

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/54235>

Please be advised that this information was generated on 2020-12-05 and may be subject to change.

M.J. Kroeze, *Afgeleide schade en afgeleide actie*

*Diss. U Utrecht, promotor
prof. mr. P. van Schilfgaarde,
Deventer: Kluwer 2004, XXI
+ 390 p.*

1. Inleiding

Afgeleide schade en afgeleide actie zijn reeds lange tijd onderwerpen van juridisch debat. De discussie hierover is boeiend omdat zij zich afspeelt op het grensvlak van het verbintenissenrecht en het vennootschapsrecht. Wat interessant is, wordt in het algemeen eveneens moeilijk gevonden. Deel I van het boek waarop Kroeze op 14 april 2004 cum laude promoveerde zal vele zoekenden in de duisternis tot baken dienen bij het doorgronden van het begrip afgeleide schade (hoofdstukken 1-5). Deel II geeft ten aanzien van de afgeleide actie (een actie die een individuele aandeelhouder of een minderheid van de aandeelhouders de mogelijkheid verschafft om een vordering te initiëren tot vergoeding van schade die de vennootschap heeft geleden) een overzicht van de bestaande mogelijkheden en, op grond van een vergelijking waarin ook het in deel I behandelde begrip afgeleide schade wordt betrokken (hoofdstuk 12) met het Amerikaanse (hoofdstuk 9) en

Duitse recht (hoofdstuk 10) en de Societas Europaea en de ontwerp-vijfde richtlijn (hoofdstuk 11), aanbevelingen voor de introductie van een afgeleide actie in Nederland.

Beide delen van het boek zijn goed geschreven, prettig leesbaar en bevatten scherpzinnige observaties. Lastiger is om het verband tussen beide delen te doorgronden. Ieder deel behandelt een zelfstandig leerstuk terwijl de aan ieder leerstuk verbonden problemen niet als uitgangspunt dienen voor de behandeling van het andere leerstuk. Op de beantwoording van de vraag wát afgeleide schade is en waarom deze wel of niet voor vergoeding in aanmerking komt, sluit de beantwoording van de vraag wanneer een afgeleide actie mogelijk is of zou moeten zijn niet naadloos aan. De afgeleide actie ziet namelijk op de mogelijkheid dat aandeelhouders een vordering instellen ten aanzien van door de vennootschap zélf geleden schade. Deze schade is rechtstreeks geleden en valt niet onder het begrip afgeleide schade.

In deel I komt Kroeze tot de conclusie dat een vordering tot vergoeding van door de aandeelhouder geleden afgeleide schade slechts sporadisch met succes kan worden ingesteld. Dit zou kunnen verklaren waarom hij op zoek gaat naar mogelijkheden voor de aandeelhouder om de geleden schade via de vennootschap vergoed te krijgen door middel van een afgeleide actie. In de uitwerking van de afgeleide actie, door Kroeze omschreven als alle denkbare varianten die er zijn om aandeelhouders de mogelijkheid te geven een vordering van de vennootschap in te stellen of te laten instellen¹, verschuift de aandacht echter naar de preventieve functie van deze actie binnen het vennootschapsrechtelijke bestel.

Voor zover de actie een compenserende functie zou hebben, richt zij zich niet op door de aandeelhouder geleden indirecte schade maar op de door de vennootschap geleden rechtstreekse schade. Het onderzoek scheert daardoor langs de beantwoording van de fundamentele vraag in welke gevallen het onaanvaardbaar is dat een aandeelhouder zijn afgeleide schade niet vergoed krijgt.²

Zoals hierna zal blijken, blijft door de wisseling van perspectief in een aantal opzichten open op welke wijze de verhouding tussen deze twee delen van het onderzoek gedacht moet/kan worden.

