

De frauderende bestuurder en interne aansprakelijkheid

ArbeidsRecht 2022/24

Zoals bekend, heeft de bestuurder² (als natuurlijk persoon) binnen ons rechtstelsel een bijzondere status. Enerzijds heeft hij als werknemer (of opdrachtnemer) in de zin van boek 7 BW een arbeidsverhouding (of contractuele verhouding) met de vennootschap. En anderzijds heeft hij als bestuurder ex boek 2 BW een vennootschapsrechtelijke band met de vennootschap.³ In die duale rol zwaait de bestuurder de 'scepter' over de vennootschap. Maar hoewel 'noblesse oblige', wijst de praktijk uit dat niet iedere bestuurder de benen heeft om de weelde van zijn 'status aparte' te kunnen dragen. De bestuurder kan de verleiding soms niet weerstaan om zijn (grotendeels) autonome positie te misbruiken en zich schuldig te maken aan fraude.⁴ In het voorliggende artikel staan de frauderende bestuurder en diens aansprakelijkheid tegenover de vennootschap centraal, waarbij de auteur enkele, uiteenlopende aandachtspunten voor de praktijk belicht, (ook en juist) die niet tot het dagelijks domein van de arbeidsrechtjurist behoren.

1. Bestuursautonomie

De (reikwijdte van de) autonomie van de bestuurder is sinds het *Forum-Bank*-arrest van de Hoge Raad uit de jaren vijftig van de vorige eeuw al onderwerp van discussie.⁵ Uit dit arrest (en de daarop volgende rechtspraak) volgt – om met de samenvattende woorden van Van Nuland te spreken – dat de bestuurder binnen de door de wet en de statuten aangegeven grenzen zelfstandig invulling kan geven aan zijn bestuurstaak en niet kan worden gedwongen aanwijzingen van andere organen te aanvaarden, tenzij daarvoor een statutaire grondslag bestaat in de vorm van een goedkeuringsvereiste of een aanwijzingsbevoegdheid.⁶ Hoewel Huizink⁷ terecht opmerkt dat het strikt vasthouden aan en met veel aplomb spreken over deze bestuurszelfstandigheid minder recht lijkt te doen aan de dagelijkse praktijk – al was het

maar, omdat de algemene vergadering⁸ (of – bij een structuurregime – de raad van commissarissen⁹) te allen tijde bevoegd is de bestuurder te ontslaan –, draagt diezelfde bestuursautonomie er in de praktijk wel aan bij dat bestuurders de ruimte krijgen en nemen om zich buiten het zicht van andere stakeholders in te laten met fraude. Het recente onderzoek van Van Onna naar de persoonlijke achtergrond en criminele ontwikkeling van fraudeurs in Nederland, bevestigt dit ook. Van Onna constateert dat de grote meerderheid van de onderzochte fraudeurs een functie zoals eigenaar of directeur van een bedrijf bekleedde.¹⁰ En dat is geen trend van de huidige tijd. Al in 1940 omschreef Sutherland de 'fraudeur' als een persoon met een hoge status en een hoge organisatorische positie. Hij introduceerde daarbij de – ook heden ten dage nog veelvuldig gebruikte – term 'witteboordencrimineel'.¹¹ Pheijffer signaleert (met verwijzing naar Van Stokkom¹²) dat het – wat hij als tegenhanger van aandeelhoudersidealisme noemt – aandeelhouderskapitalisme en het excessief (variabel) belonen van bestuurders fraude in de hand (kunnen) werken.¹³ Hij wijst daarbij onder meer op de bankfraude van *Wells Fargo* in de Verenigde Staten, die ertoe heeft geleid dat de toenmalige CEO en diens rechterhand tientallen miljoenen dollars moesten terugbetalen van hun eerder ontvangen variabele beloningen.¹⁴ Maar ook dichterbij huis zijn er genoeg voorbeelden van bestuurders die hun positie misbruikten voor eigen gewin. De zaak die dan direct in het oog springt, is de recente kwestie van wijlen Frank Oranje, voormalig notaris bij Pels Rijcken. Pheijffer en Princen stellen aan de hand van openbare bronnen onder andere vast dat Frank Oranges macht om interne controlemaatregelen te omzeilen en daarmee zijn frauduleuze praktijken te verhullen, nog meer toenam toen hij bestuursvoorzitter van de landsadvocaat werd.¹⁵ In deze bijdrage, waarin de frauderende bestuurder en diens aansprakelijkheid tegenover de vennootschap centraal staan, besteed ik achtereenvolgens aandacht aan de norm van art. 2:9 BW, de samenloop hiervan met de maatstaven uit art. 7:661 BW en art. 6:162 BW, het disculpatieverweer, de aan de bestuurder verleende decharge en finale kwijting,

