op grond van de management- of arbeidsovereenkomst wordt aangesproken voor handelen dat niet kwalificeert als bestuurshandelen. Er is dan 'gewoon' sprake van de niet-nakoming van een verbintenis uit overeenkomst, dat binnen het toepassingsbereik van de klachtplicht valt.

Tot slot: in uitzonderingsgevallen zou met een beroep op artikel 2:8 BW eenzelfde resultaat kunnen worden bereikt als met een beroep op artikel 6:89 BW.

C.L. Kruse

Partij(en)

Arrest in de zaak van

[Eiser], eiser tot cassatie, adv.: mr. J. de Jong van Lier,

tegen

Parkdale International B.V., te Burgum, verweerster in cassatie, hierna: Parkdale, niet verschenen.

Uitspraak

Hoge Raad:

1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

- a. de vonnissen in de zaak C/17/162343/HA ZA 18-199 van de rechtbank Noord-Nederland van 28 november 2018, 6 februari 2019, 20 februari 2019 en 9 september 2020;
- b. de arresten in de zaak 200.288.771/01 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 28 december 2021 en 21 februari 2023.

[Eiser] heeft tegen het arrest van het hof van 21 februari 2023 beroep in cassatie ingesteld.

Tegen Parkdale is verstek verleend.

De zaak is voor [eiser] toegelicht door zijn advocaat.

De conclusie van de Advocaat-Generaal B.F. Assink strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De advocaat van [eiser] heeft schriftelijk op die conclusie gereageerd.

2. Uitgangspunten en feiten

2.1

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- (i) [Eiser] en zijn compagnon vormden [de maatschap] (hierna: [de maatschap]). Zij waren oorspronkelijk de bestuurders en de aandeelhouders van Parkdale, toen nog een lege vennootschap met een andere naam.
- (ii) Op 26 januari 2011 hebben [eiser] en zijn compagnon de aandelen in Parkdale overgedragen aan Parkdale International Ltd (hierna: Parkdale Ltd). Na de overdracht werd Parkdale Ltd de bestuurder van Parkdale. Op 5 mei 2011 is [eiser] naast Parkdale Ltd benoemd tot bestuurder van Parkdale.
- (iii) Parkdale Ltd was destijds enig aandeelhouder van Dala Mining LLP (hierna: Dala Mining).
- (iv) In februari 2011 heeft Dala Mining een managementovereenkomst gesloten met Dumul Technical Services B.V. (hierna: Dumul). [Betrokkene 3] (hierna: [betrokkene 3]) was toen, en ook nadien, bestuurder en enig aandeelhouder van Dumul. Per 1 maart 2011 heeft Dala Mining een arbeidsovereenkomst gesloten met [betrokkene 3]. [Betrokkene 3] was vanaf 20 juli 2011 bestuurder van Parkdale Ltd.
- (v) De aandelen in Dala Mining zijn op 6 oktober 2011 aan Parkdale overgedragen.
- (vi) In 2011 heeft een Japanse onderneming ongeveer \$ 80 miljoen geïnvesteerd in Dala Mining. Met deze investering verkreeg zij een aanzienlijk belang in een groot delvingsproject in Kazachstan.
- (vii) Dala Mining heeft op 7 juni 2012 \$ 5 miljoen laten overmaken naar Parkdale, die als beheerder van het bedrag zou optreden en op verzoek van Dala Mining betalingen zou verrichten ten behoeve van het delvingsproject. Het restant van dit bedrag zou uiteindelijk weer naar Dala Mining moeten worden overgemaakt.
- (viii) Medio 2014 hebben Dala Mining en Parkdale twee 'Agency Contracts' ondertekend waarin is bevestigd dat de aan Parkdale ter beschikking gestelde fondsen dienden te worden besteed aan de ontwikkeling van het delvingsproject, en dat Parkdale die bestedingen moest kunnen verantwoorden.
- (ix) Sinds de hiervoor onder (ii) bedoelde benoeming van [eiser] tot bestuurder van Parkdale was Parkdale gevestigd op het kantooradres van [de maatschap]. Het postadres van Parkdale was ook gelijk aan dat van [de maatschap]. De bankrekeningen van Parkdale stonden geregistreerd op het kantooradres van [de maatschap].
- (x) Op 29 januari 2016 heeft Parkdale Ltd het ontslag van [eiser] als bestuurder van Parkdale per 24 februari 2016 aanvaard en [eiser] algehele decharge verleend voor het gevoerde beleid tot aan de datum van zijn terugtreden.
- (xi) Control Risks Benelux B.V. heeft op 28 maart 2018 in opdracht van Dala Mining een rapport uitgebracht over de dienstverlening door [eiser] bij Parkdale in de periode van 1 april 2011 tot 31 december 2015. Dit rapport was daarover kritisch.

2.2

Voor zover in cassatie van belang vordert Parkdale in deze procedure, onder meer op de voet van art. 2:9 BW, veroordeling van [eiser] tot betaling aan Parkdale van bepaalde bedragen in verband met:

- door Parkdale aan Dumul en [betrokkene 3] verstrekte en niet-terugbetaalde leningen, althans aan hen uitgekeerde bedragen, voor \$ 600.000 respectievelijk \$ 250.000 aan hoofdsommen;
- door [de maatschap] aan Parkdale ten onrechte gefactureerde bedragen, waaronder honoraria voor [eiser], voor ruim € 300.000.

2.3

De rechtbank heeft deze vorderingen grotendeels toegewezen.^[1.]

2.4

Het hof heeft het vonnis wat betreft deze vorderingen bekrachtigd, behoudens een correctie die in cassatie niet van belang is.^[2.] Het heeft daartoe onder het kopje “Schending van de klachtplicht” onder meer als volgt overwogen.

Voor zover al sprake is van gebreken in door [eiser] verrichte prestaties, voeren [eiser]/[de maatschap] aan dat daarover niet is geklaagd binnen bekwame termijn nadat Parkdale deze heeft ontdekt of had moeten ontdekken en doen zij aldus een beroep op art. 6:89 BW. (rov. 3.15)

Het hof volgt hen hierin niet, omdat de grondslagen van zowel de hierna te bespreken vorderingen van Parkdale tegen [eiser]/[de maatschap] als de daaropvolgende toewijzende beslissing van de rechtbank zijn gelegen in interne bestuurdersaansprakelijkheid. Deze grondslag rechtvaardigt geen beroep op schending van de klachtplicht.

Voor interne bestuurdersaansprakelijkheid geldt als uitgangspunt dat de vennootschapsrechtelijke verhouding tussen de bestuurder en de rechtspersoon specifieke, in de wet geregelde rechten en plichten meebrengt. De aansprakelijkheid van de bestuurder tegenover de rechtspersoon op grond van art. 2:9 BW is gebaseerd op de verplichting van de bestuurder om daaraan invulling te geven. Die bepaling is op zichzelf echter geen bron van een verbintenis tussen bestuurder en rechtspersoon tot het verrichten van enige concrete prestatie. Schending van de daarin geregelde verplichting resulteert daarom niet in een verbintenis waarop afdeling 9 van titel 1 van boek 6 BW van toepassing is. [Eiser]/[de maatschap] komt met betrekking tot een vordering die is gebaseerd op schending van art. 2:9 BW dan ook geen beroep toe op het in die afdeling opgenomen art. 6:89 BW. (rov. 3.16)

3. Beoordeling van het middel

3.1

Onderdeel 2 van het middel klaagt onder meer dat het hof in rov. 3.16 heeft miskend dat de schuldeiser van een op art. 2:9 BW gebaseerde vordering op de voet van art. 6:89 BW zijn aanspraken kan verliezen door niet tijdig te klagen. Deze klacht faalt op grond van het navolgende.

3.2

Met de benoeming van een bestuurder als zodanig ontstaat tussen die bestuurder en de rechtspersoon een rechtspersonenrechtelijke rechtsverhouding, die meebrengt dat de bestuurder is gebonden aan de wet en de gewoonte, en de statuten, reglementen en besluiten van die rechtspersoon. Die gebondenheid betreft ook art. 2:9 lid 1 BW. Daarin is bepaald dat elke bestuurder tegenover de rechtspersoon is gehouden tot een

behoorlijke vervulling van zijn taak. Een bestuurder die zijn taak als bestuurder niet behoorlijk vervult, is daarvoor aansprakelijk als hem daarvan een ernstig verwijt kan worden gemaakt.^[3.]

Indien een bestuurder aansprakelijk is op de voet van art. 2:9 lid 1 BW, zijn medebestuurders voor het onbehoorlijk bestuur ingevolge art. 2:9 lid 2 BW in beginsel hoofdelijk aansprakelijk.

3.3

Art. 6:89 BW bepaalt dat een schuldeiser op een gebrek in de prestatie geen beroep meer kan doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar ter zake heeft geprotesteerd.

3.4

Een redelijke wetsuitleg brengt mee dat aan een bestuurder ter afwering van zijn aansprakelijkheid op de voet van art. 2:9 BW jegens de rechtspersoon, geen beroep kan toekomen op art. 6:89 BW. Dit vloeit voort uit de aard van de rechtsverhouding tussen bestuurder en rechtspersoon (zie hiervoor in 3.2) en uit de omstandigheid dat een rechtspersoon bezwaarlijk kan worden tegengeworpen dat de bestuurder tijdens zijn aanstelling ter zake van onbehoorlijke taakvervulling door hemzelf als bestuurder tegenover de rechtspersoon, nalaat namens die rechtspersoon te protesteren bij zichzelf.^[4.] Het voorgaande geldt eveneens voor de ingevolge art. 2:9 lid 2 BW hoofdelijk met die bestuurder verbonden medebestuurders nu onder meer de collegiale verhoudingen binnen het bestuur kunnen bemoeilijken dat binnen bekwame tijd wordt geprotesteerd tegen onbehoorlijke taakvervulling van een medebestuurder.^[5.]

3.5

De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

4. Beslissing

De Hoge Raad:

- verwerpt het beroep;
- veroordeelt [eiser] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Parkdale begroot op nihil.

Conclusie

Conclusie A-G mr. B.F. Assink:

Inleiding

Van der Hoef is door Parkdale, die hij een tijd heeft bestuurd, in rechte aangesproken vanwege zijn rol bij het beheer van haar gelden. In cassatie spelen nog aanspraken van Parkdale jegens hem uit hoofde van art. 2:9 BW en art. 6:203 e.v. BW. In feitelijke instanties zijn deze vorderingen toegewezen, met een kleine correctie vanwege een rekenfout in eerste aanleg. In cassatie klaagt Van der Hoef ter zake mede over de verwerping in hoger beroep van zijn klachtplichtverweer in de zin van art. 6:89 BW. Dit is zonder meer het *pièce de*

résistance in cassatie (zie onder 3.5-3.28.2 hierna). M.i. treft geen van zijn klachten doel.

1. Feiten (voor zover relevant in cassatie)

In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende feiten, ontleend aan rov. 3.4-3.8 van het bestreden arrest (hierna: het *arrest*)^[1.] en rov. 2 van het vonnis van 9 september 2020 (hierna: het *vonnis*).^[2.]

1.1

[Eiser] en [betrokkene 1] (hierna: *[betrokkene 1]*) zijn^[3.] de maten van [de maatschap] (hierna: *[de maatschap]*). Zij waren oorspronkelijk de bestuurders en de aandeelhouders van Parkdale, toen nog een 'lege' B.V. met een andere naam ([A] B.V.).

1.2

Op 26 januari 2011 hebben [eiser] en [betrokkene 1], nadat zij de naam van genoemde B.V. hadden gewijzigd in die van Parkdale, de aandelen in deze vennootschap overgedragen aan Parkdale International Ltd (hierna: *Parkdale Ltd*). Na de overdracht werd Parkdale Ltd de bestuurder van Parkdale.

1.3

Parkdale Ltd maakt deel uit van een concern met aan het hoofd haar moedermaatschappij Kent Technical Services B.V. (hierna: *KTS*). Parkdale Ltd was destijds enig aandeelhouder van Dala Mining LLP (hierna: *Dala Mining*). Een van de aandeelhouders van KTS is [betrokkene 2] (hierna: *[betrokkene 2]*), tevens werkzaam bij Dala Mining.

1.4

Op 3 februari 2011 heeft Dala Mining een managementovereenkomst gesloten met Dumul Technical Services B.V. (hierna: *Dumul*). [Betrokkene 3]^[4.] (hierna: *[betrokkene 3]*) was toen, en ook nadien, bestuurder en enig aandeelhouder van Dumul. [Betrokkene 3], met wie Dala Mining op 1 maart 2011 een arbeidsovereenkomst heeft gesloten ingaande per die datum, was vanaf 20 juli 2011 bestuurder van Parkdale Ltd.

1.5

De aandelen in Dala Mining zijn op 6 oktober 2011 aan Parkdale overgedragen. [Eiser] was toen al, door middel van een aandeelhoudersbesluit van Parkdale Ltd per 5 mei 2011, benoemd tot medebestuurder van Parkdale naast naast Parkdale Ltd.

1.6

In 2011 heeft de Japanse onderneming Itochu Corporation ongeveer \$ 80 miljoen geïnvesteerd in Dala Mining. Met deze investering verkreeg zij een aanzienlijk belang in een groot delvingsproject in Kazachstan, het Koktenkol-project (Koktenkol is het gebied in Kazachstan waar Dala Mining molybdeen en wolfram delft).

1.7

Dala Mining heeft op 7 juni 2012 \$ 5 miljoen laten overmaken naar haar Nederlandse holdingmaatschappij Parkdale, die als beheerder van het bedrag zou gaan optreden en op verzoek van Dala Mining betalingen zou verrichten ten behoeve van het delvingsproject. Het restant van dit bedrag zou uiteindelijk weer naar Dala Mining moeten worden overgemaakt.

1.8

Medio 2014 hebben Dala Mining en Parkdale twee 'Agency Contracts' ondertekend waarin is bevestigd dat de aan Parkdale ter beschikking gestelde fondsen dienden te worden besteed aan de ontwikkeling van het delvingsproject. En dat Parkdale die bestedingen moest kunnen verantwoorden.

1.9

Sinds de onder 1.5 hiervoor bedoelde benoeming van [eiser] tot bestuurder van Parkdale was zij gevestigd op het kantooradres van [de maatschap]. Het postadres van Parkdale was ook gelijk aan dat van [de maatschap]. En de bankrekeningen van Parkdale stonden geregistreerd op het kantooradres van [de maatschap].

1.10

Op 29 januari 2016 heeft Parkdale Ltd het ontslag van [eiser] als bestuurder van Parkdale per 24 februari 2016 aanvaard en [eiser] algehele decharge verleend voor het gevoerde beleid tot aan de datum van zijn terugtreden. Nadien zijn trustkantoor Diorite N.V. (hierna: *Diorite*) en [betrokkene 2] tot bestuurders van Parkdale benoemd.

1.11

Control Risks Benelux B.V. heeft op 28 maart 2018 in opdracht van Dala Mining een kritisch rapport uitgebracht na het onderzoek dat zij had uitgevoerd naar de dienstverlening door [eiser] bij Parkdale in de periode van 1 april 2011 tot 31 december 2015.

2. Procesverloop (voor zover relevant in cassatie)

In eerste aanleg

2.1

Parkdale en Parkdale Ltd (hierna gezamenlijk: *Parkdale c.s.*) hebben op 10 juli 2018 [de maatschap], [eiser], [betrokkene 1], Dumul en [betrokkene 3] gedagvaard voor de rechtbank Noord-Nederland, locatie Leeuwarden (hierna: de *rechtbank*). Daarbij heeft Parkdale onder meer - en samengevat - gevorderd dat [eiser] wordt veroordeeld tot betaling aan Parkdale van bepaalde bedragen in verband met:

- (i) door Parkdale aan Dumul en [betrokkene 3] verstrekte en niet-terugbetaalde leningen, althans aan hen uitgekeerde bedragen, voor \$ 600.000 respectievelijk \$ 250.000 aan hoofdsommen;^[5.]
- (ii) door [de maatschap] aan Parkdale ten onrechte gefactureerde bedragen, waaronder honoraria voor [eiser] (naast reiskosten, legal en accountancy services en kantoorkosten), voor ruim € 300.000;
- (ii) naar bankrekeningen op naam van [eiser] en [betrokkene 1] overgeboekte saldi van Parkdale's
- i) opgeheven Rabobankrekening, te weten een dollarrekening (saldo: \$ 285.886,07) en een eurorekening (saldo: € 10.675,73).

2.2

[De maatschap], [eiser], [betrokkene 1] en [betrokkene 3] hebben verweer gevoerd. Dumul is niet verschenen.

2.3

Op 11 februari 2020 heeft een mondelinge behandeling plaatsgevonden. Van de mondelinge behandeling is geen proces-verbaal opgemaakt.

2.4

Bij het vonnis heeft de rechtbank onder meer de onder 2.1 hiervoor genoemde vorderingen van Parkdale

jegens [eiser] goeddeels toegewezen.

In hoger beroep

2.5

Bij dagvaarding van 7 december 2020 hebben [de maatschap], [eiser] en [betrokkene 1] hoger beroep ingesteld van het vonnis bij het hof Arnhem-Leeuwarden (hierna: het *hof*).^[6.]

2.6

Op 6 april 2021 heeft [betrokkene 1] een memorie van grieven genomen. Op diezelfde dag hebben [de maatschap] en [eiser] een memorie van grieven genomen.^[7.]

2.7

Op 13 juli 2021 heeft Parkdale c.s. een memorie van antwoord genomen.

2.8

Op 7 februari 2023 heeft een mondelinge behandeling plaatsgevonden. Daarvan is een proces-verbaal opgemaakt.

2.9

Bij het arrest heeft het hof onder meer: het vonnis wat betreft de vorderingen genoemd onder 2.1 hiervoor bekrachtigd, behoudens een correctie op de toewijzing van de vordering sub (iii) jegens [eiser] vanwege dubbeltelling; [de maatschap], [eiser] en [betrokkene 1] hoofdelijk in de kosten veroordeeld; de proceskostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad verklaard; en het verder gevorderde afgewezen.

2.10

's Hofs beoordeling in het arrest bevat onder meer de volgende onderdelen.

- In rov. 2 duidt het hof de kern van de zaak, en wel als volgt:
'Het gaat in deze zaak om een aantal vorderingen die Parkdale op [eiser] c.s. zegt te hebben, en die zijn terug te voeren op het standpunt dat [eiser] misbruik heeft gemaakt van de positie die hij gedurende een enkele jaren als bestuurder van Parkdale heeft ingenomen. De rechtbank heeft een aantal van deze vorderingen toegewezen. Voor zover die beslissingen door [eiser] c.s. in het hoger beroep ter discussie zijn gesteld, zullen ze hierna worden besproken. De vorderingen van Parkdale die zijn afgewezen, zijn door die partij niet aan het hof voorgelegd en zullen hierna dan ook niet worden behandeld.'
- In rov. 3.1-3.3 en 3.9 begint het hof met een algemene inleiding.
- In rov. 3.15-3.16 bespreekt en verwerpt het hof het algemene verweer van [de maatschap] en [eiser] inzake schending door Parkdale van de klachtplicht in de zin van art. 6:89 BW.
- In rov. 3.17-3.18 bespreekt en verwerpt het hof het algemene verweer van [de maatschap] en [eiser] dat de € 5 miljoen die aan Parkdale was overgemaakt niet behoort tot het vermogen van Parkdale, maar tot het vermogen van Dala Mining.
- In rov. 3.19-3.32 bespreekt het hof Parkdale's vordering inzake de aan Dumul en [betrokkene 3] verstrekte leningen van \$ 600.000 respectievelijk \$ 250.000 (als toegekend door de rechtbank),^[8.] waar bij het leerstuk van interne bestuurdersaansprakelijkheid speelt (art. 2:9 BW). Daarbij betreft het hof de aan het verweer van [eiser] te stellen eisen (rov. 3.25-3.28), het (tevergeefs gedane) beroep van [eiser] op decharge (rov. 3.29-3.31), en de geleden schade (rov. 3.32).
- In rov. 3.33-3.40 bespreekt het hof Parkdale's vordering inzake [de maatschap]'s declaraties aan Parkdale, waarbij het leerstuk van onverschuldigde betaling speelt (art. 6:203 e.v. BW).
- In rov. 3.41-3.47 bespreekt het hof de vordering van Parkdale inzake overboeking van de saldi van Parkdale's opgeheven Rabobankrekening naar bankrekeningen op naam van [eiser] en [betrokkene 1], in welk verband het leerstuk van onverschuldigde betaling speelt (art. 6:203 e.v. BW).

- In rov. 3.51 passeert het hof het bewijsaanbod, in rov. 3.52 bereikt het hof de conclusie.

In cassatie

2.11

Bij procesinleiding van 22 mei 2023 heeft [eiser] (tijdig) cassatieberoep ingesteld van het arrest. Hij heeft schriftelijke toelichting gegeven. Parkdale is niet verschenen.

3. Bespreking van het cassatiemiddel

3.1

Het cassatiemiddel van [eiser] bestaat uit zes onderdelen met klachten.

Onderdeel 1 (“Over de decharges”)

3.2

Dit onderdeel^[9.] bevat vijf subonderdelen en is gericht tegen passages in rov. 3.29-3.31 van het arrest, waarin het hof ingaat op onder meer het dechargeverweer van [eiser]:

‘Aan Dumul en [betrokkene 3] verstrekte leningen: de voorwaardelijke veroordeling van [eiser] tot betaling van € 600.000 en € 250.000 aan hoofdsommen

(...)

- *Het beroep op decharge*

3.29 De hiervoor beschreven wijze van boeking van de leningen aan [betrokkene 3] en Dumul in de administratie van Parkdale is naar zeggen van [eiser] steeds in de AVA besproken. Over de status van die lening heeft voortdurend overleg plaatsgehad. Anders dan de rechtbank heeft geoordeeld, is het volgens [eiser] daarom naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar dat een beroep wordt gedaan op de aan hem door [betrokkene 3] in 2015 verleende (definitieve) decharge of zelfs de absolute en onvoorwaardelijke decharge die aan [betrokkene 3] is verleend. Die laatste strekt zich volgens [eiser] ook uit tot het handelen van hemzelf als bestuurder van Parkdale.

3.30 Het hof ziet niet in dat (of waarom) de aan [betrokkene 3] door Parkdale Ltd. verleende ‘finale decharge’ zich zou uitstrekken tot het handelen van [eiser]. De aan hemzelf verleende jaarlijkse decharges en de ‘finale décharge’ die hem in de Shareholders Resolution van 29 januari 2016 is verleend voor zijn handelen als bestuurder van Parkdale, kunnen aan zijn aansprakelijkheid niet afdoen. Het hof stelt net als de rechtbank vast dat op basis van de door [eiser] overgelegde stukken niet kan worden geconcludeerd dat de bij de decharges betrokken partijen (de opvolgend (indirect) bestuurders van Parkdale, trustkantoor Diorite en [betrokkene 2]) op de hoogte waren van alle relevante informatie toen de decharges tot stand kwamen. Ook in hoger beroep is daarvan geen concrete nadere onderbouwing gegeven. In het bijzonder is nog steeds niet onderbouwd dat is afgesproken dat in afwijking van artikel 6:127 lid 3 BW vorderingen en schulden die in van elkaar gescheiden vermogens vallen, met elkaar mochten worden verrekend c.q. dat de aan Dumul verstrekte bedragen als leningen aan (en dus als vorderingen op) Dala Mining konden worden geboekt. Voor zover [betrokkene 3] wel wetenschap had van de gang van zaken (waarover hierna meer), heeft die wetenschap niet te gelden als wetenschap van Parkdale Ltd. of Parkdale.^[10.]

3.31 In rechtsoverwegingen 4.23 en 4.24 heeft de rechtbank op goede gronden geconcludeerd dat het beroep van [eiser] op de jaarlijkse decharges faalt. Om dezelfde reden faalt naar het oordeel van het hof ook het beroep op de ‘onvoorwaardelijke finale decharge’. Een decharge houdt immers geen afstand van recht in, maar strekt slechts tot goedkeuring van het gevoerde financiële beleid voor zover dat bekend is of bekend had kunnen zijn. Als bedoeld is dat de ‘finale decharge’ daarnaast de strekking had van een kwijting of van een vaststellingsovereenkomst (een en ander onder afstand van mogelijke claims op [eiser]), dan moet ook dat verweer bij gebrek aan onderbouwing stranden. Het dossier biedt daarvoor geen aanknopingspunten.’