2. Vergoedbaarheid van afgeleide schade en toepasbaarheid van afgeleide actie

Het denken over de vergoedbaarheid van afgeleide schade en de toepasbaarheid van een afgeleide actie hangt samen met de wijze waarop over het fenomeen rechtspersoonlijkheid wordt gedacht. In de huidige samenleving weten we niet beter dan dat een rechtspersoon een zelfstandige entiteit is die zelf kan handelen en daarvoor verantwoordelijk gehouden kan worden. Deze van de feitelijk handelende persoon geabstraheerde benadering wordt wel geïdentificeerd als de 'institutionele' benadering. Kenmerkend daarvoor is dat een vennootschap een eigen deelrechtsorde kent.³ Niet altijd en overal is en wordt rechtspersoonlijkheid op deze wijze beschouwd. Een voor de hand liggende neiging is om de rechtspersoon te zien als een samenwerkingsverband van natuurlijke personen (de zogenaamde 'contractuele' benadering).⁴ Doordat rechtspersonen en organen aldus min of meer in elkaar opgaan is het van elkaar losdenken van de rechtspers-

1. P. xxi.

2. Vgl. het aan de KU Leuven verdedigde proefschriftonderzoek van D. De Marez, *De afgeleide schade van aandeelhouders van een naamloze vennootschap. Onderzoek naar het bestaan van een eigen vorderingsrecht van individuele aandeelhouders voor de via het vermogen van een naamloze vennootschap geleden schade* (binnenkort te verschijnen), waarin de vraag naar de vergoedbaarheid van afgeleide schade is beantwoord vanuit het gemene aansprakelijkheidsrecht.

3. Van Schilfgaarde & Winter, *Van de NV en de BV*, Deventer: Kluwer 2003, nr. 1, De Kluiver & Koelmeijer, 'De betekenis van vermogensrechtelijke beginselen voor het vennootschaps- en rechtspersonenrecht in Nederland', in: De Kluiver & Wouters, *Beginselen van vennootschapsrecht in binationaal perspectief*, Antwerpen-Groningen: Intersentia 1998, p. 32.

4. De Kluiver & Koelmeijer, 1998, a.w., p. 32, 33. Hoewel deze benadering in Nederland inmiddels is verlaten, is zij in bijvoorbeeld België nog actueel.

soon en de voor haar handelende personen (bestuurders, commissarissen) en de personen die in haar investeerden (aandeelhouders) niet gebruikelijk.⁵

In dat geval worden als problematisch ervaren a) de rechtstreekse aansprakelijkheid van de rechtspersoon en b) de scheiding van de rechtspersoon en de in hem investerende aandeelhouders en de aan deze scheiding inherente beperking van de mogelijkheid om de rechtspersoon jegens de aandeelhouder aansprakelijk te houden.

Welke benadering men ook zou kiezen, de te vinden oplossingen worden in dit onderdeel van het recht in sterke mate bepaald door hetgeen in de praktijk wenselijk en werkbaar is. Zo werd de eigen aansprakelijkheid van de rechtspersoon eerst aangenomen en daarna pas verklaard. De daarvoor in eerste instantie gebruikte orgaantheorie werd later aangevuld⁶ en ten einde gedacht⁷ met de theorie volgens welke aansprakelijkheid van de rechtspersoon bestaat als de gedraging van de natuurlijke persoon in het maatschappelijk verkeer heeft te gelden als gedraging van de rechtspersoon.⁸

Ook voor de beantwoording van de vraag of schade die een aandeelhouder lijdt vergoedbaar is, geldt een aantal met de eisen van de praktijk strokende uitgangspunten. Zo hangt de keuze van een aandeelhouder om zijn kapitaal onder te brengen in een vennootschap samen met de idee dat de aandeelhouder de vennootschap niet kan aanspreken voor waardedalingen van zijn aandelen. Die keuze wordt immers geacht te berusten op een afweging van het risico van waardedaling- en stijging. Zij brengt mee dat de verwezenlijking van dat risico plaatsvindt binnen de deelrechtsorde van de vennootschap. Het is onwenselijk als de schade van de aandeelhouder bij tegenvallende resultaten alsnog via het verbintenissenrecht vergoed zou worden.⁹ Zoals uit diverse in de praktijk gevonden oplossingen blijkt, sluit dit niet uit dat het algemene vermogensrecht onder omstandigheden van toepassing kan zijn, c.q. naar analogie moet worden toegepast.¹⁰ Doordat op dit terrein van het recht de

dogmatische verklaringen meestal volgen op door de praktijk ingeslagen paden, volstaan de verklarende constructies dikwijls niet om alle onzekerheden weg te nemen.