1 Mr. P.J. (Pieter) Huys is advocaat bij AKD N.V.

2 In deze bijdrage wordt uitgegaan van de bestuurder (als natuurlijk persoon) van de bv/nv.

3 E.S. de Bock, 'De bestuurder van de nv of bv', in: G.W. van der Voet (red.), *Arbeidsrechtelijke thema's. Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 267.

4 Directiefraude werd in de Verordening op de fraudemelding (1995-2007) nog gedefinieerd als: 'fraude, gepleegd door of op last van de hoogste leiding (bij meerhoofdige leiding door of op last van één of meer leden van de leiding) van een huishouding'.

5 HR 21 januari 1955, ECLI:NL:PHR:1955:AG2033, NJ 1959/43, m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh (*Forum-Bank*).

6 J.E. van Nuland, 'Over de beperking van de bestuursbevoegdheden in verhouding tot de bestuursautonomie', *MvO* 2021/9-10, p. 329-333.

7 J.B. Huizink, *Rechtspersoon, vennootschap en onderneming*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 170.

8 Ex art. 2:134 (244) lid 1 BW jo. art. 2:132 (242) lid 1 BW.

9 Ex art. 2:162 (272) BW.

10 J. van Onna, 'Ik mag doen wat ik moet doen', *TBS&H* 2019/2, p. 97-104.

11 E.H. Sutherland, 'White-collar criminality', *American Sociological Review* 1940/5, p. 1-12.

12 B. van Stokkom, 'De anomie van machtsillussies. Onbegrensde ambities in de 'risk and win'-zakenwereld', *Tijdschrift over Cultuur & Criminaliteit* 2018, afl. 1, p. 54-77.

13 M. Pheijffer, 'Aandeelhouderskapitalisme en excessieve beloningen wakkeren fraude aan', *Tijdschrift over Cultuur & Criminaliteit* 2020, afl. 1, p. 84-90. Zie ook: A.C. Oskam & P.J. Schimmel, 'De rol van bestuurders en commissarissen bij het voorkomen en ontdekken van fraude', *Tijdschrift voor Jaarrekeningenrecht* 2019, nr. 6, p. 224-230.

14 De Netflix-documentaire *Dirty Money* geeft een aardig beeld van de zaak die tot veel opschudding in de Verenigde Staten heeft geleid.

15 M. Pheijffer & J.G. Princen, 'Fraude bij Pels Rijcken. De onderste steen moet boven', *NJB* 2021/1508, p. 1714-1727.

de verjaringsproblematiek en de verzwaarde motiveringsplicht. Om het artikel af te sluiten met een slotwoord.