3.3

De subonderdelen komen neer op het volgende.

3.3.1

Subonderdeel 1.1 (“rechtssklacht”)^[11.] is gericht tegen ’s hofs oordeel in rov. 3.30, laatste zin van het arrest dat de wetenschap van [betrokkene 3] niet heeft te gelden als wetenschap van Parkdale Ltd. De klacht behelst een denkpiste die loopt via een ‘ofwel’/‘ofwel’-redenering en “de rechtsregel uit HR 11 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1413”. De eerste ‘ofwel’ poneert dat het hof daar die rechtsregel miskent. De tweede ‘ofwel’ dat het hof daar de uitzonderingsmogelijkheid op de hoofdregel toepast, maar dit niet kenbaar doet en in elk geval niet onderbouwt welke bijzondere omstandigheden meebrengen dat de hoofdregel niet geldt.

3.3.2

Subonderdeel 1.2 (“motiveringsklacht”)^[12.] is ook gericht tegen rov. 3.30, laatste zin. En klaagt dat, zo het hof daar daadwerkelijk onderzoekt of bijzondere omstandigheden meebrengen dat genoemde hoofdregel niet geldt, het hof niets over die omstandigheden vermeldt en evenmin kenbaar acht slaat op bepaalde stellingen van [eiser].^[13.] Aldus voldoet het arrest niet aan de motiveringseis.^[14.]

3.3.3

Subonderdeel 1.3 (“motiveringsklacht althans rechtssklacht”)^[15.] is gericht tegen ’s hofs oordeel in rov. 3.30, vierde zin dat “ook” in hoger beroep geen concrete onderbouwing is gegeven van de stelling dat de opvolgend (indirect) bestuurders van Parkdale, Diorite en [betrokkene 2], op de hoogte waren van alle relevante informatie toen de decharges verleend werden. Voor zover het hof daarmee oordeelt dat [eiser] zijn stellingen op dit punt in eerste aanleg niet concreet had onderbouwd, is dit oordeel onbegrijpelijk. Het subonderdeel houdt voor dat hij dat wel had, en verwijst ter onderbouwing naar vindplaatsen. Althans miskent het hof hiermee de aan de stelplicht van [eiser] te stellen eisen, door te hoge eisen te stellen.

3.3.4

Subonderdeel 1.4 (“rechtssklacht”)^[16.] is gericht tegen rov. 3.30, derde en vierde zin in verbinding met rov. 3.30, laatste zin. Het klaagt dat het hof miskent dat het beroep van Parkdale op de bijzondere omstandigheden die meebrengen dat genoemde hoofdregel niet geldt - wat neerkomt op een bevrijdend verweer van Parkdale,^[17.] waarbij stelplicht en bewijslast op haar rusten - door [eiser] gemotiveerd is betwist, wat verhindert dat die omstandigheden zonder bewijslevering door Parkdale komen vast te staan. Het hof legt ten onrechte die betwiste omstandigheden aan zijn oordeel ten grondslag (in strijd met art. 149-150 Rv). In ieder geval miskent het hof dat het die omstandigheden niet aan zijn oordeel ten grondslag mocht leggen zonder [eiser] tot tegenbewijs toe te laten (art. 151 lid 2 Rv).

3.3.5

Subonderdeel 1.5 (“rechtssklacht”)^[18.] voert aan dat “[v]ernietiging van het oordeel over de decharge ook de bekrachtiging van het rechtbankdictum onder nummer 5.7 [vitieert].”

Behandeling

3.4

Het onderdeel faalt, gelet op het volgende.

3.4.1

Geen van de subonderdelen richt pijlen op ’s hofs oordeel in rov. 3.31 van het arrest. Dit is al fataal voor het onderdeel.

3.4.2

Want wat het hof oordeelt in rov. 3.31 is zelfstandig dragend voor diens verwerping van het door [eiser] bij wege van verweer gedane beroep op de door Parkdale aan hem verleende (i) “jaarlijkse decharges”^[19.] en (ii) “onvoorwaardelijke finale decharge”.^[20.] Oftewel voor ’s hofs vooropstelling in rov. 3.30, tweede zin - die in cassatie op zichzelf niet wordt bestreden - dat “[d]e aan hemzelf [[eiser], A-G] verleende jaarlijkse decharges en de ‘finale décharge’ die hem in de Shareholders Resolution van 29 januari 2016 is verleend voor zijn handelen als bestuurder van Parkdale, aan zijn aansprakelijkheid niet [kunnen] afdoen.”

3.4.3

Het hof brengt immers in rov. 3.31 tot uitdrukking^[21.] dat hoe dan ook “een decharge” - en daarop ziet zowel sub (i) als sub (ii) - “geen afstand van recht” inhoudt, maar “slechts [strekt] tot goedkeuring van het gevoerde financiële beleid voor zover dat bekend is of bekend had kunnen zijn”. En dat als al bedoeld is dat “de ‘finale decharge’” - dus sub (ii) - “daarnaast de strekking had van een kwijting of van een vaststellingsovereenkomst (een en ander onder afstand van mogelijke claims op [eiser])”, dan ook dit verweer bij gebrek aan onderbouwing moet stranden, nu het procesdossier daarvoor geen aanknopingspunten biedt. Hieruit volgt dat de decharges hoe dan ook de aansprakelijkheid van [eiser] onverlet laten, omdat Parkdale daarmee jegens hem geen afstand van recht/mogelijke claims heeft gedaan. Nu dit oordeel niet is bestreden, kan in het midden blijven of de kennis van [betrokkene 3] aan Parkdale Ltd valt toe te rekenen.

3.4.4

Bij deze stand van zaken behoeft het onderdeel geen verdere behandeling. En kan ik verder laten rusten wat het hof oordeelt in rov. 3.30-3.31.

Onderdeel 2 (“Reikwijdte van de klachtplicht”)

3.5

Dit onderdeel^[22.] is gericht tegen 's hofs oordeel in rov. 3.16 van het arrest inzake [eiser] (en [de maatschap] 's) beroep op schending door Parkdale van de klachtplicht in de zin van art. 6:89 BW, zoals bedoeld in rov.

3.15. Ik citeer:

‘Schending van de klachtplicht

3.15 Voor zover al sprake is van gebreken in door [eiser] verrichte prestaties, voeren [eiser]/[de maatschap] aan dat daarover niet is geklaagd binnen bekwame termijn nadat Parkdale deze heeft ontdekt of had moeten ontdekken.^[23.]

3.16 Het hof volgt hen hierin niet, omdat de grondslagen van zowel de hierna te bespreken vorderingen van Parkdale tegen [eiser]/[de maatschap] als de daaropvolgende toewijzende beslissing van de rechtbank zijn gelegen in interne bestuurdersaansprakelijkheid en onverschuldigde betaling. Geen van beide grondslagen rechtvaardigt een beroep op schending van de klachtplicht. In het eerste geval (interne bestuurdersaansprakelijkheid) geldt als uitgangspunt dat de vennootschapsrechtelijke verhouding tussen de bestuurder en de rechtspersoon specifieke, in de wet geregelde rechten en plichten meebrengt. De aansprakelijkheid van de bestuurder tegenover de rechtspersoon op grond van artikel 2:9 BW is gebaseerd op de verplichting van de bestuurder om daaraan invulling te geven. Die bepaling is op zichzelf echter geen bron van een verbintenis tussen bestuurder en rechtspersoon tot het verrichten van enige concrete prestatie. Schending van de daarin geregelde verplichting resulteert daarom niet in een verbintenis waarop afdeling 9 van titel 1 van boek 6 BW van toepassing is. [Eiser]/[de maatschap] komt met betrekking tot een vordering die is gebaseerd op schending van artikel 2:9 BW dan ook geen beroep toe op het in die afdeling opgenomen artikel 6:89 BW.^[24.] Hetzelfde geldt voor het laatste geval (onverschuldigde betaling). In die situatie is namelijk niet sprake van een gebrekkige of ondeugdelijke prestatie van de ontvangers van de betaling (gedaagden [eiser] c.s.) waarover zou kunnen worden geklaagd door de partij die de betaling heeft verricht (eiseres Parkdale). Dat laatste is echter voor een beroep op de klachtplicht wel een vereiste.’

3.6

Volgens het onderdeel miskent het hof met diens oordeel in rov. 3.16 van het arrest dat zowel de schuldeiser van een op art. 2:9 BW gebaseerde vordering als de schuldeiser van een vordering uit onverschuldigde betaling^[25.] zijn aanspraken kan verliezen door niet tijdig te klagen. Want de regeling van de klachtplicht heeft niet als ratio dat de schuldeiser (“crediteur”) van een verplichting zijn schuldenaar (“debiteur”) erover informeert dat hij vindt dat er niet goed is gepresteerd, zodat de schuldenaar alsnog de gelegenheid krijgt aan de wensen van de schuldeiser te voldoen (zoals bij de regeling van het verzuim). Nee, die ratio is gelegen in processuele bescherming van de (vermeende) schuldenaar:

‘Indien immers tussen partijen een geschil zou blijken te bestaan waarbij de ene partij zich beroept op feiten en omstandigheden, terwijl de andere partij door gebeurtenissen die zich in de loop der tijd voltrekken na verloop van tijd in zijn verdediging wordt geschaad, dan dient die schuldeiser van het bestaan van de door hem gepretendeerde vordering zodanig tijdig blijk te geven, dat de wederpartij in een eventueel geding bewijs of tegenbewijs kan leveren (Vergelijk ‘Pekingenden’, HR 05-04-1968, ECLI:NL:HR:1968:AB6996, NJ 1968, 251

(...), bij gebreke waarvan het zodanig in strijd kan zijn met de redelijkheid en billijkheid, dat de schuldeiser op de feiten en omstandigheden die de rechtsgrond voor zijn vordering opleveren geen beroep meer kan doen.^[26.]

Volgens het onderdeel “viteert” het slagen van deze rechtsklacht “alle onderdelen van het dictum, waarbij [eiser] is veroordeeld.”

Behandeling

3.7

Het onderdeel faalt, gelet op het volgende.

3.8

Onder 3.9-3.24 hierna geef ik, ter inleiding, een schets van de in art. 6:89 BW vervatte klachtplicht (sub a). Onder 3.25-3.28.2 hierna keer ik terug naar het onderdeel (sub b).

a. Inleidende opmerkingen: de klachtplicht van art. 6:89 BW

3.9

Art. 6:89 BW bepaalt dat de schuldeiser op een gebrek in de prestatie geen beroep meer kan doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar ter zake heeft geprotesteerd.

3.10

Deze ‘klachtplicht’ van art. 6:89 BW omvat dus een ‘onderzoeksplicht’: de termijn waarbinnen de schuldeiser moet hebben geprotesteerd, begint immers te lopen vanaf het moment waarop hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijs had behoren te ontdekken.^[27.] Schending van de klachtplicht leidt ertoe dat de schuldeiser zijn rechten verliest die hem op grond van de gebrekkige prestatie ten dienste stonden, dus ter zake van de tekortkoming.^[28.]

3.11

De stelplicht en bewijslast ten aanzien van de feiten die een beroep op *een gebrek in de prestatie* kunnen dragen, rusten - volgens de hoofdregel van art. 150 Rv - op de partij die dit gebrek aan zijn vordering (of verweer) ten grondslag legt.^[29.] De stelplicht en bewijslast ten aanzien van de feiten die een beroep op *art. 6:89 BW* kunnen dragen, rusten in beginsel op de schuldenaar; dit betreft een bevrijdend verweer.^[30.]

3.12

Bij 3.11 hiervoor maak ik nog twee opmerkingen. Voert de schuldenaar geen verweer dat niet tijdig is geklaagd als bedoeld in art. 6:89 BW, dan kan deze bepaling niet (ambtshalve) worden toegepast.^[31.] En: voert de schuldenaar dit verweer wel, dan moet de schuldeiser gemotiveerd stellen en zo nodig bewijzen dat en op welk moment is geklaagd.^[32.]

3.13

De ratio van de klachtplicht van art. 6:89 BW is dat de schuldenaar wordt beschermd doordat hij erop mag rekenen dat de schuldeiser met bekwame spoed onderzoekt of de prestatie aan de verbintenis beantwoordt en, indien dit niet het geval blijkt te zijn, zulks, eveneens met spoed, aan de schuldenaar meedeelt.^[33.] Bij beantwoording van de vraag of is voldaan aan wat art. 6:89 BW vereist, moeten alle omstandigheden van het geval worden betrokken. Waaronder de aard en inhoud van de rechtsverhouding, de aard en inhoud van de prestatie en de aard van het gestelde gebrek in de prestatie.^[34.]

3.14

Daarbij is in belangrijke mate mede bepalend of de belangen van de schuldenaar zijn geschaad door onvoldoende voortvarend optreden van de schuldeiser en, zo ja, in hoeverre. Zoals een benadeling van de schuldenaar in zijn bewijspositie of een aantasting van diens mogelijkheden de gevolgen van de gestelde tekortkoming te beperken. Als die belangen niet zijn geschaad, zal er niet spoedig voldoende reden zijn de schuldeiser een gebrek aan voortvarendheid te verwijten. In dit verband kan de ernst van de tekortkoming ook meebrengen dat een nalatigheid van de schuldeiser hem niet kan worden tegengeworpen.^[35.]

3.15

Aan de in art. 6:89 BW bedoelde 'gebrekkige prestatie' heeft de Hoge Raad enige duiding gegeven. Zo valt daaronder niet het opstellen en het toezenden van een factuur: dit is niet zo'n prestatie.^[36.] Noch het geval waarin de schuldenaar in het geheel niet heeft gepresteerd, ook al levert dat nalaten wel een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis in de zin van art. 6:74 BW op; het moet gaan om ondeugdelijke nakoming.^[37.] Onduidelijk is of buiten die 'gebrekkige prestatie' ook valt de gebrekkige betaling van een geldsom (ondeugdelijke nakoming van een geldschuld).^[38.]

3.16

In dit verband zij wel bedacht dat art. 6:89 BW volgens de Hoge Raad op zichzelf van toepassing is "op alle verbintenissen".^[39.] Dit laatste impliceert een actieradius van deze bepaling die weliswaar ruimer is dan blijkt uit de (overigens beknopte) parlementaire geschiedenis ter zake, die is toegespitst op (af)levering van zaken,^[40.] maar niet geheel onbepaald lijkt. Van een rigide regime is bovendien geen sprake. In de woorden van *NJ-annotator Hijma*:^[41.]

'Nu het artikel in het algemene verbintenissenrecht is geplaatst en naar tekst noch strekking een terreinversmalling bevat, ligt het inderdaad voor de hand van een algemeen werkveld uit te gaan. Nuanceringen - met inbegrip van inperkingen - kan men bewerkstelligen via een flexibele toepassing van het artikel.'^[42.]

3.17

Tot de 'verbintenissen' waarop de klachtplicht betrekking heeft, behoort in ieder geval de contractuele verbintenis. Art. 6:89 BW is geplaatst in Titel 1, Afdeling 9, § 3 van Boek 6 BW (verdere gevolgen van niet-nakoming). Art. 6:89 BW rept van "een gebrek in de prestatie". De in de parlementaire geschiedenis daarvan genoemde voorbeelden betreffen steeds contractuele verhoudingen (toegespitst, dus, op (af)levering van zaken).^[43.] Deze Afdeling 9, § 3 bevat verder art. 6:88 BW en art. 6:90 BW inzake het rechtsverlies na termijnstelling en de verkoopbevoegdheid bij niet-afgeleverde zaken, wat ook raakt aan contractuele verhoudingen.

3.18

Art. 6:89 BW hangt als algemene regeling nauw samen met de bijzondere regeling van art. 7:23 BW, dat specifiek voor (non-conformiteit bij) koop een klachtplicht bevat die vergelijkbaar is met die van art. 6:89 BW en eenzelfde ratio kent.^[44.] Hijma noteert onder meer:^[45.]

'Art. 7:23 BW behoort tot het terrein van de non-conformiteit (art. 7:17 BW) en daarmee tot dat van de 'wanprestatie'; ook het moederartikel 6:89 BW maakt deel uit van de tekortkomingsproblematiek.'

3.19

In het onder 3.16 hiervoor bedoelde arrest (waarin staat dat art. 6:89 BW van toepassing is "op alle verbintenissen") overweegt de Hoge Raad, na te hebben verduidelijkt wat deze bepaling inhoudt (zie onder 3.10 hiervoor) en op welke gedachte deze bepaling blijkens de parlementaire geschiedenis berust (zie onder 3.13 hiervoor):^[46.]

'Hoeveel tijd de schuldeiser voor een en ander ten dienste staat, moet naar de aard van de overeenkomst en de gebruiken worden beoordeeld (Parl. Gesch. Boek 6, p. 316-317).'^[47.]

3.20

Niettemin ziet volgens de parlementaire geschiedenis^[48.] het toepassingsgebied van Titel 1, Afdeling 9 van Boek 6 BW (de gevolgen van het niet nakomen van een verbintenis), waaronder dus Afdeling 9, § 3 (met art. 6:89 BW):

'op de niet-nakoming van alle in artikel 6.1.1.1 [art. 6:1 BW, A-G] bedoelde verbintenissen, daaronder begrepen de verbintenissen tot schadevergoeding op grond van de wet, waarvoor afdeling 6.1.9 [deze Afdeling 9, A-G] een gezamenlijke regeling bevat.'^[49.]

3.21

Ik citeer ook Sieburgh:^[50.]

'(...) Verbintenissen in eigenlijke zin, die behandeld worden in Boek 6 BW, zijn slechts die rechtsbetrekkingen die een zuiver vermogensrechtelijk karakter hebben. De verbintenis is dus een *vermogensrechtelijke betrekking* tussen twee of meer personen. Vergelijk art. 3:6 BW (...). Betrekkingen van zuiver familierechtelijke aard (...) worden niet tot de verbintenissen gerekend. De regels van verbintenissenrecht zijn daarop niet van

toepassing.

(...)

De verbintenis is een betrekking *tussen twee of meer personen*. Tegenover de betrekking van familierechtelijke aard, waarmee zij gemeen heeft dat zij een betrekking is tussen personen, wordt, zoals wij zagen, de verbintenis gesteld als een vermogensrechtelijke betrekking. Met een recht op een goed daarentegen heeft de verbintenis gemeen, dat zij een vermogensrechtelijke betrekking is, doch daarvan onderscheidt zij zich weer, doordat de verbintenis een betrekking is tussen personen. Ter onderscheiding van het recht op een goed, dat een betrekking vestigt tussen persoon en goed, wordt de verbintenis daarom ook wel persoonlijk recht genoemd. (...)

De personen tussen wie de verbintenis een rechtsband vormt, de *schuldeiser* en de *schuldenaar*, worden de *subjecten* van de verbintenis genoemd. Datgene waartoe de schuldeiser gerechtigd, de schuldenaar verplicht is, de *prestatie*, noemt men het *voorwerp* of *object* van de verbintenis.

(...) Het begrip 'verbintenis' moet worden onderscheiden van het begrip *rechtsplicht*. Op elke burger rusten ontelbare algemene rechtsplichten: men mag niet stelen, niet andermans eigendom vernielen; de weggebruiker moet zich aan de verkeersregels houden; men moet niet handelen in strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed. Dergelijke algemene rechtsplichten zijn geen verbintenissen, o.a. omdat zij geen rechtsbetrekking vestigen tussen twee of meer bepaalde personen. (...)

(...)

(...) ik [zou] schending van algemene rechtsplichten zoals de bovenbedoelde buiten het rechtstreekse toepassingsgebied van art. 6:74 e.v. BW (...) willen stellen. Een afdoende grond hiervoor is gelegen in het stelsel van de wet. De wetgever heeft op goede gronden de beide rechtsfiguren wanprestatie en onrechtmatige daad afzonderlijk geregeld.

(...) Een belangrijk verschil tussen verbintenissen en algemene rechtsplichten is, zoals opgemerkt, dat de bepalingen van Boek 6 BW over de nakoming en niet-nakoming van verbintenissen niet op de algemene rechtsplichten van toepassing zijn. Zo is het ontstaan van aansprakelijkheid ter zake van het niet-nakomen van een verbintenis zowel materieel- als bewijsrechtelijk anders geregeld dan die ter zake van het niet-nakomen van een rechtsplicht als bedoeld in art. 6:162 BW. (...)

De verbintenis is een vermogensrechtelijke betrekking tussen personen. Met haar ontstaat een onmiddellijke rechtsband. Het uit de verbintenis voortvloeiende recht van de een, de schuldeiser, heeft tot voorwerp een uit dezelfde verbintenis voortvloeiende prestatie van de ander, de schuldenaar. Het recht uit de verbintenis is dus onmiddellijk gericht op een persoon. Tegenover het recht staat hier de gebondenheid van een bepaalde persoon, de schuldenaar. Men onderscheidt het recht uit de verbintenis als persoonlijk recht van het *recht op een goed* (waarvan een belangrijk species is het *zakelijk recht*); als relatief recht van het *absolute vermogensrecht*.

(...)

De klachtplicht [van art. 6:89 BW, A-G] heeft betrekking op gebrekkige prestaties, dat wil zeggen prestaties van een schuldenaar die niet aan de verbintenis beantwoorden.^[51.]

3.22

Onder dit gesternte valt bijvoorbeeld aan te nemen dat een beleggingsadviesrelatie, specifiek een ondeugdelijke nakoming van de schuldenaar in zo'n contractuele rechtsverhouding tussen dienstverlener en cliënt, zich in beginsel binnen de actieradius van art. 6:89 BW bevindt.^[52.] Te denken valt onder meer ook aan verbintenissen uit andere typen overeenkomsten.^[53.] In de literatuur is de klachtplicht van art. 6:89 BW tevens gekoppeld aan de wettelijke verplichting tot schadevergoeding onder Titel 1, Afdeling 10 van Boek 6 BW als zodanig, specifiek een ondeugdelijke nakoming van de schuldenaar in dit kader, nu deze wettelijke verplichting zelf een verbintenis in de zin van Boek 6 BW oplevert.^[54.] Zie mede onder 3.20 hiervoor. Gaat zo'n koppeling

op,^[55.] dan geldt in ieder geval dat het daarbij draait niet zozeer om de vestiging van de aansprakelijkheid (de grondslag van die wettelijke verplichting tot schadevergoeding), als wel om de vergoeding van de schade ter zake (het voldoen aan die wettelijke verplichting tot schadevergoeding als zodanig). Dit zijn juridisch verschillende dingen.^[56.] Daarbij zij bedacht dat bij de vestiging van de aansprakelijkheid niet steeds sprake hoeft te zijn van een gebrekkige prestatie onder een verbintenis, zoals bedoeld in art. 6:89 BW. Illustratief is een aansprakelijkheid constituerende gedragslijn van een actor die louter kwalificeert als toerekenbare onrechtmatige daad in de zin van art. 6:162 BW.^[57.] Dit betreft niet zo'n gebrekkige prestatie onder een verbintenis, wel het schenden van een algemene rechtsplicht als bedoeld onder 3.21 hiervoor. Aan de vestiging van deze aansprakelijkheid kan de klachtplicht van art. 6:89 BW niet afdoen, want daarop - en in die zin: op zo'n vordering uit onrechtmatige daad - ziet deze klachtplicht niet. Iets anders is hoe die actor omgaat met het voldoen aan diens te onderscheiden wettelijke verplichting tot schadevergoeding ter zake, net als de vraag of deze klachtplicht wel daarop ziet.

3.23

Ik wijs in dit verband op het oordeel van de Hoge Raad dat de klachtplicht van art. 6:89 BW (evenals die van art. 7:23 lid 1 BW bij een koopovereenkomst) betrekking heeft op "gebrekkige prestaties", wat wil zeggen: "prestaties van een schuldenaar (bij art. 7:23 BW: prestaties van een verkoper) die niet aan de verbintenis beantwoorden". Dat deze klachtplicht "derhalve" niet van toepassing is op een vordering uit onrechtmatige daad. En dat dit laatste "slechts" anders is, dus bij wege van uitzondering, als de vordering uit onrechtmatige daad is gericht "tegen de schuldenaar (bij art. 7:23 BW: is gericht tegen de verkoper)" én "is gegrond op feiten die teven de stelling zouden rechtvaardigen dat de prestatie niet aan de verbintenis beantwoordt (bij art. 7:23 BW: niet aan de koopovereenkomst beantwoordt)." Want in zo'n geval - in wezen: een vorm van samenloop - doet opgeld "dat de schuldenaar van een verbintenis moet worden beschermd tegen het door de schuldeiser(s), door middel van een vordering uit onrechtmatige daad, ontgaan van de klachtplicht."^[58.] Kortom: art. 6:89 BW mag niet aldus worden omzeild. In het daar voorliggende geval was geen sprake van zo'n vorm van samenloop, van zulk omzeilen:^[59.]