De conceptuele evolutie die het begrip rechtspersoonlijkheid en daaraan verbonden verschijnselen hebben doorgemaakt is uiteraard niet uniek voor Nederland. Over de wederzijdse beïnvloeding van rechtspersoonrecht en verbintenissenrecht in verband met afgeleide schade geleden door aandeelhouders in België, Frankrijk en Nederland raadpleegt men de eveneens in 2004 aan de KU Leuven verdedigde, diepgaande dissertatie van De Marez.¹¹

3. Afgeleide schade

Naar geldend recht staat de vennootschap (nv of bv) los van haar aandeelhouders en moet zij van hen worden onderscheiden. Als een vennootschap schade lijdt, daalt de waarde van haar vermogen en daarmee de waarde van haar aandelen. Een aandeelhouder lijdt hierdoor schade in zijn privévermogen. Omdat deze schade is afgeleid van de door de vennootschap geleden schade wordt zij omschreven als 'afgeleide schade'.¹²

In de oorzaak van de door de vennootschap geleden schade kan een grond liggen voor de vergoedbaarheid daarvan. Een vennootschap kan degene die jegens haar wanprestatie pleegde of onrechtmatig handelde, aanspreken tot vergoeding van schade. Als deze vordering slaagt, wordt de vennootschap gecompenseerd, neemt het vermogen van de vennootschap toe en mogelijk ook de waarde van de aandelen.

Als de individuele aandeelhouder in zo'n geval een vordering tot vergoeding van de schade aan zijn privévermogen kan instellen, zou de veroorzaker van de schade tot tweemaal toe de schade moeten vergoeden en zou de aandeelhouder tweemaal zijn schade vergoed zien: eenmaal direct en eenmaal indirect.

Het is duidelijk dat dit niet de bedoeling kan zijn. Voor een deel legt een aandeelhouder immers zijn vermogensrechtelijke lot in handen van de vennootschap. Betoogd zou kun-

nen worden dat met de 'emancipatie' van de rechtspersoon niet voor niets is voorzien in een instituut dat niet samenvalt met de afzonderlijke personen die hebben bijgedragen en bijdragen aan haar bestaan. Zou schade die de aandeelhouder lijdt doordat schade ontstaat aan het vermogen van de vennootschap voor vergoeding in aanmerking komen, dan betekent dit in feite dat op dit terrein de rechtspersoon en de aandeelhouder niet afzonderlijk van elkaar zouden worden beschouwd. Uit het concept 'rechtspersoon' volgt dan ook dat afgeleide schade in beginsel niet voor vergoeding in aanmerking komt. Dit is ook de benadering die de Hoge Raad in het arrest *Poot/*

5. Kroeze, p. 7.

6. In deze zin de heersende leer, te kennen uit Asser/Van der Grinten/Maeijer 2-II (1997), 113 en Asser/Van der Grinten/Kortmann 2-I (2004), nr. 148.

7. In deze zin Van der Grinten, te kennen uit Asser/Van der Grinten 2-I (1990), nr. 168, Asser/Van der Grinten/Kortmann 2-I (2004), nr. 147 en 148 en Asser/Van der Grinten 2-II (1976), p. 69.

8. HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34, m.nt. CJHB (*Knabbel en Babbel*). Vgl. over de in dit kader gebezigde c.q. verkieslijke terminologie Sieburgh, 'Wat beweegt de buitencontractuele aansprakelijkheid omstreeks 2000?', *WPNR* 2001-6450, p. 585 l.k. en Asser/Hartkamp 4-III (2006), nr. 258.

9. Zie aldus ook HR 2 december 1994, *NJ* 1995, 288, m.nt. Ma (*Poot/ABP*), onder 3.4.1 en de conclusie van A-G Hartkamp voor het arrest onder 9.