2. Interne aansprakelijkheid

2.1 Ernstig verwijt

Wanneer de bestuurder zich heeft ingelaten met fraude en daarmee schade heeft toegebracht aan de vennootschap kan hij hiervoor aansprakelijk worden gesteld.¹⁶ De aansprakelijkheid van de bestuurder tegenover de vennootschap wordt aangeduid als 'interne aansprakelijkheid'. Art. 2:9 BW regelt deze interne aansprakelijkheid. Dit artikel bepaalt dat de bestuurder tegenover de rechtspersoon gehouden is tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Voor aansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW is vereist dat de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt van zijn handelen. Dit volgt uit het arrest *Staleman/Van de Ven*.¹⁷ 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.¹⁸ Van een ernstig verwijt is in beginsel sprake, indien de bestuurder in strijd met statutaire bepalingen heeft gehandeld die de vennootschap beogen te beschermen.¹⁹ De meeste statuten bepalen (met woorden van gelijke strekking) (i) dat de bestuurder zich bij de vervulling van zijn taken dient te richten naar het belang van de vennootschap en haar onderneming²⁰ en (ii) dat de bestuurder niet deelneemt aan de besluitvorming indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap. Wanneer de onregelmatigheden tijdens de bestuurder door de rechter worden vastgesteld (of aannemelijk worden geacht), zal al snel worden geoordeeld dat de bestuurder in strijd heeft gehandeld met de hiervoor bedoelde statutaire bepalingen en dat er dus sprake is van een onbehoorlijke taakvervulling waarvan de bestuurder een ernstig verwijt treft.²¹

2.2 Samenloop

Dat roept de vraag op of de bestuurder die tevens werknemer is van dezelfde vennootschap – hetgeen in de praktijk vaak het geval is – aan aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW kan ontsnappen met het verweer dat zijn handelen (of nalaten) niet moet worden geplaatst in de sleutel van dit artikel, maar juist moet worden beoordeeld aan de hand van de norm van art. 7:661 BW, in de hoop dat de vennootschap

de daarin genoemde aansprakelijkheidsvereisten 'opzet' en 'bewuste roekeloosheid' niet bewezen krijgt. Deze vraag impliceert een bepaalde verhouding tussen beide artikelen, ingegeven door de eerdergenoemde duale rechtsbetrekking van de bestuurder. Onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis bij art. 7A:1639da BW²² (thans art. 7:661 BW) – en niet op basis van het (latere) *Moonen*-arrest,²³ zoals andere auteurs dat (lijken te) doen²⁴ – komen Houweling en Loonstra overtuigend tot de conclusie dat de wetgever bij samenloop van art. 2:9 BW en art. 7:661 BW, voorrang geeft aan art. 2:9 BW. Beide Rotterdamse hoogleraren merken daarbij op dat deze voorrangregel dan alleen heeft te gelden voor bestuurshandelingen.²⁵ Vader betoogt dat als er sprake is van een frauduleus delict het functioneel verband tussen de aan de bestuurder opgedragen taak en het verweten handelen altijd ontbreekt.²⁶ Hij verbindt daaraan de conclusie dat in dat geval de normale regels van art. 6:162 BW gelden, omdat het volgens hem naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is wanneer de frauderende bestuurder tegenover de vennootschap op basis van art. 2:9 BW (of art. 7:661 BW) bescherming toekomt. Maar die redenering lijkt toch te stranden op het *Nutsbedrijf Westland*-arrest. De Hoge Raad heeft daarin namelijk overwogen dat de invulling van (de norm uit) art. 6:162 BW geschiedt aan de hand van (de norm(en) uit) art. 2:9 BW (en art. 7:661 BW).²⁷ De vennootschap kan de daarin opgenomen – voor haar zwaardere – aansprakelijkheidsregimes dus niet ontlopen door zich op art. 6:162 BW te beroepen.²⁸ Houweling en Loonstra merken op dat het begrip 'bij de uitvoering van de overeenkomst' uit art. 7:661 BW te vaag is en tot veel uitlegvragen leidt. Zij menen dan ook dat arbeidsrechters terecht niet te gemakkelijk uitwijken naar dit begrip, maar gevallen van werknemersfraude aanmerken als 'opzet of bewuste roekeloosheid' uit ditzelfde artikel.²⁹ In het verlengde hiervan zou ik om diezelfde reden menen dat rechters in geval van bestuurdersfraude ook niet te gemakkelijk zouden moeten uitwijken naar de begrippen 'vervulling van zijn taak' en 'bestuurstaken' uit art. 2:9 BW, maar een dergelijk geval als 'ernstig verwijtbaar' moeten aanmerken, met aansprakelijkheid van de bestuurder ex art. 2:9 BW tot

16 Een gerechtelijke procedure tegen de bestuurder moet door de vennootschap worden gevoerd. Dit kan moeilijkheden opleveren omdat juist aan het bestuur de vertegenwoordiging van de vennootschap is opgedragen (ex art. 2:130 (240) BW). De statuten kunnen in dat geval de vertegenwoordigingsbevoegdheid aan een ander (bijvoorbeeld de rvc) toekennen, zie: P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 205.