'In een geval als het onderhavige is daarvan geen sprake. [Eiseres] is immers niet aansprakelijk omdat zij jegens [verweerder] c.s. is tekortgeschoten in de nakoming van een verbintenis; zij is als makelaar uit onrechtmatige daad aansprakelijk omdat in een van haar afkomstige, voor aspirant-kopers bestemde, verkoopbrochure informatie stond omtrent de woonoppervlakte van de woning die bij [verweerder] c.s. als aspirant-kopers een onjuiste voorstelling van zaken heeft gewekt. Er doet zich daarom niet het geval voor dat de schuldenaar van een verbintenis moet worden beschermd tegen het door de schuldeiser(s), door middel van een vordering uit onrechtmatige daad, ontgaan van de klachtplicht.'

Ik lees hierin in ieder geval niet dat de klachtplicht van art. 6:89 BW kan afdoen aan de vestiging van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad in een geval als bedoeld onder 3.22 hiervoor.

3.24

In de woorden van Lock, mede onder verwijzing naar het onder 3.23 hiervoor bedoelde Hoge Raad-arrest:^[60.] 'Art. 6:89 BW ziet op elke rechtsovereenkomst van de schuldeiser die en ieder verweer dat feitelijk is gegrond op het niet-beantwoorden van de verrichte prestatie aan de overeenkomst, ook indien door de schuldenaar op deze grondslag een rechtsovereenkomst uit bedrog of onrechtmatige daad wordt gebaseerd' [zonder verwijzingen in het origineel, A-G].^[61.]

b. Terug naar het onderdeel

3.25

Ik keer terug naar het onderdeel.

3.25.1

Het hof gaat in rov. 3.15-3.16 van het arrest, gezien het procesdossier, ervan uit (i) dat volgens [de maatschap]/[eiser] de klachtplicht van art. 6:89 BW in dit geval afdoet aan de vestiging van de door Parkdale jegens hen gepretendeerde terugbetalingsplicht uit onverschuldigde betaling respectievelijk bestuurdersaansprakelijkheid uit art. 2:9 BW.^[62.] En (ii) dat de betreffende vorderingen van Parkdale, zoals toegewezen in eerste aanleg, juridisch en feitelijk uitsluitend zijn gegrond op onverschuldigde betaling in de zin van art. 6:203 BW respectievelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van art. 2:9 lid 2, tweede zin BW (in verbinding ^[63.]

met art. 2:9 lid 1, eerste zin BW). De problematiek van samenloop, vergelijkbaar met die als bedoeld onder 3.23 hiervoor, speelt in het onderhavige geval dus niet. Op een juridische en feitelijke grondslag als bedoeld sub (ii) doel ook ik, waar in de analyse hierna wordt verwezen naar de vestiging van een terugbetalingsplicht uit onverschuldigde betaling respectievelijk bestuurdersaansprakelijkheid uit art. 2:9 BW. Dat het hof in rov. 3.16 genoemd klachtplichtverweer van [de maatschap]/[eiser] verwerpt, in essentie omdat de klachtplicht van art. 6:89 BW niet kan afdoen aan de vestiging van genoemde terugbetalingsplicht respectievelijk bestuurdersaansprakelijkheid, geeft - daargelaten wat het hof daartoe precies overweegt in rov. 3.16 - geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het onderdeel miskent dit.^[64.] Dat zit zo.

3.26
Te beginnen met 's hofs oordeel in rov. 3.16 van het arrest inzake die vordering van Parkdale uit *onverschuldigde betaling*.

3.26.1
De klachtplicht van art. 6:89 BW kan inderdaad niet afdoen aan de vestiging van een terugbetalingsplicht uit onverschuldigde betaling. Het vertrekpunt bij onverschuldigde betaling is immers dat als een persoon zonder rechtsgrond een ander een goed heeft gegeven (een geldsom heeft betaald dan wel een prestatie van andere aard heeft verricht), die persoon om die reden jegens die ander, de ontvanger, het recht heeft dit gegevene als onverschuldigd betaald terug te vorderen (art. 6:203 BW).^[65.] De vestiging van deze plicht van de ontvanger tot teruggave althans ongedaanmaking (kort gezegd: terugbetalingsplicht) vloeit derhalve in wezen niet voort uit 'een prestatie van de schuldenaar die niet aan de verbintenis beantwoordt' ('een tekortschieten in de nakoming van een verbintenis'), zoals bedoeld mede onder 3.23 hiervoor. Het behoeft geen toelichting dat in ieder geval in zoverre een vordering uit onverschuldigde betaling zich buiten de actieradius van art. 6:89 BW bevindt.

3.27
Dan 's hofs oordeel in rov. 3.16 van het arrest inzake die vordering van Parkdale uit *art. 2:9 BW-bestuurdersaansprakelijkheid*.

3.27.1
De klachtplicht van art. 6:89 BW kan inderdaad evenmin afdoen aan de vestiging van bestuurdersaansprakelijkheid uit art. 2:9 BW. De premisse daarbij is immers dat een in art. 2:9 BW bedoelde bestuurder jegens de daarin bedoelde, door hem bestuurde rechtspersoon "zozeer in een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak is tekortgeschoten" dat hij krachtens art. 2:9 BW tegenover de rechtspersoon aansprakelijk is "voor de schade welke deze als gevolg van die tekortkoming lijdt."^[66.] Zulk tekortschieten door de bestuurder jegens de rechtspersoon, in art. 2:9 lid 2, tweede zin BW geduid als "onbehoorlijk bestuur", betreft dus die aan de bestuurder opgedragen taak. Tot een behoorlijke vervulling daarvan is de bestuurder gehouden, aldus art. 2:9 lid 1, eerste zin BW.^[67.] De vestiging van deze aansprakelijkheid van de bestuurder vloeit derhalve in wezen evenmin voort uit 'een prestatie van de schuldenaar die niet aan de verbintenis beantwoordt' ('een tekortschieten in de nakoming van een verbintenis'), zoals bedoeld mede onder 3.23 hiervoor. In ieder geval in zoverre bevindt een vordering uit art. 2:9 BW-bestuurdersaansprakelijkheid zich buiten de actieradius van art. 6:89 BW. Een toelichting komt hier dienstig voor, gezien ook de niet eensluidende opvattingen ter zake in de feitenrechtspraak en de literatuur als bedoeld onder 3.28.1 hierna. Die toelichting geef ik onder 3.27.2-3.27.33 hierna.

Art. 2:9 BW

3.27.2
In de parlementaire geschiedenis van thans art. 2:9 BW staat onder meer dat de bestuurderstaak voor alle privaatrechtelijke rechtspersonen is neergelegd in deze bepaling.^[68.] Art. 2:9 BW, waarvan lid 1, eerste zin luidt dat de bestuurder tegenover de door hem bestuurde rechtspersoon gehouden is tot een behoorlijke vervulling van zijn taak, is onderdeel van de organisatierechtelijke verhouding tussen bestuurder en rechtspersoon. Deze functionele (component van de) rechtsverhouding tussen bestuurder en rechtspersoon wordt primair bepaald door relevante bepalingen in de wet (vooral Boek 2 BW, waaronder art. 2:8 BW inzake de rechtspersonenrechtelijke redelijkheid en billijkheid) en gewoonte, alsmede door de statuten, reglementen en besluiten van de rechtspersoon.^[69.] Of korter gezegd: door het rechtspersonenrecht, dat ook eisen stelt aan de taakvervulling door de bestuurder jegens de rechtspersoon als bedoeld in art. 2:9 BW. Welke taak in generieke

zin ziet op het besturen van de rechtspersoon (zie, uitgaande van het bestuur als orgaan, mede art. 2:44 BW in verbinding met art. 2:53a BW, art. 2:129/239 BW en art. 2:291 BW). Daarbij geldt:^[70.]

‘Over de inhoud van de taak van de bestuurder zegt art. 2:9 BW niets. De rechtsplicht om de taak behoorlijk te vervullen zou ook zonder uitdrukkelijke wettelijke bepaling gelden.

De norm dat een bestuurder tegenover de rechtspersoon gehouden is tot een behoorlijke vervulling van zijn taak richt zich primair tot bestuurders. Het is een tot hen gerichte gedragsnorm.

(...)

Wat behoorlijke taakvervulling is in een concreet geval is niet altijd eenduidig. Veel factoren spelen een rol. Aan het bestuur en bestuurders komt beleidsvrijheid toe. Ontwikkelingen kunnen anders lopen dan gedacht.’

3.27.3
Kroeze schrijft over het besturen van de rechtspersoon onder meer:^[71.]
‘Het begrip besturen is niet eenvoudig te omschrijven. Uitwerking van dit begrip in een wettelijke bepaling is niet goed denkbaar. Wat besturen in een concreet geval inhoudt, zal afhangen van de aard van de rechtspersoon, zijn statutaire doelstellingen en bevoegdheidsverdeling en zijn feitelijke activiteiten. Het besturen van een vereniging van gepensioneerden is wat anders dan het besturen van een NV die een multinationale onderneming in stand houdt. Boek 2 BW bevat naast de generieke taak om te besturen, nog een aantal taken en bevoegdheden die aan het bestuur zijn toegekend. (...) De statuten kunnen de taken en bevoegdheden van het bestuur uitbreiden, voor zover deze taken en bevoegdheden niet dwingendrechtelijk aan een ander orgaan behoren toe te komen. De gemene deler is dat besturen in het kader van de rechtspersoon is het leiden van de rechtspersoon. (...)

Het bestuur is bevoegd om voor de rechtspersoon bindende beslissingen te nemen. Het heeft bestuursmacht. Hoever de bestuursmacht reikt, wordt bepaald door wet en statuten. Het bestuur heeft een taak bij het inwendig functioneren van de rechtspersoon. Veelal zal niet onder de bestuursmacht van het bestuur vallen de beslissing over de juridische organisatie van de rechtspersoon en over zijn ontbinding. Bestuursmacht zal in het algemeen vooral betrekking hebben op beslissingen omtrent de deelneming van de rechtspersoon aan het maatschappelijk verkeer. Tegenover bestuursmacht staat een bestuursplicht. Een bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden zijn taak behoorlijk te vervullen (art. 2:9 BW). (...) Bij het vervullen van zijn taak moet het bestuur het belang van de rechtspersoon en de met hem verbonden organisatie, bijvoorbeeld een onderneming, tot richtsnoer nemen. (...)

(...)

Uit het wettelijk systeem vloeit voort dat aan het bestuur in beginsel zelfstandigheid en beleidsvrijheid toekomt. Dit is een voorwaarde voor het kunnen leiden van de rechtspersoon. Op dit beginsel kunnen de statuten uitzonderingen toestaan. (...) In alle gevallen geldt onverkort dat bestuurders gehouden zijn tot een behoorlijke vervulling van hun taak (art. 2:9 BW) en dat aanwijzingen die in strijd zijn met het belang van de rechtspersoon niet bindend zijn.^[72.]

3.27.4
In de parlementaire geschiedenis van art. 2:9 BW valt ter zake mede het volgende te lezen:^[73.]
‘De grenzen van de aansprakelijkheid van de bestuurder hebben de laatste jaren veel aandacht getrokken, ook, zij het niet rechtstreeks, in het kader van enquêteprocedures waar het beleid en de gang van zaken in de rechtspersoon aan de orde is. In de beschikking inzake Laurus (HR 8 april 2005, *JOR* 2005/119) spreekt de Hoge Raad over «een taakvervulling die niet in overeenstemming is met de wijze waarop een redelijk bekwame en redelijk handelende functionaris de taak in de gegeven omstandigheden had behoren te vervullen». In het verlengde daarvan wordt met enige regelmaat de vraag gesteld of de aansprakelijkheidsmaatstaf zoals uitgewerkt in [...] [...] en meer nog *Laurus* er toe kan leiden dat het oordeel achteraf wordt beïnvloed door de wetenschap rond het resultaat van de bestreden gedraging of beslissing, terwijl die beslissing gegeven de omstandigheden *op het moment van de besluitvorming zelf* milder zou worden beoordeeld. Voorop moet blijven staan dat de vraag of sprake is van onbehoorlijk bestuur moet

worden beantwoord naar het moment waarop de betreffende handelingen werden verricht.

Ten slotte: 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 grens wordt echter bereikt wanneer onverantwoordelijke risico's worden genomen; dan bestaat aansprakelijkheidsrisico voor bestuurders.^[74.]

3.27.5

Voor art. 2:9 BW-bestuurdersaansprakelijkheid, dus wegens het daarin bedoelde onbehoorlijk bestuur van de bestuurder(s) jegens de rechtspersoon, kent Boek 2 BW met deze bepaling een eigen regeling. Voor die aansprakelijkheid is, ook naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad, noodzakelijk dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Bij de beoordeling of de bestuurder inderdaad zo'n ernstig verwijt treft, moeten alle omstandigheden van het geval worden betrokken.^[75.] Art. 2:9 lid 2, tweede zin BW verwijst naar deze maatstaf na "tenzij", etc., in het kader van de mogelijkheid voor een individuele bestuurder om - bij meerdere aangesproken bestuurders - de gevestigde aansprakelijkheid voor dat onbehoorlijk bestuur te ontlopen via een zogenoemd (bevrijdend) 'disculpatieverweer'.^[76.] Maar die vestiging van aansprakelijkheid als bedoeld in art. 2:9 lid 2, tweede zin BW voor "tenzij", etc. (elke bestuurder "is voor het geheel aansprakelijk terzake van onbehoorlijk bestuur") vergt nog steeds dat de bestuurder, althans - bij meerdere aangesproken bestuurders - ten minste een van de bestuurders, zo'n ernstig verwijt te maken valt.^[77.] Nu het hier gaat om aansprakelijkheid van de bestuurder jegens de door hem bestuurde rechtspersoon, wordt wel gesproken van (een vorm van) *interne* bestuurdersaansprakelijkheid.^[78.]

3.27.6

Bij die overkoepelende gehoudenheid van art. 2:9 lid 1, eerste zin BW kan wel worden gesproken van (i) een enigszins 'aangeklede' rechtsplicht van de bestuurder jegens de door hem bestuurde rechtspersoon,^[79.] wat iets meer zou behelzen dan een louter algemene rechtsplicht (vergelijk art. 6:162 lid 2 BW, zie ook onder 3.21 hiervoor). Maar niet (ook) van (ii) een verbintenis als bedoeld in het algemene vermogensrecht, in het bijzonder het verbintenissen- en overeenkomstenrecht van Boek 6-7 BW (of daaraan gelijk te stellen). Daarvoor staat sub (i), normatief en systematisch, in een te ver verwijderd verband van sub (ii). Bij sub (i) is dan ook geen sprake van een contractuele althans verbintenisrechtelijke basis. Voor een verdergaande kwalificatie is sub (i) te eigensoortig, want ten gronde te zeer toegesneden op die specifieke positie van de bestuurder als functionaris in de (mede) wettelijk en statutair vastgestelde juridische structuur van de rechtspersoon.^[80.] Voor sub (i) geldt het primaat van dat recht omtrent de rechtspersoon, dat met Boek 2 BW ook een eigen plaats heeft gekregen in het geheel van het gecodificeerde burgerlijke recht.^[81.]

3.27.7

Van die eigen aard van de in art. 2:9 lid 1, eerste zin BW vervatte gehoudenheid (rechtsplicht) van de bestuurder jegens de rechtspersoon geeft de opzet van art. 2:9 BW ook blijk. Deze draait om de bestuurderstaak, de gehoudenheid van de bestuurder jegens de rechtspersoon tot een behoorlijke vervulling daarvan, en de sanctie van interne bestuurdersaansprakelijkheid bij onbehoorlijk bestuur. Daarvoor hoeft niet te worden uitgeweken naar art. 6:74 BW of art. 6:162 BW. Naar hieruit volgt, vindt aansprakelijkheid van een bestuurder "terzake van onbehoorlijk bestuur" als bedoeld in art. 2:9 lid 2, tweede zin BW (in verbinding met art. 2:9 lid 1, eerste zin BW) haar oorsprong niet in het algemene vermogensrecht, in het bijzonder het verbintenissen- en overeenkomstenrecht van Boek 6-7 BW, maar in het - vooral in Boek 2 BW wettelijk verankerde - rechtspersonenrecht. Dáár ligt ter zake het zwaartepunt.^[82.]

3.27.8

Hiermee strookt het om aan te nemen dat niet iedere regeling inzake een verbintenis in het algemene vermogensrecht (overeenkomstige) toepassing vindt op art. 2:9 BW in alle opzichten, al dan niet naar analogie. Ruimte voor differentiatie derhalve. En voorts dat die aard van de in art. 2:9 lid 1, eerste zin BW vervatte gehoudenheid (rechtsplicht) van de bestuurder jegens de rechtspersoon, en daarmee de in art. 2:9 BW vervatte regeling, zich in ieder geval ertegen verzet dat de klachtplicht van art. 6:89 BW kan afdoen aan de vestiging van bestuurdersaansprakelijkheid uit art. 2:9 BW. De vestiging van deze aansprakelijkheid van de

bestuurder vloeit immers in wezen voort uit onbehoorlijk bestuur in de zin van art. 2:9 lid 2, tweede zin BW (in verbinding met art. 2:9 lid 1, eerste zin BW), niet uit 'een prestatie van de schuldenaar die niet aan de verbintenis beantwoordt' ('een tekortschieten in de nakoming van een verbintenis') als bedoeld mede onder 3.23 hiervoor. Het tegendeel is m.i. dan ook niet beoogd door de wetgever, net zo min als door de Hoge Raad in zijn art. 6:89 BW-rechtspraak. Zie mede onder 3.9-3.24 hiervoor. Hier valt veeleer een parallel te trekken met het onder 3.23 hiervoor bedoelde arrest, waar hij overwoog dat deze klachtplicht niet ziet op een vordering uit onrechtmatige daad als daar voorlag. Zie ook onder 3.22-3.24 hiervoor.

Wettelijke verplichting tot schadevergoeding

3.27.9

Aan 3.27.2-3.27.8 hiervoor staat niet in de weg dat art. 2:9 BW-bestuurdersaansprakelijkheid, indien gevestigd, resulteert in een wettelijke verplichting tot schadevergoeding onder Titel 1, Afdeling 10 van Boek 6 BW (welke verplichting zelf dus kwalificeert als een verbintenis in de zin van Boek 6 BW, zie ook onder 3.22 hiervoor). De te onderscheiden vestiging van deze aansprakelijkheid van de bestuurder vloeit immers in wezen niet voort uit 'een prestatie van de schuldenaar die niet aan de verbintenis beantwoordt' ('een tekortschieten in de nakoming van een verbintenis'), zoals bedoeld mede onder 3.23 hiervoor. Waar - gezien ook 3.23 hiervoor - de klachtplicht van art. 6:89 BW niet kan afdoen aan de vestiging van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad in een geval als bedoeld onder 3.22 hiervoor, ook al resulteert deze aansprakelijkheid in zo'n wettelijke verplichting tot schadevergoeding onder Titel 1, Afdeling 10 van Boek 6 BW,^[83.] dient hetzelfde te gelden voor de vestiging van bestuurdersaansprakelijkheid uit art. 2:9 BW. Het voorgaande wordt logischerwijs niet anders als zou worden aangenomen dat deze klachtplicht wel ziet op (het voldoen aan) die wettelijke verplichting tot schadevergoeding als zodanig. Zie ook onder 3.22-3.24 hiervoor.

Algemeen vermogensrecht

3.27.10

Aan 3.27.2-3.27.8 hiervoor staat evenmin in de weg dat, naar Kroeze signaleert:^[84.]

'[h]et rechtspersonenrecht, zeker voor zover het betreft de civielrechtelijke rechtspersoon, nauwe banden [heeft] met het vermogensrecht. Zo spelen vermogensrechtelijke begrippen als rechtshandeling, nietigheid en vernietigbaarheid, vertegenwoordiging, ontbinding en aansprakelijkheid ook in het rechtspersonenrecht een belangrijke rol.'

Dat zo'n verband bestaat, is ontegenzeggelijk waar.^[85.] Dit laatste geldt evenwel ook voor de propositie dat het algemene vermogensrecht, waartoe art. 6:89 BW behoort, niet 'dus' integraal geldt voor althans doorwerkt in het rechtspersonenrecht, waaronder art. 2:9 BW. Dat vergt een meer genuanceerde analyse, zoals trouwens ook blijkt uit 3.27.9 hiervoor.^[86.]

3.27.11

Illustratief zijn twee Hoge Raad-arresten, een uit 2000 en een uit 2007. In het eerste oordeelt hij, inzake het bestuurderschap van een N.V. of B.V.:^[87.]

'De aard van de regel dat de benoeming van een bestuurder van een naamloze of besloten vennootschap geschiedt door de algemene vergadering van aandeelhouders, tenzij de benoeming geschiedt door de raad van commissarissen (art. 2:132 en 2:242 BW), brengt mee dat niet kan worden aanvaard dat degene die, ondanks het ontbreken van een dergelijk besluit, op grond van verklaringen of gedragingen van de vennootschap heeft aangenomen dat hij tot bestuurder van de vennootschap is benoemd, als bestuurder van de vennootschap moet worden aangemerkt. De aard van genoemde bepalingen verzetten zich evenzeer ertegen dat wordt aangenomen dat de vennootschap het recht kan verwerken zich ertegen te verzetten dat degene die, ondanks het ontbreken van een benoemingsbesluit, meent dat hij tot bestuurder van de vennootschap is benoemd als zodanig moet worden aangemerkt. Hierop stuiten de in het middel vervatte rechtsklachten af.'^[88.]

3.27.12

NJ-annotator Maeijer merkt daarover treffend op:^[89.]

'(...) De formulering van de HR doet denken aan art. 3:59 BW in verband met art. 3:35 BW: dit laatste artikel vindt buiten het vermogensrecht geen overeenkomstige toepassing voor zover de aard van de rechtshandeling of van de rechtsbetrekking zich daartegen verzet.

Omdat art. 3:35 BW niet rechtstreeks op besluiten van een rechtspersoon van toepassing werd geacht, heeft de wetgever op 1 januari 1992 in een nieuw art. 2:16 lid 2 BW geregeld in hoeverre de rechtsschijn die de rechtspersoon door het nemen van het nietige of vernietigde besluit tegenover een wederpartij op zich heeft geladen, aan hem kan worden toegerekend. Zie Parl. Gesch. Inv. Boeken 3, 5 en 6 BW, Aanpassing BW, p. 176. De tweede zin van lid 2 van art. 2:16 BW maakt een uitzondering op de eerste zin van dit lid die aansluit bij de strekking van art. 3:35 BW; nietigheid of vernietiging van een besluit tot benoeming van een bestuurder of commissaris kan door de rechtspersoon aan de 'benoemde' worden tegengeworpen. Met Timmerman, preadvies Ver. Handelsrecht 1991, p. 99, neem ik aan dat uit de strekking van deze bepaling volgt dat iemand die is 'benoemd' op grond van een nietig c.q. non-existent of vernietigd besluit, geen bestuurder is ook als de rechtspersoon zich niet daarop zou beroepen.'

3.27.13

In het tweede arrest oordeelt de Hoge Raad, inzake het lidmaatschap van een vereniging:^[90.]
'Aan de onderdelen ligt ten grondslag de opvatting dat [B.] c.s. als lid van de vereniging dienen te worden aangemerkt omdat zij op grond van een verklaring of gedraging van de vereniging of haar bestuur hebben aangenomen en mochten aannemen dat zij door het bestuur als lid zijn toegelaten. Hoewel voor toelating als lid een besluit van het bestuur vereist is, neemt dat, mede gezien het in art. 3:35 BW - in verbinding met art. 3:59 - vervatte beginsel, inderdaad niet weg dat de mogelijkheid bestaat dat een persoon die op grond van verklaringen of gedragingen van het daartoe bevoegde orgaan van een vereniging heeft aangenomen, en in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs heeft mogen aannemen, dat een besluit is genomen hem als lid van de vereniging toe te laten, in dit vertrouwen bescherming verdient, in die zin dat hij op die grond als lid van de vereniging heeft te gelden. Mede gezien het bepaalde in art. 2:16 lid 2 BW moet geoordeeld worden dat de aard van de betrokken rechtshandeling van toelating als lid zich hiertegen niet verzet.'