10. De Kluiver & Koelemeijer, 1998, a.w., p. 34-36, 37-39.

11. De Marez, *De afgeleide schade van aandeelhouders van een naamloze vennootschap*, a.w. Zie bijv. nr. 137 waarin de auteur aangeeft dat het flagrante gebrek aan inzicht in het begrip rechtspersoonlijkheid tot gevolg had dat aan individuele aandeelhouders een eigen vorderingsrecht tegen bestuurders van de vennootschap werd toegekend zonder dat de grondslag en de aard daarvan werden geduid. Dit veranderde toen men meer inzicht kreeg in het begrip rechtspersoonlijkheid. Vgl. voor het Franse recht De Marez, nr. 148 e.v.

12. Kroeze definieert op p. 17-18 en 379 het begrip afgeleide schade: 'de schade die een aandeelhouder lijdt door een waardevermindering van zijn aandelen, wanneer en voor zover deze waardevermindering het gevolg is van schade die aan de vennootschap is toegebracht.' Hij meent dat het gaat om een feitelijk begrip en niet om een normatief begrip. Zie over dit aspect van Kroeze's betoog de recensie van A.F. Verdam, *NTBR* 2006, p. 101, 103.

ABP heeft gekozen.¹³ Een vergelijkbare redenering geldt als we ons verplaatsen in de positie van de derde die de schade heeft veroorzaakt. De derde neemt deel aan het economisch verkeer door met een rechts-

persoon te handelen; met een afzonderlijke entiteit derhalve en niet met een verzameling aandeelhouders. In de regel bestaat dan ook geen grond om van de derde te vergen dat hij zijn gedrag afstemt op achterliggende, indirecte belangen van aandeelhouders met wie hij geen bijzondere band heeft. De keerzijde hiervan is dat de derde wat betreft zijn verhaalsmogelijkheden in beginsel genoeg moet nemen met het vermogen van de vennootschap.

Kroeze geeft voor het feit dat afgeleide schade in beginsel niet voor vergoeding in aanmerking komt in zijn onderzoek drie categorieën van verklaringen¹⁴, die mijns inziens alle inherent zijn aan het concept 'rechtspersoon' zoals wij dat tegenwoordig kennen.

Hij geeft als eerste de pragmatische verklaring dat een rechtstreekse vordering van de aandeelhouder tot ongewenste gevolgen leidt: de rangorde tussen aandeelhouders en schuldeisers wordt verstoord, de stroom aan procedures wordt oncontroleerbaar, aandeelhouders kunnen hun schade tweemaal vergoed krijgen (eenmaal via de vennootschap en eenmaal rechtstreeks) en schadeveroorzakers moeten onder omstandigheden de veroorzaakte schade tweemaal vergoeden (eenmaal aan de vennootschap en eenmaal aan de aandeelhouder). De tweede verklaring is dat een verschil bestaat in rechtssubjectiviteit tussen de aandeelhouder en de vennootschap. Ten slotte volgt de verklaring die is gelegen in de afgeleide aard van de schade.¹⁵

In het begrip afgeleide schade ligt volgens Kroeze de meest bevredigende dogmatische verklaring voor de regel dat afgeleide schade in beginsel niet voor vergoeding in aanmerking komt. Afgeleide schade is in de regel namelijk geen definitief geleden schade maar een aanvankelijk nadeel. Problemen die ten aanzien van de vergoeding van afgeleide schade bestaan, volgen zijns inziens juist uit dit aanvankelijke karakter.¹⁶ Overigens geeft Kroeze onmiddellijk toe dat de aanvankelijkheid van de afgeleide schade niet ieder probleem verklaart. Ook als de schade definitief wordt, zou de rangorde

tussen aandeelhouders en schuldeisers worden verstoord als de aandeelhouder een vordering tot vergoeding van schade zou kunnen instellen.