17 HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243, NJ 1997/360, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Staleman/Van de Ven*).

18 R.o. 3.3.1.

19 J. Roest, *T&C Ondernemingsrecht 2020*, art. 2:9 BW, aant. 3; HR 29 november 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AE7011, NJ 2003/455, m.nt. J.B. Wezeman (*Berghuizer Papierfabriek*).

20 Zie: art. 2:129 (239) lid 5 BW waarin deze verplichting ook is neergelegd.

21 Zie bijv.: Rb. Rotterdam 5 juni 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:4502.

22 *Kamerstukken II 1987/88*, 17 896, nr. 8, p. 28.

23 HR 10 december 1999, ECLI:NL:PHR:1999:AA3836 (en ECLI:NL:HR:1999:AA3836), NJ 2000/6 (*Moonen*).

24 Zie bijv.: H. Schrama & K. Wiersma, 'Ernstig verwijtbaar gedrag van bestuurders als reden voor ontslag en aansprakelijkheid', *TvO 2019/2*, p. 45-56 en F.B.H. Grapperhaus, 'Over bestuursbeleid, aansprakelijkheid en afrekening van bestuurders', *ArA 2005/3*, p. 4-27.

25 A.R. Houweling & C.J. Loonstra, 'Samenloop van materieel recht: aansprakelijkheid ex art. 2:9 versus aansprakelijkheid ex art. 7:661 BW', in: B.F. Assink e.a. (red.), *De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders'* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 104), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 35-44. Vgl. Hof Den Haag 19 november 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3010, *JONDR 2020/28*.

26 W.A. Vader, 'Fraude in de ondernemingsrechtpraktijk: drempels bij het nemen van verhaal', *TOP 2016/346*.

27 HR 2 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3535 (r.o. 3.4.4), *JAR 2007/90*, m.nt. E. Verhulp (*Nutsbedrijf Westland*).

28 HR 2 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3535 (r.o. 3.4.4), *JAR 2007/90*, m.nt. E. Verhulp (*Nutsbedrijf Westland*). Tevens: P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 203.

29 Vgl. P.J. Huys, 'Fraude op de werkvloer: een analyse van de rechtspraak anno 2018', *ArbeidsRecht 2019/37*, p. 21-25.

gevolg. Een en ander mede indachtig het gegeven dat – zoals hiervoor reeds aangegeven – van een ernstig verwijt in beginsel sprake is indien is gehandeld in strijd met statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen, waarvan al snel sprake zal zijn bij fraude van de bestuurder ten nadele van de vennootschap.

2.3 *Disculpatie*

Zou de bestuurder die de touwen van de boksring al voelt door een rake uppercut van de vennootschap op basis van art. 2:9 BW zich toch nog terug naar het midden van de ring kunnen boksen door het verweer te voeren dat hij slechts beleid uitvoerde dat hem werd opgelegd door aandeelhouders of commissarissen? Ook dit verweer – ongeacht of dit feitelijk juist is – zal de bestuurder geen uitweg bieden. Van der Vlis zegt daarover dat de bestuurder die zich met het door andere bij de rechtspersoon betrokkenen gewenste beleid niet kan verenigen, dit niet dient uit te voeren en zo nodig dient terug te treden. Voor het beleid dat onder zijn leiding wordt uitgevoerd, aanvaardt hij volledige verantwoordelijkheid.³⁰