3.27.14

NJ-annotator Maeijer merkt daarover treffend op:^[91.]

'Art. 3:59 BW eist voor de overeenkomstige toepassing van art. 3:35 BW dat de aard van de rechtshandeling zich hiertegen niet verzet. De HR verwijst naar art. 2:16 lid 2 BW en oordeelt mede op grond van deze bepaling dat de aard van de betrokken rechtshandeling van toelating als lid zich niet verzet tegen een dergelijke toepassing.

In het verleden is ten aanzien van de benoeming van bestuurders anders geoordeeld mede gelet op de tweede zin van art. 2:16 lid 2 waarin een uitzondering wordt gemaakt op de hierboven aangeduide regel van de eerste zin: nietigheid (c.q. non-existent) of vernietiging van een besluit tot benoeming van een bestuurder of commissaris kan wel (altijd) aan de benoemde worden tegengeworpen. Het belang van de rechtspersoon dient hier te overwegen; vgl. Parl. Gesch. Inv. 3, 5 en 6; Aanpassing BW, p. 176. Zie in dit verband r.o. 3.2.2 van HR 15 december 2000, *NJ* 2001, 109, welke uitspraak in het verlengde ligt van HR 2 juni 1977, *NJ* 1978, 238.'

3.27.15

Geen wet van Meden en Perzen derhalve, wel relativering. In het onderhavige geval laten de onder 3.27.10 hiervoor bedoelde "nauwe banden" dus onverlet dat die aard van de in art. 2:9 lid 1, eerste zin BW vervatte gehoudenheid (rechtsplicht) van de bestuurder jegens de rechtspersoon, en daarmee de in art. 2:9 BW vervatte regeling, zich in ieder geval ertegen verzet dat de klachtplicht van art. 6:89 BW kan afdoen aan de vestiging van bestuurdersaansprakelijkheid uit art. 2:9 BW. Zie onder 3.27.2-3.27.8 hiervoor. In zoverre valt hier een parallel te trekken met 3.27.11-3.27.12 hiervoor.^[92.]

3.27.16

Iets anders is dat als bestuurdersaansprakelijkheid uit art. 2:9 BW is gevestigd, Titel 1, Afdeling 2 van Boek 6 BW (pluraliteit van schuldenaren en hoofdelijke verbondenheid) en Afdeling 10 daarvan (wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding) zich daarop laten toepassen.^[93.] Zie ook onder 3.27.9 hiervoor. Daartegen verzet de aard van de in art. 2:9 BW vervatte regeling zich niet. Dit laatste geldt ook voor de in Titel 11 van Boek 3 BW (rechtsvorderingen) vervatte regeling voor verjaring (zie art. 3:310 lid 1 BW), die eindigt met de schakelbepaling van art. 3:326 BW.^[94.] Daartoe behoort de in art. 3:320 BW in verbinding met art. 3:321 lid 1, aanhef en sub d BW vervatte verlengingsgrond die bestaat "tussen rechtspersonen en haar bestuurders".^[95.] Het voorgaande - nog een voorbeeld - gaat ook op voor het algemene leerstuk van

rechtsverwerking in verbinding met art. 2:8 lid 2 BW.^[96.]

3.27.17

Overigens kan, omgekeerd, het rechtspersonenrecht van betekenis zijn voor het algemene vermogensrecht. Ook dit is juridisch gezien geen anathema. Een voorbeeld biedt Hoge Raad-rechtspraak waaruit volgt dat in het algemeen alleen dan mag worden aangenomen dat de bestuurder jegens een schuldeiser van de vennootschap (rechtspersoon) onrechtmatig heeft gehandeld waar hem, “mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW”, een ernstig verwijt kan worden gemaakt.^[97.] Aldus is art. 2:9 BW van betekenis voor *externe* bestuurdersaansprakelijkheid, dus van de bestuurder jegens een derde (een ander dan de rechtspersoon), op de voet van art. 6:162 BW.^[98.]

Meervoudige rechtsverhouding (dualiteit van ‘functie’ en ‘contract’)

3.27.18

Aan 3.27.2-3.27.8 hiervoor staat evenmin in de weg dat de contractuele (component van de) rechtsverhouding tussen bestuurder en rechtspersoon - waarvan in de praktijk ook sprake pleegt te zijn - in beginsel wél in de sleutel staat van het algemene vermogensrecht, in het bijzonder het verbintenissen- en overeenkomstenrecht van Boek 6-7 BW. Daarbij is doorgaans sprake van een arbeidsovereenkomst (art. 7:610 e.v. BW), dan wel van een overeenkomst van opdracht (art. 7:400 e.v. BW).^[99.] In welk verband betrokkene - als werknemer - verplicht is zich te gedragen als een goed werknemer (art. 7:611 BW),^[100.] dan wel - als opdrachtnemer - bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moet nemen (art. 7:401 BW).^[101.]

3.27.19

Deze contractuele (component van de) rechtsverhouding tussen bestuurder en rechtspersoon is weliswaar gerelateerd aan de functionele (component van de) rechtsverhouding tussen deze actoren, waartoe art. 2:9 BW behoort en waarover onder 3.27.2-3.27.8 hiervoor, maar moet daarvan ook worden onderscheiden. Wel samenhang, geen samenvatting. Ook hier bestaat dus aanleiding voor relatief denken.^[102.] Ik citeer A-G Timmerman:^[103.]

‘2.4 De band tussen een statutair directeur en een BV of NV heeft een dubbel karakter: hij heeft zowel een vennootschapsrechtelijke als een arbeidsrechtelijke betrekking met de vennootschap, zo volgt uit het Sjartec-arrest van de Hoge Raad.^[104.]

2.5 Benoeming van bestuurders geschiedt door de algemene vergadering van aandeelhouders of - bij een structuurvennootschap - door de raad van commissarissen. Veelal wordt aangenomen dat de bestuurder met de aanvaarding van de benoeming niet alleen in een vennootschapsrechtelijke maar ook in een contractuele verhouding tot de vennootschap komt te staan. Algemeen wordt aangenomen dat deze contractuele verhouding een arbeidsovereenkomst is’ [zonder verwijzingen in het origineel, A-G].^[105.]

Dit wordt logischerwijs niet anders, indien de klachtplicht van art. 6:89 BW wel kan afdoen aan de vestiging van aansprakelijkheid van betrokkene uit wanprestatie in die contractuele rechtsverhouding.

3.27.20

Daarbij betrek ik de bekende rechtspersonenrechtelijke handboeken. Daarin vallen bij dit thema van de meervoudige rechtsverhouding (de dualiteit van ‘functie’ en ‘contract’) tussen bestuurder en rechtspersoon enige variaties te ontwaren, in termen van conceptualisering. Maar daarin worden nergens de functionele (component van de) rechtsverhouding tussen bestuurder en rechtspersoon en de contractuele (component van de) rechtsverhouding tussen deze actoren behandeld als ‘één pot nat’, op één hoop gegooid. Wel wordt daarin art. 2:9 BW - net als bijvoorbeeld art. 2:8 BW^[106.] - specifiek gerelateerd aan die functionele rechtsverhouding, niet zozeer aan die contractuele rechtsverhouding. In lijn daarmee lees ik nergens in deze bronnen dat bij de in art. 2:9 lid 1, eerste zin BW vervatte gehoudenheid van de bestuurder jegens de rechtspersoon onverkort (ook) sprake zou zijn van een verbintenis van eerstgenoemde jegens laatstgenoemde als bedoeld in het algemene vermogensrecht, in het bijzonder het verbintenissen- en overeenkomstenrecht van Boek 6-7 BW (of daaraan gelijk te stellen). Laat staan dat de klachtplicht van art. 6:89 BW kan afdoen aan (de vestiging van) bestuurdersaansprakelijkheid uit art. 2:9 BW. Net als in het citaat van A-G Timmerman onder 3.27.19 hiervoor, vind ik in deze bronnen juist steun voor wat ik schreef onder 3.27.2-3.27.8 hiervoor. Ik geef voorbeelden onder 3.27.23-3.27.27 hierna. Eerst een zijstap.

Zijstap

3.27.21

Onder 3.25.1 hiervoor wees ik erop dat de problematiek van samenloop, vergelijkbaar met die als bedoeld onder 3.23 hiervoor, in het onderhavige geval niet speelt. Ik kan daarom laten rusten hoe deze problematiek moet worden aangevlogen ingeval van een bestuurder tevens werk- of opdrachtnemer van een rechtspersoon met zo'n meervoudige rechtsverhouding. Wel merk ik op dat ter zake in uitgangspunt ook geen sprake kán zijn van zo'n samenloop, indien wordt aangenomen (i) dat art. 2:9 BW-bestuurdersaansprakelijkheid betrekking heeft op gedragingen van betrokkene die in het concrete geval zijn te karakteriseren als 'bestuurshandelen' ('bestuursfouten'). Kort gezegd: gedragingen van betrokkene die niet los vallen te zien van diens taak (rol) als bestuurder, zoals daaraan bij deze rechtspersoon nader invulling is gegeven. En (ii) dat de contractuele (component van de) rechtsverhouding tussen deze actoren als grondslag voor interne aansprakelijkheid van betrokkene aan de orde kan komen voor zover diens gedragingen in het concrete geval zo'n functioneel verband ontberen, dus daarbuiten vallen en derhalve te karakteriseren zijn als 'niet-bestuurshandelen' ('niet-bestuursfouten'). Er is dan in zoverre sprake van gescheiden circuits (in essentie: dubbele exclusiviteit), waarbij de sub (i) bedoelde grondslag voor interne aansprakelijkheid van betrokkene met een daaraan inherente hoge aansprakelijkheidsdrempel (ernstig verwijt dus) over het algemeen zal prevaleren.^[107.] Daarbij speelt alleen sub (i) het leerstuk van interne *bestuurdersaansprakelijkheid*, gekoppeld aan art. 2:9 BW. Sub (ii) gaat het om mogelijke aansprakelijkheid van betrokkene jegens de rechtspersoon voor handelen in andere hoedanigheid (die van werk- of opdrachtnemer), waartoe art. 2:9 BW zich niet uitstrekt.^[108.] Ook dan doet de in deze conclusie voorgestane benadering inzake vestiging van bestuurdersaansprakelijkheid uit art. 2:9 BW en de klachtplicht van art. 6:89 BW opgeld, erop neerkomend dat deze klachtplicht niet kan afdoen aan de vestiging van deze aansprakelijkheid van de bestuurder.

3.27.22

Het volgen van zo'n lijn van gescheiden circuits - dus voor doeleinden van interne aansprakelijkheid van betrokkene^[109.] - valt m.i. te overwegen, ook uit het oogpunt van onderlinge afstemming bij die dualiteit van 'functie' en 'contract'. Zo komt het mij weinig zinvol voor op interne aansprakelijkheid van betrokkene voor zulk bestuurshandelen meerdere regimes (zowel art. 2:9 BW als zo'n contractuele grondslag), met te onderscheiden kenmerken,^[110.] toepasbaar te laten zijn. Te minder daar art. 2:9 BW nu juist is toegesneden op interne aansprakelijkheid voor "onbehoorlijk bestuur" én is voorzien van die daaraan gerelateerde hoge aansprakelijkheidsdrempel, ongeacht of de contractuele (component van de) rechtsverhouding tussen bestuurder en rechtspersoon bestaat uit een arbeidsovereenkomst of een overeenkomst van opdracht.^[111.] Zie onder 3.27.2-3.27.5 hiervoor. De parlementaire geschiedenis van art. 7:661 BW wijst ook in de richting dat interne aansprakelijkheid van de bestuurder-werknemer voor zulk bestuurshandelen steeds beoordeeld dient te worden aan de hand van art. 2:9 BW,^[112.] wat in de feitenrechtspraak wordt onderkend.^[113.] Omgekeerd heeft zulk niet-bestuurshandelen van betrokkene, op de keper beschouwd, nu juist niet van doen met datgene waarvoor art. 2:9 BW is opgetuigd.^[114.] Iets anders is dat - afhankelijk van het feitencomplex - interne aansprakelijkheid van betrokkene vanwege zulk bestuurshandelen ook aan de orde kan zijn op basis van art. 6:162 BW (in plaats van art. 2:9 BW), waarbij aan art. 2:9 BW wel een zekere reflexwerking toekomt.^[115.] Zie ook onder 3.27.29 hierna. Genoemde benadering inzake vestiging van bestuurdersaansprakelijkheid en klachtplicht doet dan eveneens opgeld. Zie mede onder 3.22-3.24 en 3.27.8-3.27.9 hiervoor. Iets anders is ook dat interne aansprakelijkheid van betrokkene vanwege zulk bestuurshandelen naar de aard contextueel is, want afhankelijk van de omstandigheden van het geval: dat geldt zowel bij art. 2:9 BW als bij art. 6:162 BW (met dus een zekere reflexwerking van art. 2:9 BW). Tot die omstandigheden zou - weer afhankelijk van het feitencomplex - ook een relevante bepaling in die contractuele rechtsverhouding kunnen behoren. Dat sluit die lijn van gescheiden circuits niet uit. Wordt die lijn doorgetrokken naar het geval waarin art. 6:162 BW de juridische grondslag vormt van een vordering van de rechtspersoon jegens betrokkene, dan kan via de feitelijke grondslag van deze vordering wanprestatie in die contractuele rechtsverhouding dus eerst in beeld komen waar het daarbij gaat om zulk niet-bestuurshandelen. Dan speelt het leerstuk van interne *bestuurdersaansprakelijkheid* evenmin, gelijk zo'n reflexwerking van art. 2:9 BW. Tot slot: wat ik schreef onder 3.27.21-3.27.22 hiervoor zou logischerwijs ook opgaan, indien de klachtplicht van art. 6:89 BW wel kan afdoen aan de vestiging van aansprakelijkheid van betrokkene uit wanprestatie in die contractuele rechtsverhouding (dus voor zulk niet-bestuurshandelen), althans uit onrechtmatige daad die feitelijk is gegrond op zo'n wanprestatie in die contractuele rechtsverhouding. Einde *intermezzo*.

Meervoudige rechtsverhouding: vervolg

3.27.23

Dan nu die voorbeelden uit de literatuur. Eerst Huizink. Hij schrijft onder meer:^[116.]

‘Door de aanvaarding van de benoeming ontstaat er een rechtsbetrekking tussen de bestuurder en de vennootschap. Deze rechtsbetrekking is van rechtspersonenrechtelijke of vennootschapsrechtelijke aard, in dier voege dat zij wordt beheerst door de bepalingen van Boek 2 BW, de statuten van de vennootschap, eventueel de reglementen van de vennootschap alsmede de bevoegd genomen besluiten van de diverse vennootschapsorganen. Ik heb deze rechtsbetrekking ook wel aangeduid als een functionele rechtsbetrekking. Meer concreet betekent een en ander dat de bestuurder belast is met de in Boek 2 BW genoemde bestuurstaken, zoals het besturen van de rechtspersoon (...) en dat hij ingevolge art. 9 tegenover de BV gehouden is tot een behoorlijke vervulling van die werkzaamheden.

(...)

Vennootschapsbestuurders ontvangen voor hun werkzaamheden doorgaans een zekere remuneratie. (...) In elk geval wordt van deze bezoldigde bestuurders algemeen aangenomen dat zij tevens werknemers in de zin van art. 7:610 BW zijn. (...)

Op grond van het voorgaande wordt algemeen aanvaard dat de bestuurder in een dubbele rechtsbetrekking tot de vennootschap staat. De verhouding wordt enerzijds beheerst door het rechtspersonenrecht van Boek 2 BW c.a. en anderzijds door het overeenkomsten- en verbintenissenrecht. Meer in het bijzonder door de wettelijke regels voor de arbeidsovereenkomst.^[117.]

3.27.24

Ik wijs ook op Kroeze, Timmerman & Wezeman. Zij formuleren het, kort maar krachtig, zo:^[118.]

‘Een bestuurder bekleedt als gevolg van zijn benoeming tot bestuurder een vennootschapsrechtelijke positie. Hij maakt als functionaris deel uit van de wettelijk vastgelegde, juridische structuur van de vennootschap. Uit deze vennootschapsrechtelijke rechtsverhouding tussen bestuurder en bv vloeien over en weer bepaalde rechten en verplichtingen voort. Zo is de bestuurder gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak op grond van art. 2:9 BW, dient een bij de vennootschap betrokkene zich jegens de bestuurder (en de bestuurder jegens hem) overeenkomstig de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW te gedragen en heeft de bestuurder een raadgevende stem in de aandeelhoudersvergadering op grond van art. 2:227 lid 7 BW. Naast deze door het vennootschapsrecht gekleurde rechtsverhouding tussen de bv en de bestuurder geldt tussen hen ook een contractuele rechtsverhouding. Als de bestuurder een natuurlijke persoon is die loon ontvangt, zal deze contractuele verhouding in de regel een arbeidsovereenkomst zijn.’^[119.]

3.27.25

Instructief is eveneens wat Van Solinge & Nieuwe Weme hierover uiteenzetten:^[120.]

‘Tussen de bestuurder en de NV of BV bestaat een dubbele rechtsband. De bestuurder bekleedt een functie binnen de vennootschapsrechtelijke organisatie, waarbij hij is onderworpen aan de regels van het vennootschapsrecht. De bestuurder staat tevens in een contractuele verhouding tot de vennootschap. De overeenkomst tussen bestuurder en vennootschap kan veelal als arbeidsovereenkomst worden aangemerkt, maar niet bij de beurs-NV.

- a. *Dubbele rechtsband.* De bestuurder staat tot de vennootschap in een vennootschapsrechtelijke rechtsverhouding, die wordt beheerst door de regels van het vennootschapsrecht (Boek 2 BW). Daarnaast staat de bestuurder in een contractuele relatie tot de vennootschap. (...) Deze relatie wordt beheerst door de regels van het overeenkomstenrecht, die van het arbeidsovereenkomstenrecht in het bijzonder (titel 10 Boek 7 BW). (...)
- b. *Aard van vennootschapsrechtelijke band.* De vennootschapsrechtelijke relatie ontstaat doordat de bestuurder als zodanig wordt benoemd door het daartoe bevoegde vennootschapsorgaan en hij de benoeming heeft aanvaard. De vennootschapsrechtelijke rechtsverhouding wordt beheerst door de regels van het vennootschapsrecht, namelijk de wet, de statuten, de reglementen en de besluiten en ingevolge art. 2:8 BW, de ongeschreven normen voortvloeiend uit de redelijkheid en billijkheid (de bestuurder is immers bij de vennootschappelijke organisatie betrokken). (...)

- c. *Contractuele rechtsband is meestal arbeidsovereenkomst.* In de praktijk bestaat de contractuele rechtsband in de meeste gevallen uit een arbeidsovereenkomst tussen de bestuurder en de vennootschap. (...) Is de contractuele band een arbeidsovereenkomst, dan zijn de regels van het arbeidsrecht van overeenkomstige toepassing op de rechtsverhouding tussen de bestuurder en de vennootschap, met dien verstande dat, waar nodig, de wet uitzonderingen maakt voor de bestuurder van een NV en BV. (...)

(...)

- f. *Benoemingsbesluit.* De benoeming van een bestuurder komt tot stand door een besluit van het daartoe bevoegde orgaan. (...) Doordat de bestuurder de benoeming aanvaardt, komt de functionele of vennootschapsrechtelijke band tot stand. Met de aanvaarding van de benoeming zal veelal beoogd zijn dat tegelijkertijd ook de contractuele band tot stand komt.'

3.27.26

Van Solinge & Nieuwe Weme gaan daar ook in op diverse andere aspecten:^[121.] de overeenkomst van opdracht (sub c); groepsverhoudingen (sub c); de managementovereenkomst (sub d); het beurs N.V.-regime, waarbij geen sprake is van een arbeidsovereenkomst (sub e); en fictief werknemerschap (sub g). Bij die groepsverhoudingen wijzen zij erop dat het:

'nogal eens voor[komt] dat een persoon die behalve bestuurder ook werknemer is van een tot de groep behorende vennootschap (bijvoorbeeld de moedervernootschap), tevens bij een andere groepsvennootschap (bijvoorbeeld een dochtervennootschap) onbezoldigd bestuurder is. Ook dan is er een dubbele rechtsband: enerzijds een functionele band met de dochtervennootschap die tot stand komt door benoeming als bestuurder en aanvaarding daarvan en anderzijds een arbeidsovereenkomst met de moedervernootschap op basis waarvan arbeid ten dienste van de groep wordt verricht.'^[122.]

Overigens draaide de zaak waarop het citaat van A-G Timmerman onder 3.27.19 hiervoor betrekking heeft om de (arbeidsrechtelijke) gevolgen van een vennootschapsrechtelijk besluit tot ontslag van een bestuurder. Daarover is door de Hoge Raad geoordeeld in zijn '15 april 2005'-arresten,^[123.] in de samenvatting van Van Solinge & Nieuwe Weme:^[124.]

'(...) dat uit art. 2:134/244 BW volgt dat een geldig ontslagbesluit van het daartoe bevoegde orgaan van de vennootschap in beginsel leidt tot zowel de beëindiging van de bestuursfunctie bij de vennootschap als de opzegging van de arbeidsovereenkomst met de vennootschap. Het ontslag is dus ondeelbaar: vennootschapsrechtelijk ontslag is tevens arbeidsrechtelijk ontslag. Het ontslagbesluit is daarmee een rechtshandeling met, in beginsel, twee rechtsgevolgen, te weten het einde van de vennootschapsrechtelijke (functionele) rechtsbetrekking en het einde van de arbeidsovereenkomst. Een afzonderlijk besluit tot beëindiging van de arbeidsrechtelijke relatie is dus niet meer nodig. De wijze waarop en de voorwaarden waaronder elk van deze rechtsbetrekkingen tot een einde komt, alsmede de mogelijke aantasting daarvan, worden beheerst door respectievelijk het vennootschapsrecht en het arbeidsrecht.'^[125.]

Hier is ook sprake van onderlinge afstemming bij die dualiteit van 'functie' en 'contract', zij het dus in ander verband dan interne aansprakelijkheid van betrokkene.

3.27.27

Verder valt ter zake bijvoorbeeld te wijzen op wat Winter, Wezeman & Schoonbrood schrijven,^[126.] in navolging van Van Schilfgaarde.^[127.] Op wat Dortmund schrijft,^[128.] in navolging van Van der Grinten.^[129.] En op wat Overes, Van der Ploeg & Van Veen,^[130.] Gepken-Jager^[131.] en Hamers^[132.] schrijven, juist ook inzake andere privaatrechtelijke rechtspersonen dan de N.V. en de B.V.^[133.]

Hoge Raad-rechtspraak

3.27.28

Wat ik uiteenzette onder 3.27.2-3.27.20 en 3.27.23-3.27.27 hiervoor^[134.] sluit aan op Hoge Raad-rechtspraak. Dit volgt uit hetgeen ik daar opmerkte, alsook uit andere voorbeelden.

- a. Een eerste voorbeeld blijkt al uit 3.27.1 hiervoor. Ik licht dit hier extra uit. In het daar bedoelde arrest,^[135.] wat gevoeglijk het moederarrest inzake art. 2:9 BW-bestuurdersaansprakelijkheid kan worden genoemd, spreekt de Hoge Raad - conform 2:9 BW - van het tekortschieten door de bestuurder jegens de rechtspersoon "in een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak", van een tekortkoming in

díe zin:

‘De (...) aangevoerde rechtsklacht betreft de maatstaf die behoort te worden gehanteerd bij de beantwoording van de vraag of een bestuurder die (...) een natuurlijk persoon is en zijn taak in dienstbetrekking vervult, zozeer in een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak is tekortgeschoten dat hij krachtens art. 2:9 BW tegenover de rechtspersoon aansprakelijk is voor de schade welke deze als gevolg van die tekortkoming lijdt.’

Alle omstandigheden die hij vervolgens noemt, als in aanmerking te nemen in het kader van de te hanteren ernstigverwijtmaatstaf, betreffen - niet verrassend, gezien de portee van art. 2:9 BW - het besturen van de rechtspersoon. Ik citeer:

‘Zoals het Hof en ook het onderdeel terecht tot uitgangspunt nemen, is voor aansprakelijkheid op de voet van art. 2:9 vereist dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Of in een bepaald geval plaats is voor een ernstig verwijt als hier bedoeld, dient te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Tot de in aanmerking te nemen omstandigheden behoren onder meer de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten, de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's, de taakverdeling binnen het bestuur, de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen, de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen, alsmede het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.’^[136.]