De prangende vraag blijft derhalve waarom een aandeelhouder jegens wie een zorgvuldigheidsnorm¹⁷ is geschonden en die daardoor afgeleide schade lijdt tegen de veroorzaking waarvan de geschonden norm beoogde te beschermen, deze schade niet vergoed zou kunnen krijgen.¹⁸

Een verwijzing naar het karakter van het rechtspersonenrecht, meer in het bijzonder de zelfstandigheid van de vennootschap ten opzichte van de aandeelhouder, volstaat daartoe volgens Kroeze niet.¹⁹

Kroeze gaat niet over tot de beantwoording van deze 'waarom'-vraag. Hij gaat op zoek naar een methode om te onderscheiden tussen gevallen waarin de aandeelhouder wél een beroep kan doen op de bescherming van het burgerlijk recht en gevallen waarin hij dat niet kan. De door Kroeze voorgestelde methode is geïnspireerd op de uit het bestuursrecht bekende doorkruisingsleer: 'de werkelijke grond voor afwijzing van de vordering ligt niet in de beteugeling van de expansiedrift van de vordering uit onrechtmatige daad als middel om onrecht te keren, maar in het feit dat de deelrechtsorde die de vennootschap in haar existentie bepaalt en die mede betrekking heeft op de verhouding tussen de bij die vennootschap betrokken organen en personen tot elkaar en tot die vennootschap, door een vordering van de aandeelhouders uit artikel 6:162 BW op onaanvaardbare wijze zou worden doorkruist.' Noch deze omschrijving, noch de uitwerking die aan deze gedachte wordt gegeven, neemt de indruk weg dat het uiteindelijk tóch de verwijzing naar het karakter van het rechtspersonenrecht (daaronder verstaan de zelfstandigheid van de vennootschap) is, die beslissend is voor een afwijzing van een vordering uit onrechtmatige daad. De drie hierboven genoemde categorieën verklaringen weerklinken dan ook²⁰ zonder probleem in de door Kroeze geformuleerde doorkruisingsmaatstaf voor het vennootschapsrecht²¹:

13. HR 2 december 1994, *NJ* 1995, 288, m.nt. Ma (*Poot/ABP*).

14. Kroeze, p. 37 e.v.

15. Vergelijkbare argumenten worden gebruikt in het Amerikaanse en het Duitse recht: p. 299-301.

16. M.J. Kroeze, 'Schade aan aandelen', *WPNR* 1997-6288, p. 723.

17. Kroeze spreekt steeds van 'specifieke zorgvuldigheidsnorm'. Het enthousiasme waarmee in het rechtspersonenrecht de zinsnede 'schending van een specifieke zorgvuldigheidsnorm jegens de benadeelde' is ontwikkeld en – na bekrachtiging daarvan door de Hoge Raad – is ontvangen, wekt verbazing. Het woord 'jegens' drukt immers reeds uit dat het moet gaan om een schending van een zorgvuldigheidsnorm in de relatie tot de desbetreffende benadeelde. In 'jegens' ligt het vereiste van 'specificiteit' besloten. Het woord 'specifieke' voegt derhalve niets toe. Dit wordt overigens in zoverre bevestigd nu in Kroeze's proefschrift niet wordt ingegaan op de inhoudelijke uitwerking van het woord 'jegens' naast het woord 'specifiek'.

18. Het is van belang zich te realiseren dat aan deze voorwaarden niet snel zal zijn voldaan. Zo kan toetsing aan het relativiteitsvereiste uitwijzen dat niet onrechtmatig werd gehandeld jegens de aandeelhouder en/of dat de aard van de schade die hij heeft geleden resp. de wijze waarop deze is veroorzaakt niet onder het beschermingsbereik van de geschonden norm valt. Toch zijn gevallen denkbaar waarin een derde zich wel degelijk bewust moet zijn (en is) van de positie van de aandeelhouder en diens bij de vennootschap betrokken belangen, tegen welke achtergrond op de derde wel een zorgplicht rust jegens de aandeelhouder. Vgl. het in de conclusie van A-G Hartkamp voor HR 2 december 1994, *NJ* 1995, 288, m.nt. Ma (*Poot/ABP*) onder 12c geschetste geval waarin een derde jegens de vennootschap onrechtmatig handelt of wanprestatie pleegt met het vooropgezette doel de aandeelhouder(s) in privé te treffen. Vgl. ook HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000, 699 (*Heino Krause*), waarbij het ging om de vraag of jegens de leden van een coöperatie onrechtmatig was gehandeld. Zie daarover (anders dan de Hoge Raad die geen normschending aannam) Asser/Hartkamp 4-III (2006), nr. 51a en L. Timmerman, 'Hartkamp en afgeleide schade', in: H.J. van Kooten e.a. (red.), *Hartkampvarianties*, Deventer: Kluwer 2006, p. 129-137.