2.4 *Decharge en finale kwijting*

De bestuurder wordt gebruikelijk decharge verleend na vaststelling van de jaarrekening of ter gelegenheid van diens vertrek.³¹ Decharge komt er volgens Huizink op neer dat de vennootschap verklaart dat hij de bestuurder niet aansprakelijk zal stellen voor door de vennootschap ten gevolge van het gevoerde bestuur geleden schade.³² De decharge heeft dus uitsluitend betekenis in de verhouding vennootschap en bestuurder.³³ Nederland kent geen wettelijke regeling voor decharge.³⁴ Boek 2 BW bepaalt dus ook niet wie de bevoegdheid is voorbehouden om bestuurders te dechargeren.³⁵ Aangenomen wordt dat die bevoegdheid berust bij het orgaan dat bevoegd is tot benoeming en ontslag van de bestuurder als de statuten ter zake geen regeling bevatten.³⁶ Wat heeft nu te gelden als de bestuurder die zich heeft schuldig gemaakt aan fraude, decharge is verleend? Biedt een dergelijk ontslag van aansprakelijkheid hem (wel) de gewenste uitkomst? Beckman laat daarover geen misverstand bestaan: frauduleus handelen van de bestuurder kan niet door decharge worden gedekt. De bestuurder kan op verzwegen essentiële informatie of verstrekte misleidende informatie, als de verzwijging dan wel misleiding bekend

wordt, worden aangesproken.³⁷ De aan hem verleende decharge ten spijt. In het hiervoor reeds aangehaalde *Staleman/Van de Ven*-arrest overwoog de Hoge Raad al – zoals in de lagere rechtspraak daarna vrij vertaald³⁸ – dat een decharge zich niet uitstrekt tot hetgeen de aandeelhouders redelijkerwijs konden weten, dan wel tot hetgeen waarop zij, mede gelet op de hun verstrekte informatie, bedacht konden zijn, noch tot onbehoorlijke taakvervulling die niet kenbaar is uit de jaarrekening.³⁹

Vaak vormt de decharge bij een onderling geregeld (voortijdig) vertrek van de (werknemer-)bestuurder onderdeel van een allesomvattende vaststellingsovereenkomst. Gebruikelijk is dat in die overeenkomst dan tevens een bepaling wordt opgenomen waarmee de bestuurder (ook nog eens) algehele en finale kwijting wordt verleend door zijn werkgever. In 2020 zag de Rechtbank Noord-Nederland zich gesteld voor de vraag wat de reikwijdte van een dergelijk finale kwijtingsbeding is.⁴⁰ De vraag die concreet voorlag was of de gestelde financiële onregelmatigheden tijdens de bestuurder onder de finale kwijting vielen die hem in de vaststellingsovereenkomst door de vennootschap was verleend? Aan de hand van de *Haviltex*-maatstaf beantwoordde de rechtbank deze vraag bevestigend. Zij achtte daarbij relevant dat bij de vennootschap, ten tijde van de ondertekening van de vaststellingsovereenkomst, al het vermoeden bestond dat zich onregelmatigheden in de administratie hadden voorgedaan en dat dit (zelfs) als drukmiddel ter sprake was gebracht door een van haar commissarissen tijdens de onderhandelingsgesprekken met de gemachtigde van de bestuurder. Dat de vennootschap, tegen deze achtergrond, geen enkel voorbehoud had gemaakt in de finalekwijtingsclausule bracht de rechtbank tot het oordeel dat de vaststellingsovereenkomst zo moet worden uitgelegd dat partijen hebben beoogd om ook de eerdergenoemde financiële onregelmatigheden onder de finale kwijting te laten vallen. Het gegeven dat de door de bestuurder gepleegde financiële onregelmatigheden achteraf bezien wat aard en omvang betreft (mogelijk) ernstiger en groter waren gebleken dan waar de vennootschap bij de totstandkoming van de vaststellingsovereenkomst rekening mee had gehouden, was voor de rechtbank geen reden om tot een ander oordeel te komen.⁴¹ Het oordeel van de rechtbank bevestigt nog eens dat bij de uitleg van een finale kwijtingsbeding belangrijke gezichtspunten zijn of de fraudekwestie bij de vennootschap bekend was of ter sprake is geweest bij de beëindigingsonderhandelingen en of partijen hierover al eerder overeenstemming hadden bereikt.⁴² Is dat allemaal niet het geval en heeft de bestuurder de door hem