Daarbij heeft de Hoge Raad het niet (ook) over een tekortkoming door de bestuurder jegens de rechtspersoon in de nakoming van een verbintenis als bedoeld in het algemene vermogensrecht, in het bijzonder het verbintenissen- en overeenkomstenrecht van Boek 6-7 BW (of daaraan gelijk te stellen). Evenmin in zijn art. 2:9 BW-gerelateerde uitspraken van daarna, waarover onder meer sub b-c hierna.^[137.] Daarin wordt ook niet meer verwezen naar een bestuurder die “een natuurlijk persoon is en zijn taak in dienstbetrekking vervult”.^[138.] Het voorgaande inzake art. 2:9 BW geldt tevens voor de rechtspersoon-bestuurder (zie mede art. 2:11 BW) en voor de bestuurder/niet-werknemer.^[139.]

- b. Een tweede voorbeeld betreft een enquêterechtelijke beschikking, waar de Hoge Raad daarin het oog heeft op art. 2:9 BW en nadrukkelijk verwijst^[140.] naar de situatie waarin:
- ‘de aangesproken persoon tegenover de rechtspersoon zijn taak niet heeft vervuld op de wijze waarop een redelijk bekwame en redelijk handelende functionaris die taak in de gegeven omstandigheden had behoren te vervullen.’
- Te onderscheiden, zo benadrukt hij in deze beschikking, van de situatie waarin:
- ‘personen die deel uitmaken van de organen van de rechtspersoon door derden die als gevolg van wanbeleid schade hebben geleden aansprakelijk worden gesteld in een afzonderlijke, op art. 6:74 en/of art. 6:162 en/of art. 2:138/248 BW gebaseerde, procedure.’^[141.]
- Eerstgenoemd citaat wordt in de literatuur gerelateerd aan het sub a hiervoor bedoelde Hoge Raad-arrest. Bijvoorbeeld door Kroeze, Timmerman & Wezeman,^[142.] die daarbij benadrukken dat de Hoge Raad in dit arrest voor het eerst onderstreepte:
- ‘dat voor aansprakelijkheid op de voet van art. 2:9 BW vereist is dat aan een bestuurder een *ernstig verwijt* van onbehoorlijk bestuur gemaakt kan worden. Het nadien gewijzigde art. 2:9 BW eist dit in het tweede lid thans expliciet. De bestuurder zal dan niet hebben gehandeld overeenkomstig ‘het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult’ (...).’
- c. Een derde voorbeeld betreft een arrest waarin de Hoge Raad vooropstelt:^[143.]
- ‘dat naar Nederlands recht onderscheid wordt gemaakt tussen de aansprakelijkheid van een persoon in zijn hoedanigheid van bestuurder van een vennootschap (uit hoofde van schending van zijn vennootschapsrechtelijke verplichting tot behoorlijke taakvervulling krachtens art. 2:9 BW dan wel uit hoofde van onrechtmatig handelen in de zin van art. 6:162 BW) en de afgezien van deze hoedanigheid op die persoon rustende aansprakelijkheid als werknemer van die vennootschap (uit hoofde van opzet of bewuste roekeloosheid bij de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst als bedoeld in art. 7:661 BW).

Daarna beziet hij onder meer of de bevoegdheidsregel van art. 5, aanhef en sub 1 (a) EEX-Vo voor toepassing

in aanmerking komt, voor zover een vennootschap haar bestuurder aanspreekt op grond van onbehoorlijke taakvervulling dan wel onrechtmatig handelen.^[144.] Dat het begrip ‘verbintenissen uit overeenkomst’ in deze bepaling “autonoom moet worden uitgelegd” en onder meer ziet op “verbintenissen die hun grondslag hebben in de tussen een (privaatrechtelijke) vereniging en haar leden bestaande lidmaatschapsverhouding”,^[145.] biedt volgens de Hoge Raad steun aan een uitleg van deze bepaling waarbij onder dit begrip ook vallen “de tussen een bestuurder en de door hem bestuurde vennootschap bestaande verbintenissen, in het bijzonder de op de bestuurder rustende verplichting tot behoorlijke taakvervulling.” Vervolgens beziet hij of ter zake de bevoegdheidsregel van art. 5, aanhef en sub 3 EEX-Vo voor toepassing in aanmerking komt.^[146.] Daarvoor pleit, aldus de Hoge Raad:

‘dat de vordering waarmee een vennootschap haar bestuurder aanspreekt op grond van onbehoorlijke taakvervulling dan wel onrechtmatig handelen, niet wezenlijk verschilt van een vordering uit hoofde van delictuele aansprakelijkheid, hetgeen zou meebrengen dat de hieruit voortvloeiende verbintenissen worden aangemerkt als ‘verbintenissen uit onrechtmatige daad’ als bedoeld in art. 5, aanhef en onder 3, EEX-Vo.’ Het wil mij voorkomen dat dit een en ander, specifiek wat betreft die “vennootschapsrechtelijke verplichting tot behoorlijke taakvervulling krachtens art. 2:9 BW” en aansprakelijkheidsvordering uit dien hoofde wegens onbehoorlijke taakvervulling, aansluit op sub a-b hiervoor.^[147.]

3.27.29

Hieraan staat m.i. niet in de weg een Hoge Raad-arrest over samenloop tussen enerzijds art. 2:9 BW en art. 7:661 BW en anderzijds art. 6:162 BW. Daarin wordt weliswaar verwezen naar 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”.^[148.] Maar daarmee doelt de Hoge Raad, blijkens het bredere verband van diens oordeel en kennelijk als handzaam contrast met een “onrechtmatige daad”,^[149.] wat betreft art. 2:9 BW kortweg op de daar al uitgebreider vooropgestelde “norm” waaraan “een bestuurder van een rechtspersoon” zich heeft te houden “bij de vervulling van de hem opgedragen taak”. Dit ziet dus op de thans in art. 2:9 lid 1, eerste zin BW vervatte gehoudenheid van de bestuurder jegens de rechtspersoon.^[150.] Te onderscheiden van art. 7:661 BW, dat betrekking heeft op “schade die door de werknemer aan de werkgever of aan een derde is toegebracht bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst”.^[151.] Waar het de Hoge Raad in dit arrest om gaat,^[152.] is dat art. 2:9 BW en art. 7:661 BW:

‘een beperking [impliceren] van de aansprakelijkheid van de bestuurder respectievelijk werknemer voor schade die zij, kort gezegd, binnen de uitoefening van hun werkzaamheden, hebben toegebracht.’

En dat de reikwijdte van deze bepalingen niet beperkt is tot vorderingen die direct gebaseerd zijn op zulk tekortkomen door de bestuurder (in de zin van art. 2:9 BW) of de werknemer (in de zin van art. 7:661 BW), nu deze evenzeer toepassing kunnen en moeten vinden als:

‘onafhankelijk van een dergelijke toerekenbare tekortkoming, sprake is van een onrechtmatige daad die is begaan bij de taakvervulling van de bestuurder respectievelijk bij de uitvoering door de werknemer van de arbeidsovereenkomst.’

En als:

‘de aan de bestuurder of werknemer verweten onrechtmatige daad in zodanig verband staat met die taakvervulling of uitvoering, dat de strekking van de desbetreffende bepaling (art. 2:9 respectievelijk art. 7:661 BW) zich tegen een verdergaande aansprakelijkheid verzet.’^[153.]

Dát is de crux van dit arrest. Wat betreft art. 2:9 BW sluit de Hoge Raad hier in essentie weer aan bij de aan de bestuurder opgedragen taak, tot een behoorlijke vervulling waarvan die bestuurder jegens de rechtspersoon is gehouden. Zie ook onder 3.27.1 en 3.27.28 sub a-b hiervoor. Ik kan hieruit in ieder geval niet opmaken dat het volgens de Hoge Raad bij de gehoudenheid in de zin van art. 2:9 lid 1, eerste zin BW onverkort (ook) zou gaan om een verbintenis van de bestuurder jegens de rechtspersoon als bedoeld in het algemene vermogensrecht, in het bijzonder het verbintenissen- en overeenkomstenrecht van Boek 6-7 BW (of daaraan gelijk te stellen). Wat voor de afdoening van die zaak ook niet nodig was. De conclusie van A-G Timmerman voor dit arrest geeft daartoe evenmin aanleiding.^[154.] Hetzelfde geldt voor eerdere en latere art. 2:9 BW-gerelateerde rechtspraak van de Hoge Raad.^[155.] Illustratief is het onder 3.27.28 sub c hiervoor genoemde, latere Hoge Raad-arrest.

Ander dwarsverband en slotobservatie

3.27.30

Ik leg nog een dwarsverband, nu met Boek 2 BW in ander opzicht. De door mij voorgestane benadering inzake

vestiging van bestuurdersaansprakelijkheid uit art. 2:9 BW en de klachtplicht van art. 6:89 BW, erop neerkomend dat deze klachtplicht niet kan afdoen aan de vestiging van deze aansprakelijkheid van de bestuurder, past ook bij art. 2:138/248 lid 8 BW. Daaruit volgt dat bij faillissement van een N.V. of B.V. de curator, niettegenstaande art. 2:138/248 BW, bevoegd is “tot het instellen van een vordering op grond van de overeenkomst met de bestuurder of op grond van artikel 9”. Dit is via schakelbepaling (art. 2:50a BW in verbinding met art. 2:53a BW, alsook art. 2:300a BW) van overeenkomstige toepassing bij de andere privaatrechtelijke rechtspersonen in Boek 2 BW. Hier wordt art. 2:9 BW dus nadrukkelijk apart genomen van die overeenkomst. Wat blijkens de parlementaire geschiedenis van art. 2:138/248 BW bewust is gebeurd:^[156.] ‘De vordering van de curator ex artikel 138 of 248 Boek 2 BW is een vordering ten behoeve van de schuldeisers van de vennootschap. De vordering die berust op artikel 8 [thans art. 2:9 BW, A-G] is een vordering van de vennootschap zelf tegen de bestuurders. Ingeval van faillissement kan de curator ook deze vordering voor de gefailleerde vennootschap instellen. Om duidelijk te maken, dat het hier gaat om verschillende vorderingen en dat in geval van faillissement de mogelijkheid tot het instellen van een vordering op grond van artikel 8 niet verloren gaat, wordt in het achtste lid uitdrukkelijk bepaald dat artikel 138 en 248 niet in de weg staan aan het instellen van een vordering op grond van artikel 8. Volledigheidshalve en ten einde misverstand te voorkomen wordt ook de overeenkomst met de bestuurder genoemd. Ook op grond van deze overeenkomst kan de curator immers de bestuurders aanspreken. De vordering ex artikel 8 of op grond van de overeenkomst met de bestuurder kan ten gunste van de aandeelhouders strekken.’ Dit “artikel 8”, thans dus art. 2:9 BW, wordt daarin^[157.] trouwens geduid als de bepaling waarin: ‘het grondbeginsel van de bestuurdersaansprakelijkheid is geformuleerd als een gehoudenheid van het bestuur tegenover de rechtspersoon «tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak».’ Iets anders is dat wel wordt aangenomen^[158.] dat het bepaalde in art. 2:131/241 BW, inzake de bevoegde rechter voor procedures tussen bestuurder en vennootschap, ook een vordering uit art. 2:9 BW-bestuurdersaansprakelijkheid omvat. Dit laat zich rijmen met de formulering van art. 2:131/241 BW, die zodanig breed van opzet is (“alle rechtsvorderingen betreffende de overeenkomst tussen de vennootschap en de bestuurder”, etc.) dat daaronder naar luid van deze bepaling zelfs ook de vordering uit art. 2:138/248 BW-bestuurdersaansprakelijkheid valt (“daaronder begrepen”, etc.),^[159.] gelijk een verzoek als bedoeld in art. 7:671b BW en art. 7:671c BW. Met art. 2:131/241 BW is dan niet bedoeld een specifieke kwalificatie te geven aan art. 2:9 BW-bestuurdersaansprakelijkheid, in termen van ‘overeenkomst’.

3.27.31

Een slotobservatie, die genoemde benadering ook stut. In de literatuur uit de vorige eeuw is, zo tot aan het begin van de jaren '90, in het kader van art. 2:9 BW soms ook een beroep gedaan op art. 6:74 BW en art. 6:75 BW.^[160.] Dat moet in de tijd worden gezien.^[161.] Naar ook volgt uit 3.27.2-3.27.30 hiervoor vind ik in de parlementaire geschiedenis van art. 2:9 BW, Hoge Raad-rechtspraak ter zake - startend in 1997^[162.] - en vigerende inzichten daaromtrent in de literatuur geen steun voor een dergelijk beroep. Dat is veelzeggend.^[163.]

Eindbalans

3.27.32

Ik maak de eindbalans op. Uit 3.27.2-3.27.31 hiervoor volgt al waarom m.i. in ieder geval geen grond bestaat om aan te nemen dat de klachtplicht van art. 6:89 BW kan afdoen aan de vestiging van bestuurdersaansprakelijkheid uit art. 2:9 BW. Kort en goed: de aard van de in art. 2:9 lid 1, eerste zin BW vervatte gehoudenheid (rechtsplicht) van de bestuurder jegens de rechtspersoon, en daarmee de in art. 2:9 BW vervatte regeling, verzet zich daartegen. De vestiging van deze aansprakelijkheid van de bestuurder vloeit immers in wezen voort uit onbehoorlijk bestuur in de zin van art. 2:9 lid 2, tweede zin BW (in verbinding met art. 2:9 lid 1, eerste zin BW), niet uit ‘een prestatie van de schuldenaar die niet aan de verbintenis beantwoordt’ (‘een tekortschieten in de nakoming van een verbintenis’) als bedoeld mede onder 3.23 hiervoor. Het tegendeel is m.i. dan ook niet beoogd door de wetgever, net zo min als door de Hoge Raad in zijn art. 6:89 BW-rechtspraak. Hier valt veeleer een parallel te trekken met het onder 3.23 hiervoor bedoelde arrest, waar hij overwoog dat deze klachtplicht niet ziet op een vordering uit onrechtmatige daad als daar voorlag. Zie ook onder 3.22 en 3.24 hiervoor. Bij deze stand van zaken ontbreekt enig aanknopingspunt om de actieradius van art. 6:89 BW zodanig op te rekken dat deze klachtplicht ook kan afdoen aan de vestiging van bestuurdersaansprakelijkheid uit art. 2:9 BW. Te minder gelet op hetgeen ik uiteenzette onder 3.27.16 hiervoor. Daarmee ben ik terug bij 3.27.1 hiervoor. En is het pleit dus beslecht.

3.27.33

Als sluitstuk, en volledigheidshalve, wijs ik nog op in de literatuur geopperde additionele bezwaren van te onderscheiden inhoudelijke, althans meer pragmatische of praktische aard. Ik citeer Kroeze & Wezeman:^[164.] 'Het complexe karakter van de bestuurstaak, de vaak gebrekkige kenbaarheid van de wijze waarop deze is vervuld (niet voor niets kennen wij een enquêteprocedure) en de tijd die het doorgaans vergt om met succes een vordering in te (laten) stellen maken de toepassing van art. 6:89 BW in onze ogen bovendien illusoir. Wij verwachten dat het aannemen van toepasselijkheid van art. 6:89 BW op een vordering uit art. 2:9 BW in procedures altijd tot breed uitgesponnen discussies zal leiden, maar vrijwel nooit tot een geslaagd beroep. Dat zo zijnde, is het efficiënter om aanstonds duidelijk te maken dat art. 6:89 BW op bestuurdersaansprakelijkheid niet van toepassing is. Voor uitzonderlijke gevallen is altijd nog een beroep op het leerstuk van de rechtsverwerking mogelijk via de band van art. 2:8 BW. Toepasselijkheid leidt bovendien tot praktisch onwenselijke gevolgen. Ogenblikkelijk komt de vraag op wat de verhouding van de klachtplicht is tot de decharge en kwijting. Niet klagen bij volle wetenschap van de bestuurlijke taakvervulling kan voor de bestuurders immers eenzelfde effect hebben als een decharge, maar dan zonder dat de aandeelhoudersvergadering zich hierover heeft kunnen uitlaten. Rijsterborgh en Veldhoen^[165.] hebben er nog op gewezen dat in situaties buiten faillissement het zittende bestuur moet klagen tegen een medebestuurder of een voormalig bestuurder en dat de hoofdelijke aansprakelijkheid meebrengt dat zittende bestuurders hiermee ook hun eigen positie mee in de waagschaal stellen en dit dus niet snel zullen doen. Van belang achten wij nog dat het in de regel ook voor de schuldenaar zelf (in dit geval de bestuurder) wel duidelijk zal zijn dat hij zodanig onbehoorlijk zijn taken heeft vervuld dat dit tot aansprakelijkheid zou kunnen leiden, nu daarvoor is vereist dat die taakvervulling ernstig verwijtbaar is' [zonder verdere verwijzingen in het origineel, A-G].^[166.]

3.28

Ik laat het hierbij. Het moge duidelijk zijn waarom het onderdeel faalt. Overigens nog wel dit.

3.28.1

Ik geef de Hoge Raad in overweging zijn licht te laten schijnen over de actieradius van art. 6:89 BW in verhouding tot art. 2:9 BW-bestuurdersaansprakelijkheid. Daarbij neem ik in aanmerking dat de opvattingen ter zake in feitenrechtspraak en literatuur niet eensluidend zijn. Al tekent zich daarin wel als (royale) meerderheidsopvatting af dat de klachtplicht van art. 6:89 BW in ieder geval niet kan afdoen aan de vestiging van deze aansprakelijkheid van de bestuurder.^[167.]

3.28.2

Daarbij zou kunnen worden betrokken de vordering uit art. 2:9 BW-*commissaris*aansprakelijkheid. Art. 2:9 BW is, bij schakelbepaling, van overeenkomstige toepassing op deze functionaris van de rechtspersoon (zie art. 2:50a lid 3, aanhef en sub b BW in verbinding met art. 2:53a BW, art. 2:149/259 BW en art. 2:300a lid 3, aanhef en sub b BW). Er bestaat geen grond hier anders te oordelen dan voor een bestuurder, al is de taak van een commissaris een andere (zie, uitgaande van de raad van commissarissen als orgaan, mede art. 2:47 BW in verbinding met art. 2:53a BW, art. 2:140/250 BW en art. 2:292a BW).^[168.]

Onderdeel 3 ("Over de maatstaf van artikel 2:9 BW")

3.29

Dit onderdeel^[169.] bevat drie subonderdelen en is gericht tegen een redenering van het hof in het arrest die het onderdeel als volgt formuleert:^[170.]

'Het hof heeft de veroordelingen tot betaling van \$ 250.000 en \$ 600.000 bekrachtigd, nadat het in het eindarrest overwoog

- (In rov 3.24:) dat drie verweren (door het hof in de rov 3.21, 3.22 en 3.23 geparafraseerd), althans de laatste daarvan, door de rechtbank op goede gronden -die de rechtbank [bedoeld zal zijn: het hof, A-G] tot de zijne maakt- zijn (/is) verworpen;
- (in rov 3.25, 3.26 en 3.27:) dat het hof aan die door het hof tot de zijne gemaakte gronden nog toevoegt, dat het verweer niet voldoet aan de daaraan te stellen eisen en
- (in 3.29, 3.30, 3.31:) dat het decharge-verweer faalt.'

3.30

De subonderdelen komen neer op het volgende.

3.30.1

Subonderdeel 3.1 (“rechtssklacht”)^[171.] klaagt dat het hof met genoemde redenering miskent dat een bestuurder niet in beginsel, behoudens daartegen aangevoerde slagende verweren, op de voet van art. 2:9 BW aansprakelijk is. Maar dat het juist andersom is: de bestuurder is niet aansprakelijk, tenzij er een grondslag voor aansprakelijkheid is.^[172.]

3.30.2

Subonderdeel 3.2 (“motiveringsklacht, subsidiair”)^[173.] klaagt dat als het hof “dat” niet miskent, dan onbegrijpelijk is hoe het hof heeft kunnen vaststellen dat van bestuurdersaansprakelijkheid sprake is, nu het niet-slagen van verweren tegen bestuurdersaansprakelijkheid geen bestuurdersaansprakelijkheid constitueert.

3.30.3

Subonderdeel 3.3 (“rechtssklacht”)^[174.] is gekoppeld aan rov. 4.19 van het vonnis. Daarin overwoog de rechtbank dat door haar vastgestelde feiten niet vallen te rijmen met het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult, zodat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen in de zin van art. 2:9 BW. Het subonderdeel klaagt dat het hof, als het heeft geoordeeld dat enig doen of nalaten door een bestuurder in strijd met zulk(e) inzicht en zorgvuldigheid in beginsel meebrengt dat de bestuurder aansprakelijk is op voet van art. 2:9 BW, dan miskent dat die ene omstandigheid niet reeds tot bestuurdersaansprakelijkheid leidt.^[175.]

Behandeling

3.31

Het onderdeel faalt, gelet op het volgende.

3.32

Te beginnen met *subonderdeel 3.1*.

3.32.1

Dit strandt op een gebrek aan feitelijke grondslag door een onjuiste lezing van het arrest. Ik licht dit toe.

3.32.2

Ingevolge art. 2:9 lid 1, eerste zin BW is elke bestuurder tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Voor aansprakelijkheid op de voet daarvan, dus wegens onbehoorlijk bestuur, is blijkens art. 2:9 lid 2, tweede zin BW en naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad noodzakelijk dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Bij de beoordeling of de bestuurder inderdaad zo'n ernstig verwijt treft, moeten alle omstandigheden van het geval worden betrokken. Zie ook onder 3.27.1, 3.27.5 en 3.27.28 sub a hiervoor. Dit is in essentie wat de rechtbank vooropstelt in rov. 4.13 van het vonnis, na in rov. 4.12 onder meer Parkdale's onderhavige vordering uit art. 2:9 BW-bestuurdersaansprakelijkheid jegens [eiser] (dus inzake de aan Dumul en [betrokkene 3] verstrekte leningen) te hebben samengevat.

3.32.3

In rov. 4.14-4.20 zet de rechtbank vervolgens uiteen dat [eiser] ter zake een ernstig verwijt te maken valt. Het is duidelijk dat de rechtbank daarbij - terecht, gezien art. 2:9 BW en de hoofdregel van art. 150 Rv - nergens ervan uitgaat dat [eiser] hier in beginsel aansprakelijk is, behoudens daartegen slagende verweren. Ook is duidelijk dat zij dit ernstig verwijt kan vaststellen gelet op het door Parkdale daartoe gestelde, wat zijdens [eiser] onvoldoende (gemotiveerd) is betwist (*sub (i)*). Dit wordt niet anders doordat de rechtbank in rov. 4.22-4.26 nog ingaat op de vraag of, zoals aangevoerd door [eiser], hij niet aansprakelijk kan worden gehouden voor dit ernstig verwijtbaar handelen omdat aan hem decharge is verleend (antwoord: nee) (*sub (ii)*). En in rov. 4.27-4.29 nog overgaat tot bepaling van Parkdale's schade ter zake, met inachtneming van het processuele debat dienaangaande (*sub (iii)*). De uitkomst is dat [eiser] voorwaardelijk wordt veroordeeld tot betaling van \$ 600.000 respectievelijk \$ 250.000, vermeerderd met rente.^[176.]

3.32.4

In hoger beroep liggen de zaken niet anders. In rov. 3.19 stelt het hof voorop dat vaststaat dat Parkdale in januari 2013 aan de door [betrokkene 3] bestuurde vennootschap Dumul een lening heeft verstrekt van \$ 600.000, en dat op 3 november 2014 Parkdale nog \$ 250.000 naar [betrokkene 3] zelf heeft overgemaakt met als betalingskenmerk "LOAN". In rov. 3.20 vat het hof samen wat de rechtbank doet in het vonnis inzake genoemde vordering uit art. 2:9 BW-bestuurdersaansprakelijkheid, met als uitkomst die voorwaardelijke veroordeling van [eiser]. Zie onder 3.32.2-3.32.3 hiervoor. In rov. 3.21-3.23 vat het hof samen wat door [de maatschap]/[eiser] ter verweer is aangevoerd bij hetgeen ik onder 3.32.3 hiervoor markeerde als *sub (i)* (rov. 3.21-3.22), *sub (ii)* (rov. 3.22) en *sub (iii)* (rov. 3.23). In rov. 3.24 overweegt het hof dat de rechtbank dit verweer op goede gronden heeft verworpen, dat het hof die gronden tot de zijne maakt en dat het hof daar nog het een en ander aan toevoegt. Dit laatste doet het hof wat betreft *sub (i)* in rov. 3.25-3.28 (de aan het verweer te stellen eisen), wat betreft *sub (ii)* in rov. 3.29-3.31 (het beroep op decharge) en wat betreft *sub (iii)* in rov. 3.32 (de geleden schade). Daarbij verliest het hof de grieven van [de maatschap]/[eiser] niet uit het oog.