30 P. van der Vlis, 'Interne aansprakelijkheid van bestuurders; de functies van artikel 2:9 BW', *TVVS* 1994/157.

31 HR 25 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2332, *Ondernemingsrecht* 2010/117, m.nt. H. Beckman.

32 J.B. Huizink, *Rechtspersoon, vennootschap en onderneming*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 305.

33 H. Beckman, 'De mythe van de décharge', *TVVS* 1994/75.

34 A.G.H. Klaassen, 'Decharge in een jas naar Duitse snit?', *Ondernemingsrecht* 2006/189.

35 H. Beckman, 'De mythe van de décharge', *TVVS* 1994/75; HR 25 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2332, *Ondernemingsrecht* 2010/117, m.nt. H. Beckman.

36 J.B. Huizink, *Rechtspersoon, vennootschap en onderneming*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 305.

37 H. Beckman, 'De mythe van de décharge', *TVVS* 1994/75; HR 25 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2332, *Ondernemingsrecht* 2010/117, m.nt. H. Beckman.

38 Zie bijv.: Rb. Rotterdam 5 juni 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:4502, r.o. 5.14.

39 HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243, *NJ* 1997/360, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Staleman/Van de Ven*).

40 Rb. Noord-Nederland 4 februari 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:555, *NJF* 2020/13.

41 Ook het beroep van de vennootschap op dwaling en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid werd door de rechtbank verworpen.

42 Conclusie A-G Timmerman, ECLI:NL:PHR:2019:180; vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 14 augustus 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7327, *NJF* 2018/508.

gepleegde onregelmatigheden 'onder de pet gehouden', dan zal de fraude van de bestuurder niet onder het bereik van de finale kwijting vallen.

2.5 Verjaring

Art. 3:310 lid 1 BW bepaalt dat een rechtsvordering tot vergoeding van schade verjaart door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. De verjaringstermijn wordt verlengd, indien deze afloopt (i) binnen zes maanden nadat de bestuurder is gedefungeerd of (ii) vóórdat de bestuurder is gedefungeerd. In beide gevallen is de verlengingstermijn zes maanden en gaat deze lopen vanaf het moment van defungeren van de bestuurder. Dit laatste volgt uit art. 3:320 BW jo. art. 3:321 lid 1 sub d BW en betekent dus dat de vennootschap vanaf het moment van defungeren van de bestuurder zes maanden heeft om haar rechtsvordering tegen de bestuurder in te stellen of om de verjaring op andere wijze te stuiten. Katan signaleert (en met haar ook Leijten) dat de Hoge Raad in het arrest *Huisman q.q./Hoskens*⁴³ heeft geoordeeld dat de hiervoor geschetste verlengingsregeling veronderstelt dat de verjaringstermijn gaat lopen zodra de bestuurder kennis krijgt van de schade en de aansprakelijke persoon, ook als hij zelf die aansprakelijke persoon is.⁴⁴ Zij voegt daaraan toe dat dit onwenselijke gevolgen kan hebben, omdat een rechtsvordering van de vennootschap op de bestuurder dan zou verjaren als de bestuurder erin slaagt om zijn fraude maar lang genoeg na zijn aftreden verborgen te houden. De bestuurder die eerder al knock-out werd gewaand en het canvas van de boksring al voelde, zou daarmee herrijzen en de strijd zelfs definitief in zijn voordeel beslissen, zoals dat alleen in Hollywoodfilms voor mogelijk wordt gehouden. Terecht acht Katan dat scenario onaanvaardbaar. Zij wijst er onder andere op dat de bestuurder het beroep op verjaring kan worden ontzegd door toepassing van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid ex art. 6:2 lid 2 BW respectievelijk art. 6:248 lid 2 BW. Maar die toepassing veronderstelt dat de verjaring al is ingetreden. En (mede) daarom acht zij het dogmatisch juist en in het belang van de rechtszekerheid wanneer de kennis van de bestuurder over zijn eigen fraude(ren) niet geldt als kennis van de vennootschap, in de relatie tussen de bestuurder en de vennootschap. In recente, lagere rechtspraak heeft deze redenering van Katan navolging gekregen.⁴⁵ Terwijl hiervoor ook in het latere *Treston/HDI-Gerling Verzekeringen*-arrest van de Hoge Raad steun kan worden gevonden, hoewel het in deze kwestie ging om een benadeelde vennootschap (HDI-Gerling) die een vordering ex art. 6:162 BW had ingesteld tegen een andere rechtspersoon (Treston) waarmee twee bestuurders (plus een commissaris) van de benadeelde vennootschap