3.32.5

Daarmee ontvalt reeds de bodem aan het subonderdeel: de onjuiste rechtsopvatting die daarin wordt toegedicht aan (de rechtbank en) het hof ontbreekt in werkelijkheid.

3.33

Dan *subonderdeel 3.2*.

3.33.1

Dit strandt in het voetspoor van subonderdeel 3.1. Zie onder 3.32-3.32.5 hiervoor. Het is e-vident (rov. 3.19-3.32 van het arrest geeft daarvan alle blijk) dat ook het hof scherp voor ogen heeft dat het niet slagen van verweren zijdens [eiser] hier op zichzelf nog niet diens art. 2:9 BW-bestuurdersaansprakelijkheid jegens Parkdale constitueert. Zie onder 3.32.4 hiervoor. Wat het hof ter zake overweegt, is bovendien niet onbegrijpelijk enkel omdat - *naar het hof dus ook onderkent* - "het niet-slagen van verweren tegen bestuurdersaansprakelijkheid geen bestuurdersaansprakelijkheid constitueert."

3.34

Tot slot *subonderdeel 3.3*.

3.34.1

Ook dit strandt op een gebrek aan feitelijke grondslag door een onjuiste lezing van het arrest. Ik licht dit toe.

3.34.2

Blijkens rov. 4.19 van het vonnis is volgens de rechtbank genoegzaam komen vast te staan dat het verstrekken van de leningen aan Dumul en [betrokkene 3] niet paste binnen de bestedingsdoelstellingen van Parkdale. Dat geen zekerheid is bedongen voor de terugbetaling van deze forse geldbedragen. Dat de lening aan Dumul onjuist is verantwoord in de jaarrekeningen van Parkdale over 2013 en 2014, en de conceptjaarrekening over 2015. En dat voor dit alles geen sluitende verklaring is gegeven.

3.34.3

De rechtbank acht deze feiten, tezamen bezien, van zodanig gewicht dat in de gegeven omstandigheden gesproken kan worden van ernstig verwijtbaar handelen in de zin van art. 2:9 BW. Daarbij weegt zij nadrukkelijk mee - nog steeds in rov. 4.19 - dat het voorgaande niet te rijmen valt met het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult. Daarmee onderkennend dat dit laatste door de Hoge Raad is genoemd als in aanmerking te nemen omstandigheid bij de beoordeling van een vordering uit art. 2:9 BW-bestuurdersaansprakelijkheid.^[177.]

3.34.4

Wat de rechtbank aldus doet, geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het hof bouwt daarop evenzo kenbaar voort in rov. 3.19-3.32. Zie onder 3.32.2-3.32.4 hiervoor.

3.34.5

Daarmee ontvalt reeds de bodem aan het subonderdeel: de onjuiste rechtsopvatting die daarin wordt toegedicht aan (de rechtbank en) het hof ontbreekt in werkelijkheid.

3.35
Daarmee is gegeven dat het onderdeel faalt.

Onderdeel 4 (“Miskenning van de taak van de appelrechter”)

3.36
Dit onderdeel^[178.] bevat een “rechtsklacht” en is gericht tegen rov. 3.25, eerste twee zinnen van het arrest, specifiek het hierna gecursiveerde deel:
‘Het hof staat allereerst voor de vraag of [eiser] met het hiervoor weergegeven verweer voldoende gemotiveerd heeft bestreden *dat de leningen getuigen van onbehoorlijk bestuur en dat hem daarvan een ernstig verwijt kan worden gemaakt*. Dat is niet het geval’ [cursivering toegevoegd, A-G].
Volgens het onderdeel betreft dit niet een feit, maar een gemengd feitelijk-juridisch oordeel. Het onderdeel klaagt naar de kern genomen dat ’s hof oordeel in rov. 3.25, eerste twee zinnen onjuist is, omdat het erop neerkomt “dat een in appel betwiste rechtsopvatting komt vast te staan, doordat er niet (goed) verweer tegen wordt gevoerd”. Dit in is strijd met art. 149 Rv.

Behandeling

3.37
Het onderdeel faalt, gelet op het volgende.

3.37.1
Het onderdeel strandt op een gebrek aan feitelijke grondslag door een onjuiste lezing van het arrest. Want het is zonneklaar dat het hof in het bestreden deel van rov. 3.25 iets anders bedoelt dan het onderdeel ervan maakt. Namelijk: dat het hof allereerst staat voor de vraag of [eiser] met diens daarvoor door het hof weergegeven verweer voldoende gemotiveerd heeft bestreden *wat door Parkdale aan onderliggende feiten en omstandigheden is gesteld* in het kader van haar vordering uit art. 2:9 BW-bestuurdersaansprakelijkheid, die erop is gebaseerd dat de leningen getuigen van onbehoorlijk bestuur en dat [eiser] daarvan een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Welke vraag het hof ontkennend beantwoordt, zoals nog weer nader toegelicht in rov. 3.25-3.28. De door het onderdeel veronderstelde strijd met art. 149 Rv doet zich in werkelijkheid dus niet voor.

Onderdeel 5 (“Dat procespartij [eiser] ervaring had als advocaat is voor de beoordeling niet ter zake doend. Het hof heeft daaraan ten onrechte gewicht toegekend”)

3.38
Dit onderdeel^[179.] bevat een “rechtsklacht”, gericht tegen rov. 3.27, laatste zin van het arrest:
‘Met name omdat [eiser] een zeer specifieke verantwoordingsplicht had en ervaring als advocaat, is dit alles eens temeer onbegrijpelijk en ernstig verwijtbaar.’
Het hof verbindt hier rechtsgevolgen aan het feit dat [eiser] ervaring had als advocaat. En dit is onjuist: (i) zowel wanneer het hof dit doet voor de aan het verweer te stellen eisen, (ii) als wanneer het hof dit doet voor het aannemen van art. 2:9 BW-bestuurdersaansprakelijkheid. Sub (i): omdat de eisen waaraan een verweer in een civiele procedure moet voldoen niet afhankelijk zijn van het beroep van de procespartij, en evenmin van de vraag of die procespartij al dan niet ervaring had als advocaat. Sub (ii): omdat voor de vraag of een bestuurder aansprakelijk is op de voet van art. 2:9 BW niet ter zake doet wat het beroep van die bestuurder is, en in elk geval niet of hij ervaring had als advocaat.

Behandeling

3.39
Het onderdeel faalt, gelet op het volgende.

3.39.1
Gezien ook het bredere verband van rov. 3.27 van het arrest, die verder niet (met succes) wordt aangevallen in cassatie, betreft het hier bestreden oordeel van het hof duidelijk een overweging ten overvloede (“is dit alles eens temeer”, etc.). Reeds daarop loopt het onderdeel vast.

3.39.2
Bovendien strandt het onderdeel op een gebrek aan feitelijke grondslag door een onjuiste lezing van arrest,

voor zover het eraan voorbijziet dat rov. 3.27, laatste zin moet worden gezien in het licht van 's hofs vooropstelling in rov. 3.27, tweede zin dat:

‘[h]et betoog van [eiser] bovendien [getuigt] van de onterechte veronderstelling dat essentiële juridische etiketten naar believen kunnen worden gewijzigd, zonder onderbouwing en zonder dat daarover ook maar iets wordt vastgelegd.’

Welke vooropstelling volgt op rov. 3.27, eerste zin, waarin het hof al concludeert dat gezien rov. 3.26 (“daarmee”) het verweer van [eiser] niet voldoet aan de daaraan te stellen eisen.

3.39.3

Daarbovenop komt nog dat het hof, bij het als “eens temeer onbegrijpelijk en ernstig verwijtbaar” aanmerken van wat het daarop laat volgen in rov. 3.27, derde t/m voorlaatste zin, kon betrekken dat [eiser] ervaring had als advocaat gelijk het hof doet. Het gaat bij art. 2:9 BW-bestuurdersaansprakelijkheid immers om alle omstandigheden van het geval. En daartoe kan, zeker in de context van wat het hof overweegt in rov. 3.27, tweede t/m voorlaatste zin, 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’.^[180.] Zie ook onder 3.32.2 en 3.34.3 hiervoor.

Onderdeel 6 (“Schade in verband met de betalingen van \$ 250.000 en \$ 600.000”)

3.40

Dit onderdeel^[181.] bevat twee subonderdelen en is gericht tegen rov. 3.32 van het arrest, meer precies het oordeel dat de schade die Parkdale heeft geleden door het handelen van [eiser] moet worden gelijkgesteld aan de bedragen van de uitgeleende gelden.

3.40.1

Subonderdeel 6.1 (“motiveringsklacht”)^[182.] klaagt dat indien het hof is uitgegaan van de juiste maatstaf voor de vaststelling van de schade, onbegrijpelijk is hoe het hof heeft kunnen komen tot het oordeel dat de leningverstrekking tot schade leidde. Want op grond van “eenvoudige mathematica” is evident dat bij de kwestie van de leningen alle betalingen, bezittingen en vorderingen bij de gebeurtenissen er steeds toe leidden dat het vermogen van Parkdale exact gelijk bleef, zodat er geen enkele verandering in het saldo van Parkdale’s vermogen optrad. Wat het subonderdeel daarmee bedoelt, laat zich lastig parafraseren. Ik citeer daarom maar goeddeels:^[183.]

‘Er kan in cassatie (deels: als hypothetische feitelijke grondslag) van het volgende uitgegaan worden.

- Parkdale is vanaf 6 oktober 2011 de volle eigenaar van Dala.
- [Betrokkene 3] en Dumul hadden vorderingen op Dala
- Dala’s moeder Parkdale heeft in verband met de vorderingen van [betrokkene 3] en Dumul \$ 250.000 en \$ 600.000 aan hen overgeboekt ten laste van een saldo dat Parkdale hield voor Dala.

(...)

Indien aangenomen moet worden dat [betrokkene 3] en Dumul de ontvangen bedragen moeten terugbetalen, dan leidt het tekortschieten in die verplichting *uiteindelijk* ook ertoe, dat hetgeen Dala aan Dumul en [betrokkene 3] verschuldigd is afneemt met \$ 250.000 en \$ 600.000.

(...)

Daarmee zijn de gebeurtenissen voor Parkdale ‘vestzak-broekzak’: elke euro die [betrokkene 3] en Dumul per saldo van Parkdale hebben ontvangen, brengt uiteindelijk mee dat Dala een euro minder hoeft te betalen, zodat de schulden van Dala met een Euro afnemen en de waarde van de aandelen Dala dus met een euro toenemen.

En in de verhouding tussen moeder Parkdale en dochter Dala neemt de vordering van dochter Dala op moeder Parkdale met een euro af, als Parkdale van het banksaldo en uiteindelijk ten gunste van Dala een euro overboekt aan [betrokkene 3] en Dumul.

(...)

Kortom:

Als een moeder eigenaar is van haar dochter (zoals Parkdale 100% van de aandelen in dochter Dala hield) en als moeder dan aan een schuldeiser van dochter betaalt omdat dochter schulden aan die schuldeiser open laat staan, dan blijft de moeder per saldo precies even vermogend' [zonder verwijzingen in het origineel, A-G]. [Eiser] heeft zich "op één en ander" beroepen. Het hof heeft [eiser] daar niet goed willen begrijpen, waar het hem wel goed had kunnen begrijpen, aldus nog steeds het subonderdeel.

3.40.2

Subonderdeel 6.2 ("rechtsklacht")^[184.] klaagt dat het hof heeft miskend dat het de schade had moeten vaststellen door met elkaar in vergelijking te brengen, enerzijds, de hypothetische situatie waarin de schuldeiser zou hebben verkeerd zonder de betaling van \$ 600.000 en \$ 250.000 en, anderzijds, de feitelijke situatie waarin Parkdale aan Dumul en [betrokkene 3] respectievelijk \$ 600.000 en \$ 250.000 heeft betaald. Zou het die norm juist en begrijpelijk hebben toegepast, dan zou het immers hebben geconcludeerd dat de betalingen aan Dumul en [betrokkene 3] geen schade opleverden.

Behandeling

3.41

Het onderdeel faalt, gelet op het volgende.

3.42

Te beginnen met *subonderdeel 6.1*.

3.42.1

Dit loopt reeds erop vast dat een betoog als bedoeld in het subonderdeel door [eiser] in feitelijke instanties niet is gevoerd. Dat het hof niet respondeert op genoemd betoog, is dan geenszins onbegrijpelijk.

3.42.2

In de (enige) vindplaats waarnaar het subonderdeel daarvoor verwijst,^[185.] is door [de maatschap]/[eiser] betoogd dat de door Parkdale aan Dumul verstrekte lening - over de aan [betrokkene 3] verstrekte lening wordt niets gesteld - van het begin af aan bedoeld was om te zijner tijd te worden verrekend met de vorderingen van Dumul op Dala Mining. Het hof bespreekt en verwerpt dit verweer in rov. 3.27-3.28 van het arrest, wat evenmin onbegrijpelijk is.

3.42.3

Overigens miskent het subonderdeel, met wat het veronderstelt blijktens het citaat onder 3.40.1 hiervoor, hetgeen het hof allemaal oordeelt in het arrest (waaronder rov. 3.25-3.28).

3.43

Tot slot *subonderdeel 6.2*.

3.43.1

Dit loopt vast op het volgende.

3.43.2

In rov. 3.32, eerste zin van het arrest herhaalt het hof te hebben vastgesteld dat de aan Parkdale beschikbaar gestelde fondsen in haar vermogen zijn gevloeid. Blijkens rov. 3.32, tweede zin onderschrijft het hof verder het oordeel van de rechtbank dat de schade die Parkdale door het handelen van [eiser] heeft geleden, moet worden gelijkgesteld aan de bedragen van de uitgeleende gelden.

3.43.3

Daarmee doelt het hof op rov. 4.27 van het vonnis, waar de rechtbank vooropstelt:

‘Om de schade van Parkdale te bepalen moet een vermogensvergelijking worden gemaakt tussen de toestand zoals deze in werkelijkheid is [‘dat Parkdale leningen heeft verstrekt die ondanks sommatie niet zijn terugbetaald’, A-G], en de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest zonder het ernstig verwijtbaar handelen van [eiser] en [betrokkene 3] [dan ‘zouden de geleende bedragen (...) zich nog in het vermogen van Parkdale hebben bevonden’, A-G] (HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9998).’

3.43.4

Aldus gaat ook het hof wel degelijk uit van de juiste maatstaf voor de vaststelling van de schade. En past het hof deze maatstaf wel degelijk ook juist toe, gezien het (door het hof dus eveneens onderschreven) vervolg in rov. 4.27 van het vonnis. Want daar oordeelt de rechtbank - samengevat - dat nu aangevoerd noch gebleken is dat de vorderingen op Dumul en [betrokkene 3] tot terugbetaling van deze leningen enige waarde vertegenwoordigen, de schade van Parkdale als gevolg van het verstrekken van de leningen moet worden gelijkgesteld aan de bedragen van de uitgeleende gelden.^[186.]

3.43.5

Bij deze stand van zaken kan ik daarlaten of het subonderdeel wel voldoet aan de eisen van art. 407 lid 2, aanhef en sub d Rv.

3.44

Daarmee is gegeven dat ook het laatste onderdeel faalt.

Slotsom

3.45

Het cassatieberoep van [eiser] is derhalve vergeefs voorgesteld.

4. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

Voetnoten

[1.] Rechtbank Noord-Nederland 9 september 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:2965.

[2.] Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 21 februari 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:1607.

[3.] HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243, rov. 3.3.1 (*NJ* 1997/360, m.nt. J.M.M. Maeijer; *red.*).

[4.] Vlg. voor de verlenging van de verjaring van een vordering op de voet van art. 2:9 BW: art. 3:321 lid 1, aanhef en onder d, BW en Parl. Gesch. Boek 3, p. 938.

[5.] Vgl. HR 11 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1413, rov. 3.3 (*NJ* 2021/296, m.nt. J.L. Smeehuijzen; *red.*).

[1.] Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 21 februari 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:1607.

[2.] Zie Rb. Noord-Nederland 9 september 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:2965.

[3.] Althans: waren. [Eiser] is inmiddels, en kennelijk niet voor het eerst (zie Hof van Discipline 20 augustus 2018, ECLI:NL:TAHVD:2018:150), van het tableau geschrapt. Zie productie 71 van Parkdale (beslissing van het Hof van Discipline van 23 april 2021).

[4.] In rov. 3.5 van het arrest wordt verwezen naar [betrokkene 3]. Bedoeld zal zijn [betrokkene 3], gedaagde in eerste aanleg.

[5.] Dit zijn bedragen in US Dollar.

- [6.] Ik begrijp dat Dumul en [betrokkene 3] geprobeerd hebben hoger beroep in te stellen van het vonnis, maar dat zij daarin niet-ontvankelijk zijn verklaard nadat de zaak na twee herstelexploten niet deugdelijk op de rol van het hof was ingeschreven. Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 18 oktober 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:8965.
- [7.] Tevens doet deze dienst als akte van afstand van de instantie ten aanzien van Parkdale Ltd. Zij was door [betrokkene 1], [de maatschap] en [eiser] in hoger beroep gedagvaard terwijl zij in eerste aanleg niet-ontvankelijk was verklaard in haar vorderingen, zodat geen belang bestond bij dit hoger beroep. [Betrokkene 1] heeft geen afstand van instantie gedaan en is, voor zover zijn hoger beroep zich richt tegen Parkdale Ltd, daarin niet ontvankelijk verklaard.
- [8.] De verwijzing op p. 5 van het arrest naar “€” 600.000 en “€” 250.000 betreft kennelijke verschrijvingen.
- [9.] Zie de procesinleiding, nrs. 12-32.
- [10.] [Noot in het origineel, A-G:] Zie Hoge Raad 11 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1413.
- [11.] Zie i.h.b. de procesinleiding, nrs. 18-19.
- [12.] Zie i.h.b. de procesinleiding, nr. 20.
- [13.] Dat, in de woorden van het subonderdeel, “ook aandeelhoudster en latere bestuurder [betrokkene 2] geïnformeerd was over alle feiten die relevant waren voor het verlenen van decharge.”
- [14.] Het subonderdeel doelt kennelijk op o.a. HR 4 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0986, *NJ* 1993/659, rov. 3.4.
- [15.] Zie i.h.b. de procesinleiding, nr. 23.
- [16.] Zie i.h.b. de procesinleiding, nrs. 30-31.
- [17.] Tegen het bevrijdend dechargeverweer van [eiser].
- [18.] Zie i.h.b. de procesinleiding, nr. 32.
- [19.] Dit ziet op de stelling van [eiser] dat, in de woorden van rov. 4.22 van het vonnis, “aan [eiser] (...) door de Algemene Vergadering van Aandeelhouders (...) jaarlijks décharge is verleend over de periode 2011 tot en met 2014 voor het gevoerde beleid in die periode.”
- [20.] Dit ziet op het beroep van [eiser] op, in de woorden van rov. 4.22 van het vonnis, “de finale décharge die hem in de Shareholders Resolution van 29 januari 2016 is verleend voor zijn handelen als bestuurder van Parkdale.” Zie ook onder 1.10 hiervoor.
- [21.] Zie ook de schakeling van “op goede gronden”, “Om dezelfde reden” en “immers” aldaar.
- [22.] Zie de procesinleiding, nrs. 33-39.
- [23.] [Noot in het origineel, A-G:] Een beroep op artikel 6:89 BW.
- [24.] [Noot in het origineel, A-G:] In dezelfde zin dit hof in ECLI:NL:GHARL:2017:523 en ECLI:NL:GHARL:2021:9619.
- [25.] In de procesinleiding, nr. 34 staat abusievelijk ook “de grondslag van ongerechtvaardigde verrijking”.
- [26.] Ik citeer hier de procesinleiding, nr. 38.
- [27.] Zie o.a. HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, *NJ* 2014/497, rov. 4.2.3-4.2.4.

[28.] Zie o.a. HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, *NJ* 2014/497, rov. 4.2.6.

[29.] Zie o.a. Asser/C.H. Sieburgh, *De verbintenissen in het algemeen* (6-I), Deventer: Wolters Kluwer 2020, nrs. 370, 408c en F.J.P. Lock, *Stelplicht & Bewijslast*, Deventer: Wolters Kluwer 2018 (actueel t/m 7 september 2018), art. 6:89 BW (onder “Gebrek”).

[30.] Zie nader HR 12 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3593, *NJ* 2017/163, rov. 5.6.3. Hieruit volgt dat deze bewijslastverdeling strookt met die ter zake van het bevrijdende verweer van rechtsverwerking, waarvan art. 6:89 BW en art. 7:23 BW specifieke, in de wet geregelde vormen zijn. Zie ook o.a. Asser/Sieburgh 2020, nr. 408c en Lock 2018, art. 6:89 BW (onder “Beroep op klachtplicht: bevrijdend verweer”, “Aanvang klachttermijn” en “Tijdigheid”). M.M. Olthof, *T&C Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Wolters Kluwer 2023 (actueel t/m 28 september 2023), art. 6:89 BW, aant. 1 spreekt van “een toepassing van het leerstuk van de rechtsverwerking (art. 6:2 en 6:248).”

[31.] Zie HR 12 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3593, *NJ* 2017/163, rov. 5.6.2 en HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4122, *NJ* 2006/80, rov. 3.5.

[32.] Zie HR 12 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3593, *NJ* 2017/163, rov. 5.6.2-5.6.3 over een bijzondere regel van bewijslastverdeling als bedoeld in art. 150 Rv. Zie ook o.a. Asser/Sieburgh 2020, nr. 408c en Lock 2018, art. 6:89 BW (onder “Moment van klagen”).

[33.] Zie o.a. HR 11 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL8297, *NJ* 2010/331, rov. 3.5; HR 23 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3733, *NJ* 2008/552, rov. 4.8.3; en HR 23 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3531, *NJ* 2007/176, rov. 4.3. Zie ook C.J. van Zeben & J.W. du Pon, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6*, Deventer: Kluwer 1981, p. 316-317, waar dit met zoveel woorden staat.

[34.] Zie o.a. HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, *NJ* 2014/497, rov. 4.2.5.

[35.] Zie o.a. HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, *NJ* 2014/497, rov. 4.2.1, 4.2.4, 4.2.6, met verwijzingen.

[36.] Zie o.a. HR 11 mei 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1565, *NJ* 2001/410, rov. 3.3.

[37.] Zie o.a. HR 15 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1536, *NJ* 2021/335, rov. 3.3 en HR 23 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3531, *NJ* 2007/176, rov. 4.3.

[38.] Zie o.a. F.M. van Cassel-van Zeeland, *GS Verbintenissenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023 (actueel t/m 1 maart 2023), art. 6:89 BW, aant. 2.4.3. En in aant. 2.4.0, 2.4.4-2.4.7 o.a. over het moeten nalaten en in weerwil daarvan toch handelen, te late nakoming (fatale termijn), verhindering van nakoming en rechtsgebreken.

[39.] Aldus HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, *NJ* 2014/497, rov. 4.2.1. Kritisch is bijv. J.L. Smeehuijzen, ‘Hoe het verjaringsrecht door de klachtplicht wordt opgegeten - en waarom dat erg is’, *WPNR* 2013, p. 741-751.

[40.] Zie Parl. Gesch. Boek 6 BW 1981, p. 316-317. En bijv. ook A-G Wissink (ECLI:NL:PHR:2011:BQ3876) voor HR 2 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ3876, *NJ* 2012/75, onder 2.50.5. M.J. Kroeze, ‘Klachtplicht en bestuurdersaansprakelijkheid’, *RM Themis* 2015, p. 185-186 merkt op: “Art. 6:89 en 7:23 BW zijn geïnspireerd door het *Pekingenden*-arrest [HR 5 april 1968, ECLI:NL:HR:1968:AB6996, *NJ* 1968/251, A-G] en artikelen uit het eenvormig kooprecht (LUVI en het Weens Koopverdrag).” W.L. Valk, ‘Hoe verder met de klachtplicht’, *NTBR* 2014, p. 5 signaleert al dat “de LUVI” (*Trb.* 1968, 13) voor “de ontwerpers van Boek 7 BW (en Boek 6 BW) een belangrijke inspiratiebron is geweest.” Zie verder bijv. Smeehuijzen 2013, p. 745: “Twee dingen vallen op. Ten eerste lijkt in het denken van de wetgever de stoffelijkheid van de prestatie uitgangspunt te zijn. Ten tweede lijkt de wetgever te denken aan situaties waarin een scherp moment bestaat waarop geageerd moet worden - zie de aandacht voor ‘inspectie’ van de zaak. Mijn indruk is dat de wetgever de ambitie heeft gehad gevallen als het *Pekingenden*-arrest in een wettelijke bepaling te vangen, maar hij heeft

verzuimd de bepaling zo vorm te geven dat daar ook inderdaad alleen de pekingeendengevallen onder vallen.”

[41.] Zie Jac. Hijma in nr. 4 onder HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, *NJ* 2014/497.

[42.] Zie bijv. Jac. Hijma, ‘De klachtplicht beteugeld’, in: *Een kwart eeuw*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 167-181.

[43.] Zie noot 40 hiervoor.

[44.] Zie o.a. HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, *NJ* 2014/497, rov. 4.2.2.

[45.] Zie Asser/Jac. Hijma, *Koop en ruil* (7-I), Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 822.

[46.] Zie HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, *NJ* 2014/497, rov. 4.2.1.

[47.] Zie ook o.a. HR 23 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3733, *NJ* 2008/552, rov. 4.8.3: “(...) art. 6:89 en art. 7:23 lid 1 [strekken] mede ertoe (...) de schuldenaar in zoverre te beschermen dat deze erop moet kunnen rekenen dat de schuldeiser die meent dat de verrichte prestatie niet aan de overeenkomst beantwoordt, zulks met spoed aan de schuldenaar mededeelt (vgl. Parl. Gesch. Boek 6, blz. 316-317) (...)”

[48.] Zie Parl. Gesch. Boek 6 BW 1981, p. 256.

[49.] Daarbij aantekend, in Parl. Gesch. Boek 6 BW 1981, p. 256: “Men lette er echter op dat wanneer het gaat om verbintenissen tot betaling van een geldsom, in afdeling 6.1.9A een aantal bijzondere bepalingen betreffende de niet-nakoming daarvan is te vinden. Onder meer is naar die afdeling overgebracht het oorspronkelijke artikel 6.1.8.9 betreffende wettelijke rente; men zie de nieuwe artikelen 6.1.9A.8 en 9.”

[50.] Zie Asser/Sieburgh 2020, nrs. 6-8, 10-11, 16, 408a.

[51.] Zie nader Asser/Sieburgh 2020, nrs. 6-19, 408a. En verder o.a. Van Cassel-van Zeeland 2023, art. 6:89 BW, aant. 2.4.0, 2.6.1, waaronder: “Het artikel ziet slechts op een gebrek in de nakoming van een verbintenis, ofwel een vermogensrechtelijke betrekking tussen twee of meer personen, krachtens welke de een jegens de ander tot een prestatie gerechtigd is en deze jegens diegene tot die prestatie verplicht is.”

[52.] Zie o.a. HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, *NJ* 2014/497, rov. 4.2.1, verwijzend naar HR 11 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL8297, *NJ* 2010/331. En HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7195, *NJ* 2014/496, rov. 3.4.1-3.6.

[53.] Zie verder o.a. Van Cassel-van Zeeland 2023, art. 6:89 BW, aant. 2.6.1: “Art. 6:89 is van toepassing op alle verbintenissen. Het artikel is geplaatst in het algemene verbintenissenrecht, art. 6:89 maakt deel uit van Boek 6 afd. 9 titel 1 en is derhalve van toepassing op alle verbintenissen. Wat betreft het contractenrecht is het toepassingsbereik van art. 6:89 BW ongelimiteerd; onder ‘alle verbintenissen’ vallen, uiteraard, ook verbintenissen uit overeenkomst. Het ziet dus niet alleen op afgeleverde zaken, maar evengoed op andere prestaties (diensten). Er is in de rechtspraak van de Hoge Raad geen aanknopingspunt om, bijvoorbeeld, de geneeskundige behandelingsovereenkomst, de arbeidsovereenkomst of de beleggingsadviesrelatie aan toepassing van art. 6:89 te onttrekken.” En Asser/Sieburgh 2020, nr. 408a. Zij wijst ook erop dat nu de in art. 6:89 BW geregelde klachtplicht voor alle verbintenissen geldt, deze plicht dus niet alleen het protesteren tegen een gebrek in een ontvangen zaak betreft. En tevens dat deze bepaling ook van toepassing is in geval van een duurzame relatie (zoals “vermogensbeheer door een bank resp. exploitatie van kunst voor de duur van het auteursrecht”), en niet mede vereist dat de schuldeiser zijn relatie met de wederpartij verbreekt.

[54.] Zie o.a. A.J.P. Schild, ‘De klachtplicht en bestuurdersaansprakelijkheid, bien étonnés de se trouver ensemble?’, in: *Alles afgewogen*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 64 (over “de zuivere verplichting om de schade te vergoeden”) en W.H. van Boom, ‘Zorgplicht vs. klachtplicht’, *Ars Aequi* 2013, p. 759.

[55.] Zie daartegen bijv. 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.

[56.] Zie bijv. S.D. Lindenbergh, *GS Schadevergoeding*, Deventer: Wolters Kluwer 2022 (actueel t/m 15 juli 2022), Afd. 10 Boek 6 BW, aant. 2.1 e.v. en S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1* (B34), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 33.

[57.] Zie ook o.a. Asser/C.H. Sieburgh, *De verbintenissen uit de wet* (6-IV), Deventer: Wolters Kluwer 2023, nrs. 9-10, 35 e.v. en A-G Valk (ECLI:NL:PHR:2018:304) voor HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176, *NJ* 2020/7, onder 2.37.

[58.] Zie HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176, *NJ* 2020/7, rov. 3.6, met verwijzingen.

[59.] Zie HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176, *NJ* 2020/7, rov. 3.6.

[60.] Zie Lock 2018, art. 6:89 BW (onder "Gebrek").

[61.] Dit lijkt geïnspireerd door met name HR 23 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3733, *NJ* 2008/552, rov. 4.8.2. Lock noteert daarbij evenwel ook: "De klachtplicht ziet niet op een 'zuivere' vordering uit onrechtmatige daad, zie HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176." Zie bijv. ook Olthof 2023, art. 6:89 BW, aant. 2: "De klachtplicht heeft alleen betrekking op gebrekkige prestaties van de *schuldenaar* die niet aan de *verbintenissen* beantwoorden. Op een vordering uit onrechtmatige daad is zij niet van toepassing. Dat is alleen anders als de vordering uit onrechtmatige daad is gericht tegen de schuldenaar en is gegrond op een gebrek in de prestatie." En Asser/Sieburgh 2020, nr. 408e: "In lijn met het voor gevallen van samenloop geldende regime (...) is (...) beslist dat de klachtplicht van art. 6:89 BW ook geldt indien de schuldeiser zich ter zake van de tekortkoming op een onrechtmatige daad beroept. Als een vordering uit onrechtmatige daad berust op andere feiten dan het niet beantwoorden van de prestatie aan de verbintenissen is geen sprake van samenloop met wanprestatie. Art. 6:89 BW is dan niet van toepassing." Asser/Hijma 2019, nr. 824 relativeert "de zuigwerking van art. 7:23 BW".

[62.] Het betoog van [de maatschap]/[eiser] komt erop neer dat, nu Parkdale tegen de door haar aan deze vorderingen ten grondslag gelegde "gebreken in door [eiser] c.s. (of feitelijk: [eiser]) verleende prestaties (wat [eiser] c.s. overigens primair betwisten) (...) niet binnen bekwame termijn nadat zij deze heeft ontdekt of had behoren te ontdekken (...) geprotesteerd heeft ex artikel 6:89 BW, (...) reeds hierop de vorderingen van Parkdale dienen af te stuiten." Zie de memorie van grieven zijdens [de maatschap] en [eiser], nrs. 14-15, uitgewerkt in nrs. 16-22 (zie ook nrs. 92 en 108). Alsook hun spreekantekeningen in hoger beroep, nr. 11.

[63.] Zie ook o.a. de memorie van antwoord zijdens Parkdale c.s., nrs. 20-21, 69 en het vonnis, rov. 4.12, 4.30, 4.40.

[64.] Overigens wordt genoemde uitleg van het procesdossier door het hof - terecht - niet bestreden in cassatie. Evenmin in het onderdeel, dat geen motiveringsklacht bevat. Zie ook noten 62-63 hiervoor. Het onderdeel sluit aan bij genoemd klachtplichtverweer van [de maatschap]/[eiser]. Zie ook de schriftelijke toelichting zijdens [eiser], nrs. 23-39 inzake "Klachtplicht".

[65.] Illustratief is Asser/Sieburgh 2023, nrs. 1, 416 e.v., waaronder: "De ratio van afdeling 6.4.2 is duidelijk. Het is in strijd met de rechtsorde, dat iemand een betaling die zonder redelijke grond is verricht, zou mogen behouden. Daarom bepaalt de wet dat de betaling ongedaan moet worden gemaakt." Zie verder o.a. R. Koolhoven, *GS Verbintenissenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021 (actueel t/m 14 januari 2021), art. 6:203 BW, aant. A e.v.

[66.] Zie HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243, *NJ* 1997/360, rov. 3.3.1.

[67.] Uit art. 2:9 lid 1, tweede zin BW volgt nog dat tot de taak van de bestuurders horen alle bestuursstaken die niet bij of krachtens de wet of de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld. En uit art. 2:9 lid 2, eerste zin BW nog dat elke bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van

zaken. Zie ook o.a. Asser/M.J. Kroeze, *De rechtspersoon* (2-I), Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 198.

[68.] Zie [Kamerstukken II 2008/09, 31763, 3](#), p. 7. Zie nader over die parlementaire geschiedenis o.a. J.B. Huizink, *GS Rechtspersonen*, Deventer: Wolters Kluwer 2023 (actueel t/m 28 februari 2023), art. 2:9 BW, aant. 1; Asser/Kroeze 2021, nr. 198; W.A. Westenbroek, *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 3.2; en D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2010, nr. 1.4.1. A-G Huydecoper (ECLI:NL:PHR:2003:AF3419) voor HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3419, *NJ* 2003/538, onder 9 heeft het over een, destijds nog, “uiterst sobere” toelichting.

[69.] Zie bijv. art. 2:8 lid 2 BW over een “krachtens wet, gewoonte, statuten, reglementen of besluiten geldende regel”. Zie verder o.a. Asser/Kroeze 2021, nrs. 170-185, onder - veel - meer (nr. 178) over het onverkort gelden van “het uitgangspunt dat contractuele verhoudingen in beginsel niet doorwerken in rechtspersoonlijke verhoudingen.”

[70.] Zie Asser/Kroeze 2021, nrs. 198-199.

[71.] Zie Asser/Kroeze 2021, nrs. 189-190.

[72.] Zie verder o.a. Asser/G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme, *NV en BV - Corporate Governance*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nrs. 111, 115-121, mede inzake art. 2:8 BW, art. 2:9 BW en art. 2:129/239 BW, en over aspecten van door de bestuurder jegens de vennootschap te betrachten zorgvuldigheid en loyaliteit. Zie voor rechtspraak omtrent het belang van de rechtspersoon o.a. HR 10 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:199, *NJ* 2023/166, rov. 3.4.1-3.4.6 en HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, *NJ* 2014/286, rov. 4.1-4.3, 4.7.2.

[73.] Zie [Kamerstukken II 2008/09, 31763, 3](#), p. 9-10. Daarbij wordt met “[...]/[...].” bedoeld op HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243, *NJ* 1997/360, rov. 3.3.1.

[74.] Hieruit wordt geput in [Kamerstukken II 2018/19, 34491, 11](#), p. 8-9.

[75.] Zie reeds HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243, *NJ* 1997/360, rov. 3.3.1, alsook noot 155 hierna.

[76.] Zie o.a. Asser/Kroeze 2021, nr. 202.

[77.] Zie bijv. [Kamerstukken II 2018/19, 34491, 9](#), p. 8, 10-11 en [Kamerstukken II 2008/09, 31763, 3](#), p. 8-9. Zie verder o.a. Asser/Kroeze 2021, nrs. 199-200, 202, 206 en M.J. Kroeze & J.B. Wezeman, ‘De curator en interne bestuurdersaansprakelijkheid’, in: *De gereedschapskist van de curator*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 5-6.

[78.] Zie bijv. HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, *NJ* 2009/21, rov. 5.3.

[79.] Die de bestuurder in die zin vrijwillig jegens de door hem bestuurde rechtspersoon is aangegaan, dat deze persoon eerst bestuurder kan worden - op wie dan onder meer art. 2:9 BW toepassing vindt - als sprake is van diens instemming met diens benoeming tot bestuurder van die rechtspersoon door de daartoe bevoegde actor.

[80.] Zie bijv. ook Asser/C.H. Sieburgh, *Algemeen overeenkomstenrecht* (6-III), Deventer: Wolters Kluwer 2022, nrs. 398, 416, volgens wie o.a. art. 2:8 BW “de toepasselijkheid van de redelijkheid en billijkheid tot niet-verbintenisrechtelijke rechtsbetrekkingen” uitbreidt. Sub (i) valt ook te scharen onder zo’n “niet-verbintenisrechtelijke [rechtsbetrekking]”. Daarbij past Asser/Kroeze 2021, nrs. 189, 198 inzake art. 2:9 BW over “[d]e rechtsplicht” (“bestuursplicht”, “norm”, “gedragsnorm”) om tegenover de rechtspersoon de taak behoorlijk te vervullen. En nr. 231 inzake art. 2:8 BW over “een rechtsplicht”, zijnde “[h]et zich gedragen overeenkomstig de normen van de redelijkheid en billijkheid”. Zie verder o.a. A.F. Verdam, *Corporate opportuniteiten* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 166, 232-233, waaronder: “de norm” van

art. 2:9 BW “[maakt] deel uit van de vennootschapsrechtelijke rechtsbetrekking tussen de vennootschap en de bestuurder, die niet verbintenisrechtelijk van aard is.”

[81.] Zie algemener over Boek 2 BW o.a. C.J. van Zeben & J.W. du Pon, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoeringswet Boek 2*, Deventer: Kluwer 1977, p. 1001-1002 en Asser/Kroeze 2021, nr. 36. Ik kan daarlaten of sub (i) is gesitueerd in een rechtspersonenrechtelijke lastgevingsverhouding als bedoeld in K.H.M. de Roo, *Bestuur van rechtspersonen* (diss. Amsterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2021, nrs. 2.3.3-2.3.6.

[82.] Ik lees het tegendeel evenmin bij H. de Groot, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nrs. I.B-I.B.1.a, volgens wie “[m]en art. 2:9 BW zou kunnen zien als een aanvulling op, dan wel een verbijzondering van de aansprakelijkheid voortvloeiend uit het arbeidscontract (respectievelijk uit de overeenkomst van opdracht) in het algemeen.”

[83.] Zie voor een en ander o.a. Lindenberg 2022, Afd. 10 Boek 6 BW, aant. 2.1, 2.5 en Lindenberg 2020, p. 39.

[84.] Zie Asser/Kroeze 2021, nr. 38, daarbij ook wijzend op art. 2:5 BW.

[85.] Zie bijv. ook A.F. Verdam, ‘Schending van art. 2:8 BW en onrechtmatige daad’, *WPNR* 2017, p. 691-700 en P. van Schilfgaarde, *De redelijkheid en billijkheid in het ondernemingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 84.

[86.] Zie bijv. ook L. Timmerman, *Sdu commentaar ondernemingsrecht*, Den Haag: Sdu 2023, art. 2:8 BW, aant. 7, waaronder: “In het rechtspersonenrecht gaat het vaak om lidmaatschapsverhoudingen en niet om contractuele verhoudingen, zodat allerlei begrippen uit Boek 6 BW, zoals wilsovereenstemming en wanprestatie, hoogstens naar analogie op het rechtspersonenrecht kunnen worden toegepast.” En H.J. de Kluiver, ‘Goede trouw en rechtspersonenrecht’, in: *A-T-D*, Deventer: Kluwer 2000, p. 233, die opmerkt “dat het niet vanzelfsprekend is dat klassieke verbintenisrechtelijke beginselen in het rechtspersonenrecht tot gelding (kunnen) komen.” Zie verder o.a. J.H. Bennaars, *De rechtspositie van de bestuurder* (diss. Amsterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 1.2.2, met een breder overzicht aan opvattingen ter zake.

[87.] Zie HR 15 december 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA9047, *NJ* 2001/109, rov. 3.2.2.

[88.] Zie bijv. ook HR 6 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6509, *NJ* 2012/336, rov. 3.4. Daarin overweegt de Hoge Raad dat commissarissen, al kunnen zij voor zekere tijd daden van bestuur verrichten, zonder een daartoe strekkend benoemingsbesluit van het daartoe bevoegde orgaan geen deel uitmaken van het bestuur.

[89.] Zie J.M.M. Maeijer in nr. 1 onder HR 15 december 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA9047, *NJ* 2001/109.

[90.] Zie HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7705, *NJ* 2007/421, rov. 5.2.2.

[91.] Zie J.M.M. Maeijer in nr. 2 onder HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7705, *NJ* 2007/421.

[92.] Zie bijv. ook Verdam 2017, p. 695, waar hij opmerkt dat hem “niet juist” voorkomt de redenering dat “bij strijd met de norm van redelijkheid en billijkheid door een bestuurder bij de uitoefening van zijn bestuurstaken, voor de kwalificatie teruggegrepen moet worden op de contractuele rechtsverhouding tussen rechtspersoon en de bestuurder (arbeidsovereenkomst of opdracht). Me dunkt dat het hier veeleer gaat om de institutionele aard van de bevoegdheden van de bestuurder die om de hoek komt kijken; het gaat niet zo zeer om zijn bevoegdheden uit het contract, maar om de bevoegdheden die hem in de rechtspersoonlijke constellatie uit hoofde van de wet, statuten en reglementen toekomen.” Zie eerder al o.a. Verdam 1995, p. 232-233. Van Schilfgaarde 2016, nr. 84 zet daar onder meer uiteen dat het ondernemingsrecht (inclusief het rechtspersonenrecht) als aparte discipline kan worden aangemerkt, met dien verstande dat de inbedding ervan in het algemene privaatrecht niet uit het oog moet worden verloren. Hij geeft als voorbeeld “een thema als bestuurdersaansprakelijkheid”, dat “is een uitwerking van, en in deze zin ingebed in, de algemeen privaatrechtelijke leerstukken van de onrechtmatige daad en de wanprestatie. Niemand zal dat ontkennen.” Dit

is niet strijdig met 3.27.2-3.27.15 hiervoor.

[93.] Zie o.a. Asser/Kroeze 2021, nr. 202.

[94.] Zie o.a. Asser/Kroeze 2021, nr. 201.

[95.] Zie o.a. HR 11 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1413, *NJ* 2021/295, rov. 3.3 en HR 4 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6769, *NJ* 2016/197, rov. 3.4.1-3.5.

[96.] Zie o.a. R.P.J.L. Tjittes & H. Boom, *Rechtsverwerking en klachtplichten*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, mede - zie nr. 17 - over “de verhouding binnen een rechtspersoon (art. 2:8 BW)” (te onderscheiden van “alle vermogensrechtelijke rechtsverhoudingen (vgl. art. 6:2 en 6:248 jo. 6:216 BW)”).

[97.] Zie HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, *NJ* 2006/659, rov. 3.5, onder verwijzing naar HR 18 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4873, *NJ* 2000/295.

[98.] Zie ook onder 3.27.29 hierna voor art. 6:162 BW en interne bestuurdersaansprakelijkheid, waarbij art. 2:9 BW eveneens van betekenis is. En bijv. HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, *NJ* 2009/21, rov. 5.3-5.4 en HR 16 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ0419, *NJ* 2007/256, rov. 3.10 voor een verband tussen art. 2:8 BW en art. 6:162 BW waar het gaat om externe bestuurdersaansprakelijkheid (waarbij in het eerste geval ook art. 2:9 BW een rol speelt).

[99.] Zie o.a. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2019, nrs. 171, 262.

[100.] Zie o.a. Asser/G.J.J. Heerma van Vos, *Arbeidsovereenkomst (7-V)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, nrs. 40-42, 44, 56, 61.

[101.] Zie o.a. Asser/T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Opdracht (7-IV)*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, nrs. 49, 93-102.

[102.] Dit komt wel meer voor in het rechtspersonenrecht. Zie bijv. L. Timmerman, ‘Is vennootschapsrecht moeilijk?’, *Ondernemingsrecht* 2004, p. 184.

[103.] Zie A-G Timmerman (ECLI:NL:PHR:2005:AS2713) voor HR 15 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2713, *NJ* 2005/483, onder 2.4-2.5.

[104.] Daarmee doelt de A-G op HR 26 oktober 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4887, *NJ* 1985/375, rov. 3.2. Hieruit leidt A-G Koopmans (ECLI:NL:PHR:1992:ZC0761) voor HR 13 november 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0761, *NJ* 1993/265, onder 7 af dat “[t]ussen de vennootschap en de bestuurder zowel een vennootschapsrechtelijke als een arbeidsrechtelijke betrekking [bestaat].” Zie bijv. ook HR 13 november 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0761, *NJ* 1993/265 en HR 28 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AD3216, *NJ* 2000/556, waarover o.a. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2019, nr. 171 sub a.

[105.] Zie recenter Timmerman 2023, art. 2:8 BW, aant. 7: “Voor de invulling van die lidmaatschapsverhoudingen [in het rechtspersonenrecht, A-G] is de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW van bijzonder belang. (...) De verhouding tussen het bestuur en een rechtspersoon is soms ten dele van contractuele aard (bijvoorbeeld een arbeidsovereenkomst met de bestuurder). Voor die ten dele contractuele verhouding is dan art. 6:248 BW (en het arbeidsovereenkomstenrecht) relevant.” Zie in die geest bijv. ook De Roo 2021, nr. 2.3.3: “Art. 2:8 BW toont (...) dat rechtsverhoudingen zoals die van bestuurders zich als eigensoortige rechtsverhoudingen niet onder het regime van de artt. 6:2 en 6:248 BW laten scharen.”

[106.] Zie o.a. Timmerman 2023, art. 2:8 BW, aant. 1-9; Asser/Kroeze 2021, nrs. 224-232; en noten 80 en 92 hiervoor.

[107.] Zie in die richting, uitgaande van de bestuurder tevens werknemer en de verhouding tussen art. 2:9 BW en art. 7:661 BW, o.a. W.H.A.C.M. Bouwens & D.M.A. Bij de Vaate, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 377-378, mede wijzend op [Kamerstukken II 1987/88, 17896, 8](#), p. 28 en art. 7:661 lid

1, laatste zin BW; P.J. Huys, 'De frauderende bestuurder en interne aansprakelijkheid', *ArbeidsRecht* 2022, p. 16-17; P. van Schilfgaarde, bewerkt door J.W. Winter, J.B. Wezeman & J.D.M. Schoonbrood, *Van de BV en de NV*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, nr. 47; A.R. Houweling & C.J. Loonstra, 'Samenloop van arbeidsrecht en vennootschapsrecht bij aansprakelijkheid bestuurder: welk rechtsgebied gaat voor?', in: *De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders'*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 38-43, 45 (die voor toepassing van sub (ii), ingeval van een arbeidsovereenkomst en art. 7:661 BW, als voorbeeld geven dat "[h]et toch niet [zou] moeten uitmaken of een 'gewone' werknemer of de bestuurder de iPad van de zaak per ongeluk laat vallen"); en J.B. Wezeman, 'Ernstig verwijtbaar handelende bestuurders van NV's en BV's', in: *Bewuste roekeloosheid in het privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 90-91. Zij gaan daar allen ook in op HR 10 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3836, NJ 2000/6, rov. 3.2, inzake art. 2:9 BW en art. 7:661 BW. Zie ook A-G Timmerman (ECLI:NL:PHR:2007:AZ3535) voor HR 2 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3535, NJ 2007/240, onder 2.14.