(HDI-Gerling) onrechtmatig hadden samengespannen.⁴⁶ In het kader van het aanvangsmoment van de verjaringstermijn overwoog de Hoge Raad dat in de verhouding tussen HDI-Gerling en Treston de wetenschap van de twee bestuurders (en de commissaris) in het maatschappelijk verkeer niet heeft te gelden als wetenschap van HDI-Gerling.⁴⁷

2.6 Verzwaarde motiveringsplicht

Op grond van art. 150 Rv draagt de vennootschap de bewijslast van de gestelde fraude van de bestuurder.⁴⁸ Maar als de bestuurder als geen ander over gegevens beschikt die voor de beoordeling van belang kunnen zijn, althans hij moet worden geacht in staat te zijn die gegevens te verschaffen, dan kan de rechter oordelen dat op de bestuurder een verzwaarde motiveringsplicht rust, in die zin dat van hem bij zijn betwisting van de stellingen van de vennootschap mag worden verwacht dat hij voldoende feiten of feitelijke gegevens verstrekt. Aan die aanvullende stelplicht kan hij dan niet voldoen of deze alsnog herstellen door bewijs aan te bieden.⁴⁹

3. Tot besluit

Wanneer de vennootschap wordt geconfronteerd met een bestuurder die zich ten nadele van haar heeft ingelaten met fraude, zal zij de bestuurder aansprakelijk willen stellen voor de door haar geleden schade. De bestuurder die aan die aansprakelijkheid wil ontsnappen, zal daar een zware dobber aan hebben. De doctrine van de interne aansprakelijkheid biedt de frauderende bestuurder in al haar facetten weinig tot geen manoeuvreerruimte om aan aansprakelijkheid jegens de vennootschap te ontkomen. Of de bestuurder nu een samenloop- of disculpatieverweer voert, of zich beroept op de aan hem verleende decharge en/of finale kwijting, dan wel de verjaring in stelling brengt, of de vennootschap in bewijsnood brengt door informatie achter te houden. Hij zal niet snel aan het langste einde trekken. Heel verwonderlijk is dat misschien niet, ondanks dat het thema van dit artikel en de bijhorende deelonderwerpen – in en buiten rechte – toch de nodige pennen in beweging hebben gebracht. Maar geruststellend is het des te meer: *Rocky is just a fictional title character that glamorizes boxing!*

43 HR 4 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6769, *JOR* 2012/349, m.nt. A.F.J.A. Leijten.

44 B.M. Katan, 'Je wist toch dat ik je bedonderde?', *MvO* 2017/3-4, p. 88-95.

45 Rb. Rotterdam 5 juni 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:4502, r.o. 5.13.

46 HR 11 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1413, *Ondernemingsrecht* 2021/22, m.nt. R.P.J.L. Tjittes (*Treston/HDI-Gerling*).

47 R.o. 3.2.

48 Aangenomen wordt dat de klachtplicht ex art. 6:89 BW niet van toepassing is bij aansprakelijkheid van bestuurders ex art. 2:9 BW. Zie: J. Roest, *T&C Ondernemingsrecht* 2020, art. 2:9 BW, aant. 3.

49 Rb. Rotterdam 5 juni 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:4502, r.o. 5.17.