[108.] Ik onderken dat de hoedanigheidskwalificatie in de praktijk soms tot afbakeningsvragen kan leiden. Zie o.a. R.P.J.L. Tjittes, 'Handelen in hoedanigheid', in: *De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders'*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 371-376. Tegelijkertijd: zo'n kwalificatie, een kwestie met een sterk feitelijk karakter, is al lang en breed onderdeel van het recht inzake bestuurdersaansprakelijkheid. Dat dit in de praktijk onwerkbaar is gebleken, valt m.i. niet vol te houden. Zie bijv. inzake art. 2:9 BW reeds HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243, NJ 1997/360, rov. 3.3.1 over de vraag of de bestuurder "zozeer in een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak is tekortgeschoten", etc. Inzake art. 6:162 BW (intern) HR 2 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3535, NJ 2007/240, rov. 3.4.3-3.4.6. En inzake art. 6:162 BW (extern) HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, NJ 2015/21, rov. 3.5.2-3.5.4. Zie verder bijv. L. Timmerman, 'Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid', in: *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 28-31 over het 'petten-beginsel'.

[109.] Men kan ook zeggen: 'scheidend denken' in die zin. Zie over zulk denken in het kader van die dualiteit van 'functie' en 'contract' bijv. ook L. Timmerman, 'Vier cassaties in het belang der wet: hoe bedrijf je rechtsvinding nu echt?', in: *Rechtsvorming door de Hoge Raad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2016, p. 324. Hij heeft daar evenwel het oog op *het ontslag* van de bestuurder-werknemer (net als bijv. in zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2006:AU9716) voor HR 3 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9716, *RvdW* 2006/167, onder 2.7), niet op diens interne aansprakelijkheid. Dit zijn te onderscheiden thema's. Zie over interne aansprakelijkheid van de bestuurder-werknemer, als gezegd, bijv. wel A-G Timmerman (ECLI:NL:PHR:2007:AZ3535) voor HR 2 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3535, NJ 2007/240, onder 2.14. Zie ook de vorige noot.

[110.] Zo is de in art. 2:9 lid 2, tweede zin BW vervatte drempel voor interne aansprakelijkheid (ernstig verwijt) een hoge, maar niet zo hoog als de in art. 7:661 lid 1 BW vervatte drempel voor interne aansprakelijkheid (opzet of bewuste roekeloosheid). Daartussen zit reëel verschil in soortelijk gewicht. Zie o.a. HR 1 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:540, *JOR* 2016/264; A-G Spier (ECLI:NL:PHR:2016:15) voor dit arrest, onder 4.2.1-4.18; en *JOR*-annotator A.J.P. Schild in nrs. 4-5 onder dit arrest. De Boek 7 BW-bepalingen inzake de overeenkomst van opdracht kennen geen met art. 2:9 BW of art. 7:661 BW vergelijkbare regeling voor interne aansprakelijkheid.

[111.] Daarbij zij nog bedacht dat bij een meerhoofdig bestuur het kan zijn dat een of meer bestuurders een arbeidsovereenkomst heeft/hebben met de rechtspersoon, en de andere bestuurder(s) een overeenkomst van opdracht. En verder dat ook art. 2:11 BW een rol kan spelen, bij een rechtspersoon-bestuurder. Ik laat dit rusten.

[112.] Zie noot 107 hiervoor.

[113.] Zie bijv. Hof Den Haag 19 november 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3010, rov. 7.1-7.6.

[114.] Zie bijv. ook de voorbeelden van ernstig verwijtbaar handelen die Asser/Kroeze 2021, nr. 206 noemt bij art. 2:9 BW.

[115.] Zie o.a. HR 2 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3535, NJ 2007/240, rov. 3.4.3-3.4.6.

[116.] Zie J.B. Huizink, *GS Rechtspersonen*, Deventer: Wolters Kluwer 2023 (actueel t/m 15 augustus 2023), art. 2:242 BW, aant. 11.1-11.3.1.

[117.] Zie ook Huizink 2023, art. 2:9 BW, aant. 3.2.

[118.] Zie M.J. Kroeze, L. Timmerman & J.B. Wezeman, *De kern van het ondernemingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, nr. 5.1, p. 120.

[119.] Asser/Kroeze 2021, nrs. 195-196 lijkt het iets anders te conceptualiseren, waar hij uitgaat van een “contractuele relatie” (“verhouding”) tussen bestuurder en rechtspersoon, waaraan een “functionele relatie” (“verhouding”) inherent is. Zie in die termen ook Asser/G.J.C. Rensen, *Overige rechtspersonen (2-III)*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, nrs. 143, 369. Dit wordt bestreden door P.L. Dijk/T.J. van der Ploeg, bewerkt door C.H.C. Overes, T.J. van der Ploeg & W.J.M. van Veen, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 8.5 en De Roo 2021, nr. 2.3.3. Zie bijv. ook Bennaars 2015, nr. 1.2.3. Wat daarvan zij: ik lees ook daar bij Kroeze en Rensen niet dat bij de gehoudenheid in de zin van art. 2:9 lid 1, eerste zin BW onverkort sprake is (ook) van een verbintenis van de bestuurder jegens de rechtspersoon als bedoeld in het algemene vermogensrecht, in het bijzonder het verbintenissen- en overeenkomstenrecht van Boek 6-7 BW (of daaraan gelijk te stellen). In Asser/Kroeze 2021, nrs. 189, 198 wordt inzake art. 2:9 BW dus juist uitgegaan van “[d]e rechtsplicht” (“bestuursplicht”, “norm”, “gedragsnorm”) om tegenover de rechtspersoon de taak behoorlijk te vervullen. En in Asser/Kroeze 2021, nr. 201 wordt juist ook betoogd, in het kader van art. 2:9 BW-bestuurdersaansprakelijkheid, “dat de klachtplicht van art. 6:89 BW niet van toepassing is in de verhouding tussen rechtspersoon en bestuurder. Art. 6:89 BW is in aanvang niet bedoeld voor een rechtsverhouding zoals die tussen een rechtspersoon en zijn bestuurder.” Zie bijv. ook Kroeze & Wezeman 2015, p. 11-13 en Kroeze 2015, p. 185-186.

[120.] Zie Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2019, nr. 171.

[121.] Zie Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2019, nr. 171.

[122.] Zie bijv. ook S.M. Bartman, A.F.M. Dorresteyn & M. Olaerts, *Van het concern*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, nr. 3.3.2.1.

[123.] Zie HR 15 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2713, *NJ* 2005/483 en ECLI:NL:HR:2005:AS2030, *NJ* 2005/484.

[124.] Zie Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2019, nr. 263, sub a.

[125.] Zie o.a. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2019, nr. 263, sub b-c voor uitzonderingen en voor de werking van deze Hoge Raad-arresten bij “de beëindiging van contractuele relaties die geen arbeidsovereenkomst zijn, zoals een managementovereenkomst”. En Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2019, nr. 266 over, omgekeerd, de consequentie van beëindiging van de contractuele rechtsverhouding voor de functionele rechtsverhouding. Ik wijs ook nog op Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2019, nr. 267, over art. 2:134/244 lid 3 BW (inzake het door de rechter niet kunnen uitspreken van een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst tussen vennootschap en bestuurder).

[126.] Zie Winter, Wezeman & Schoonbrood 2022, nrs. 1, 45. Zie daarvoor bijv. Wezeman 2004, p. 83-85 en J.B. Wezeman, *Aansprakelijkheid van bestuurders* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1998, p. 65-66, 73, waaronder: “De belangrijkste wettelijke norm waarop de interne, functionele aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen kan worden gebaseerd is opgenomen in artikel 9 Boek 2 BW.” Deze aansprakelijkheid “ontstaat rechtstreeks uit de wet.” Zie aldus bijv. ook Kroeze & Wezeman 2015, p. 11.

[127.] Zie voor dit laatste ook o.a. P. van Schilfgaarde, *Misbruik van rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 1986, p. 17 en P. van Schilfgaarde, ‘Interne aansprakelijkheid van bestuurders’, in: *Schetsen voor Bakels*, Deventer: Kluwer 1987, p. 267-268, 272-275.

[128.] Zie E.J.J. van der Heijden/W.C.L. van der Grinten, bewerkt door P.J. Dortmund, *Handboek voor de*

naamloze en de besloten vennootschap, Deventer: Kluwer 2013, nrs. 244-245.

[129.] Zie voor dit laatste bijv. H.J.M.N. Honée, 'Managementcontracten', herdrukt in: *Harry Honée-bundel*, Deventer: Kluwer 2011, p. 169 ("zoals Van der Grinten het uitdrukt in het Handboek (nr. 244)", etc.).

[130.] Zie Overes, Van der Ploeg & Van Veen 2021, nrs. 5.1, 8.5, 8.6.1.

[131.] Zie E.E.G. Gepken-Jager, 'Het bestuur', in: *Handboek notarieel ondernemingsrecht. Vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nrs. 4.2.5, 4.4

[132.] Zie J.J.A. Hamers, 'Het bestuur van de stichting', in: *Handboek Stichting en Vereniging*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2018, nrs. 8.1.11-8.1.12 en J.J.A. Hamers, 'Het bestuur van de vereniging', in: *Handboek Stichting en Vereniging*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2018, nrs. 9.1.8-9.1.9.

[133.] Zie bijv. ook De Roo 2021, nrs. 2.3.3-2.3.6; M.J.G.C. Raaijmakers, *Ondernemingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, waaronder nr. 3.7.3; Bennaars 2015, nrs. 1.2.2-1.2.3, 1.2.5, 1.3-1.4.4; J.M. Blanco Fernández, 'Rechtspositie en aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen', *Ondernemingsrecht* 2000, p. 476; en Verdam 1995, p. 166, 232-233.

[134.] De zijstap onder 3.27.21-3.27.22 hiervoor laat ik daarbij buiten beschouwing. Daarvoor is ook steun te vinden in Hoge Raad-rechtspraak, maar dit valt (dus) buiten het bestek van de onderhavige zaak.

[135.] Dus HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243, *NJ* 1997/360, rov. 3.3.1.

[136.] Zie voor de tot dusver benoemde catalogus van ter zake in aanmerking te nemen omstandigheden ook o.a. HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, *NJ* 2009/21, rov. 5.3 en HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7011, *NJ* 2003/455, rov. 3.4.5. En verder bijv. Asser/Kroeze 2021, nr. 200.

[137.] Zie verder noot 155 hierna.

[138.] Die verwijzing in HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243, *NJ* 1997/360, rov. 3.3.1 naar "een natuurlijk persoon is en zijn taak in dienstbetrekking vervult" lijkt te zijn ingegeven door de daar voorliggende casus, met inbegrip van de daar aangevoerde rechtsklacht. Daarna in rov. 3.3.1 formuleert de Hoge Raad dus in algemene bewoordingen.

[139.] Zie reeds *NJ*-annotator J.M.M. Maeijer in nr. 1 onder HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243, *NJ* 1997/360. En verder o.a. Asser/Kroeze 2021, nrs. 199-202, 206, 211-212.

[140.] Zie HR 8 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5010, *NJ* 2006/443, rov. 3.8.

[141.] Zie over HR 8 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5010, *NJ* 2006/443, rov. 3.8 bijv. Asser/Kroeze 2021, nr. 199; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2019, nr. 111; en Kroeze & Wezeman 2015, p. 16.

[142.] Zie Kroeze, Timmerman & Wezeman 2022, p. 191.

[143.] Zie HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:164, *NJ* 2014/73, rov. 3.8.2.

[144.] Zie HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:164, *NJ* 2014/73, rov. 3.9.2.

[145.] Want blijktens HvJEU 2 maart 1983, ECLI:NL:XX:1983:AC7911, *NJ* 1983/644.

[146.] Zie HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:164, *NJ* 2014/73, rov. 3.9.3.

[147.] R.P.J.L. Tjittes, 'Een klachtplicht bij interne bestuurdersaansprakelijkheid', in: *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 483 wijst m.i. terecht erop dat weliswaar de context van dit een en ander bestond uit die EEX-Vo bevoegdheidsregels, maar hieraan ook vanuit internrechtelijk perspectief (dus naar Nederlands recht) betekenis toekomt. Zie voor het vervolg HR 3 februari

2017, ECLI:NL:HR:2017:133, *NJ* 2017/253. Waarover o.a. Asser/Kroeze 2021, nr. 242. Zie ook Houweling & Loonstra 2017, p. 43-45.

[148.] Zie HR 2 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3535, *NJ* 2007/240, rov. 3.4.4-3.4.5.

[149.] Zie HR 2 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3535, *NJ* 2007/240, rov. 3.4.4-3.4.6. Men zou kunnen zeggen dat de Hoge Raad zich aldus, en ten behoeve van dat contrasteren, bedient van beeldend taalgebruik.

[150.] Waarbij geldt dat “[i]n de rechtspraak is aangenomen dat aansprakelijkheid wegens schending van die norm slechts bestaat indien de bestuurder van zijn handelen een ernstig verwijt kan worden gemaakt.”

[151.] Waarbij geldt dat “[e]erst indien sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer, hij jegens de werkgever aansprakelijk [is] voor de door hem toegebrachte schade.”

[152.] Zie HR 2 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3535, *NJ* 2007/240, rov. 3.4.4(-3.4.5).

[153.] HR 2 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1813, *NJ* 2022/382, rov. 3.1.1-3.1.2 (inzake art. 7:661 BW en art. 6:162 BW) verwijst niet naar HR 2 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3535, *NJ* 2007/240, maar ligt wel in het logisch verlengde daarvan.

[154.] Zie A-G Timmerman (ECLI:NL:PHR:2007:AZ3535) voor HR 2 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3535, *NJ* 2007/240. Zo verwijst hij naar schade veroorzaakt bij, en gedragingen verband houdend met, de uitvoering van de “bestuurstaak/arbeidsovereenkomst” (onder 2.15-2.16). Zie bijv. ook A-G Timmerman (ECLI:NL:PHR:2008:BC4959) voor HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, *NJ* 2009/21, onder 5.9, waar hij eerstgenoemd arrest aldus samenvat dat de Hoge Raad daarin “voor het probleem van de omtrekkende beweging via een vordering uit onrechtmatige daad oog [heeft] gehad”. Dát was daar de kern van de zaak.

[155.] Zie bijv. HR 3 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:146, *RvdW* 2023/191; HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:164, *NJ* 2014/73; HR 4 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6769, *NJ* 2016/197; HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1979, *NJ* 2011/8; HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, *NJ* 2009/21; HR 8 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5010, *NJ* 2006/443; HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3419, *NJ* 2003/538; HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7011, *NJ* 2003/455; HR 10 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3836, *NJ* 2000/6; en HR 11 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2925, *NJ* 1999/586. Zie ook het kort voor HR 2 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3535, *NJ* 2007/240 gewezen arrest HR 16 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ0419, *NJ* 2007/256, waarin de Hoge Raad preciezer formulerend - zie rov. 3.3 sub d - rept van het geval “waarin de bestuurder van een vennootschap (...) is tekortgeschoten in de nakoming van de uit zijn aanstelling/opdracht voortvloeiende verplichtingen tegenover die vennootschap.” En de kort daarna gegeven beschikking HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7972, *NJ* 2007/434, waarin de Hoge Raad - zie rov. 4.4 - verwijst naar “de eisen die voortvloeien uit een behoorlijke taakvervulling waartoe elke bestuurder ingevolge art. 2:9 BW gehouden is” (herhaald in HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0976, *NJ* 2010/544, rov. 4.4.2.(iii)).

[156.] Zie [Kamerstukken II 1980/81, 16631, 3](#), p. 6-7.

[157.] Zie [Kamerstukken II 1980/81, 16631, 3](#), p. 3-4.

[158.] Zie o.a. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2019, nr. 174 sub c.

[159.] Die de Hoge Raad duidt als een vorm van *externe* bestuurdersaansprakelijkheid, dus van de bestuurder jegens een derde (hier: de boedel in art. 2:138/248 lid 1 BW), niet de rechtspersoon. Zie bijv. onder 3.27.28 sub b hiervoor, alsmede HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2370, *NJ* 2019/31, rov. 3.3.2, 3.4.2, 3.5.2 en HR 18 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI5912, *NJ* 2009/438, rov. 3.4. En verder o.a. Asser/Kroeze 2021, nrs. 207-208.

[160.] Westenbroek 2017, nrs. 4.3, 5.3.5 geeft een nuttig literatuuroverzicht. Zijn analyse daar deel ik overigens niet volledig. Zo lees ik in Van Schilfgaard 1986, p. 17 en Van Schilfgaard 1987, p. 273-274 niet

dat daarin “de rechtsgrond voor aansprakelijkheid” op de voet van art. 2:8 BW (oud) (thans art. 2:9 BW) wordt gezocht “in een civielrechtelijke tekortkoming onder de inspanningsverbintenis ex art. 6:74 BW.” Wat daarvan zij, in Asser/J.M.M. Maeijer, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon* (2-III), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, nr. 321 staat wel zo’n beroep op art. 6:74 BW en art. 6:75 BW. Maar in de volgende druk daarvan - Asser/J.M.M. Maeijer, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon* (2-III), Deventer: Kluwer 2000, nr. 321 - komt zo’n beroep al niet meer voor. Zie ook J.M. Blanco Fernández, *De raad van commissarissen* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 1993, p. 174-175, 177, voor een indirecter beroep op deze bepalingen. In Blanco Fernández 2000, p. 474-480 staat dit niet meer.

[161.] Zie bijv. ook Westenbroek 2017, p. 232.

[162.] Zie HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243, *NJ* 1997/360. En onder 3.27.1 en 3.27.28 sub a hiervoor.

[163.] Ik zou nog meer kunnen betrekken. Zo wijst De Roo 2021, nr. 2.3.3 erop dat het Nederlandse conflictenrecht gezien art. 10:118 BW en art. 10:119 BW “de bestuurdersrelatie niet als contractueel [benadert]”. Ik laat dit rusten.

[164.] Zie Kroeze & Wezeman 2015, p. 12-13, wat volgt op: “Dogmatisch zijn volgens ons zowel voor als tegen toepasselijkheid van art. 6:89 BW op art. 2:9 BW argumenten aan te voeren. Doorslaggevend is voor ons dat art. 6:89 BW in aanvang niet bedoeld is voor een rechtsverhouding zoals die tussen een rechtspersoon en zijn bestuurder. Het lijkt ons ondenkbaar dat een gerechtvaardigde vordering voor ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur wordt afgewezen omdat niet tijdig geklaagd is. De verjaringstermijn volstaat in dit verband” [zonder verwijzing in het origineel, A-G].

[165.] Gedoeld wordt op Rijsterborgh & Veldhoen 2015, p. 104.

[166.] Ik wees in noot 119 hiervoor al op Asser/Kroeze 2021, nr. 201, waaronder: “In HR 8 februari 2013, *NJ* 2014/497 is geoordeeld dat bij beantwoording van de vraag of tijdig is geklaagd op de voet van art. 6:89 BW ook van belang is of de schuldenaar daadwerkelijk nadeel lijdt door het late tijdstip waarop de schuldeiser heeft geklaagd. Dat zal m.i. binnen de grenzen van de geldende korte verjaringstermijn in de regel niet het geval zijn. Dat betekent dat met de verjaringstermijn in dit verband kan worden volstaan.” En op Kroeze 2015, p. 185-186. Zie nader bijv. M.A. Verbrugh, ‘Klachtplicht ex art. 6:89 BW’, in: *De vele gezichten van Maarten Kroeze’s ‘bange bestuurders’*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 440-445.

[167.] Overigens lijkt die discussie over de toepasselijkheid van deze klachtplicht zich toe te spitsen op art. 2:9 BW, niet (ook) op andere grondslagen voor bestuurdersaansprakelijkheid. Een nuttig overzicht biedt Van Cassel-van Zeeland 2023, art. 6:89 BW, aant. 2.6.2. Waaraan bijv. nog vallen toe te voegen: Huizink 2023, art. 2:9 BW, aant. 18.4; Schild 2016, p. 59-65; en Kroeze & Wezeman 2015, p. 11-13. Een minderheidsopvatting wordt vertolkt in S.A.L.L. Caris & D.J.M. Kulk, ‘Interne bestuurdersaansprakelijkheid en de klachtplicht: de uitzondering op de regel of de regel op de uitzondering?’, *MvO* 2018, p. 249-256. Ik volg die analyse dus niet.

[168.] Overigens pleegt de contractuele (component van de) rechtsverhouding tussen commissaris en rechtspersoon te worden gezocht in een overeenkomst van opdracht, niet in een arbeidsovereenkomst. Zie o.a. J.B. Huizink, *GS Rechtspersonen*, Deventer: Wolters Kluwer 2023 (actueel t/m 9 november 2023), art. 2:252 BW, aant. 9.2-9.3; Winter, Wezeman & Schoonbrood 2022, nr. 71; Asser/Kroeze 2021, nr. 219; Asser/Heerma van Vos 2020, nr. 43; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2019, nr. 341; en Dortmund 2013, nr. 282.

[169.] Zie de procesinleiding, nrs. 45-48, voorafgegaan door een “Nadere inleiding” in nrs. 40-44.

[170.] Zie de procesinleiding, nr. 44.

[171.] Zie i.h.b. de procesinleiding, nr. 45.

[172.] Daaraan voegt het subonderdeel nog toe: “Nu Grief 5 klaagde over het oordeel over de

bestuurdersaansprakelijkheid en zelfs klaagde over de door de rechtbank toegepaste maatstaf, had het hof niet uit het niet-slagen van verweren - wat daar ook van zij - tot de slotsom kunnen komen dat de bestuurdersaansprakelijkheid die de rechtbank met miskennis van de daarvoor bestaande grondslag had aangenomen, bestaat.”

[173.] Zie i.h.b. de procesinleiding, nr. 46.

[174.] Zie i.h.b. de procesinleiding, nr. 48.

[175.] Daaraan voegt het subonderdeel nog toe: “Indien het hof - zoals het had moeten doen - zou hebben vastgesteld dat de rechtbank inderdaad van een onjuiste maatstaf was uitgegaan, zodat de Grief slaagde, dan had het opnieuw moeten beoordelen of de vordering toewijsbaar was in de plaats ervan, zoals het gedaan heeft - die aansprakelijkheid tot uitgangspunt te nemen en vervolgens de vraag of daartegen aangevoerde verweren slagen beslissend te achten voor het bestaan van bestuurdersaansprakelijkheid.”

[176.] Voorwaardelijk, want onder de voorwaarde dat Dumul respectievelijk [betrokkene 3] die bedragen niet zelf al binnen 30 dagen na datum van het vonnis heeft/hebben betaald.

[177.] Zie HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243, NJ 1997/360, rov. 3.3.1, geciteerd onder 3.27.28 sub a hiervoor. De rechtbank noemt dit Hoge Raad-arrest ook, in rov. 4.13 van het vonnis.

[178.] Zie de procesinleiding, nrs. 49-52.

[179.] Zie de procesinleiding, nr. 53.

[180.] Zie bijv. ook L. Timmerman, ‘Het Nederlandse vennootschapsrecht tussen 1918 en 2018, enkele schetsmatige opmerkingen’, in: *100 jaar Handelsrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2018, p. 93-94 en Timmerman 2017, p. 32, waaronder: “De bestuurdersaansprakelijkheid wordt steeds objectief en niet subjectief vastgesteld. Dat betekent dat moet worden uitgegaan van de maatman-bestuurder: wat kan van een gemiddelde bestuurder verwacht worden? (...) Het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht wordt door zijn objectiviteit gedepersonaliseerd en krijgt een normatief karakter. Ik zou nog op één punt willen wijzen: neem eens aan dat een bestuurder over meer kennis beschikt dan de gemiddelde bestuurder, dat wil zeggen op een bepaald terrein specialist is. Ik zou willen verdedigen dat een dergelijke superieure kennis van betekenis is voor het beantwoorden van de aansprakelijkheidsvraag. De maatman is de ondergrens” [zonder verwijzingen in het origineel, A-G].

[181.] Zie de procesinleiding, nrs. 54-61.

[182.] Zie i.h.b. de procesinleiding, nr. 60.

[183.] Zie de procesinleiding, nrs. 54, 56-59.

[184.] Zie i.h.b. de procesinleiding, nr. 61.

[185.] Dat is de conclusie van dupliek zijdens [de maatschap] en [eiser], nr. 33.

[186.] De vordering om [eiser] te veroordelen tot betaling aan Parkdale van een bedrag van \$ 250.000 en de vordering om [betrokkene 3] en [eiser] te veroordelen tot betaling aan Parkdale van een bedrag van \$ 600.000 acht de rechtbank daarom in zoverre toewijsbaar. De laatstbedoelde veroordeling zal hoofdelijk worden uitgesproken, aldus de rechtbank, omdat de gevorderde hoofdelijkheid niet is weersproken en gelet op art. 6:102 lid 1 BW toewijsbaar is.