19. Kroeze, p. 42, 43.

20. Aldus ook Kroeze zelf, p. 63: 'De doorkruisingsmaatstaf voor het vennootschapsrecht bevat elementen van alle drie hiervoor genoemde categorieën waarmee de afwijzing van een rechtstreekse vordering voor c.q. rechtstreekse vergoeding van afgeleide schade wordt onderbouwd.' Hoe zich deze opvatting verhoudt tot de visie waarnaar het bij noot 21 behorende deel van het betoog verwijst, is niet duidelijk.

21. Kroeze, p. 63.

‘Een aandeelhouder kan met succes een vordering tot rechtstreekse vergoeding van afgeleide schade instellen indien jegens hem een specifieke zorgvuldigheidsnorm is geschonden, ..., en de vordering tot rechtstreekse vergoeding van afgeleide schade het vennootschapsrecht in een concreet geval niet onaanvaardbaar doorkruist. Van een onaanvaardbare doorkruising is in elk geval sprake (1) indien inbreuk wordt gemaakt op de rangorde tussen die aandeelhouder en een of meer andere belanghebbenden bij het vermogen van de vennootschap waardoor deze belanghebbende(n) in concreto wordt (worden) benadeeld²², (2) indien aannemelijk is dat de aandeelhouder een vergelijkbaar resultaat kan bereiken door gebruikmaking van de bevoegdheden die hij aan het vennootschapsrecht ontleent²³ of (3) indien aannemelijk is dat het toelaten van een vordering tot rechtstreekse vergoeding van afgeleide schade in strijd is met de gerechtvaardigde belangen van de vennootschap, waaronder begrepen moet worden het belang dat de vennootschap heeft om van processueel onhanteerbare situaties gevrijwaard te blijven.’²⁴

Het feit dat de in de doorkruisingsleer gebruikte argumenten vergelijkbaar zijn met de aan het vennootschapsrecht ontleende argumenten die pleiten tegen de vergoedbaarheid van afgeleide schade kan niet veel verbazing wekken, als bedacht wordt dat ook de doorkruisingsleer in het bestuursrecht juist op grond van de eigen aard van het bestuursrecht een stokje steekt voor de mogelijkheid om een vordering in te stellen die berust op het burgerlijk recht.

Kroeze erkent impliciet ook zelf dat juist wél het karakter van het vennootschapsrecht beslissend is. Juist daarom vindt hij zijn in eerdere publicaties²⁵ verdedigde maatstaf volgens welke afgeleide schade voor vergoeding in aanmerking komt als jegens de aandeelhouder een specifieke zorgvuldigheidsnorm is geschonden en als de afgeleide schade geen voorlopig karakter meer heeft, te ruim. Pas als ‘geen sprake is van een ongewenste doorkruising van

het vennootschapsrecht – (...) – verzet niets zich tegen toekenning van rechtstreekse vergoeding van afgeleide schade aan aandeelhouders.’²⁶

Met de introductie van de doorkruisingsleer als onderscheidingsmethode wordt op zich geen antwoord gegeven op de vraag waarom een aandeelhouder jegens wie een zorgvuldigheidsnorm is geschonden en die daardoor afgeleide schade lijdt tegen de veroorzaking waarvan de geschonden norm beoogde te beschermen, deze schade niet vergoed zou kunnen krijgen. Die antwoorden zijn wel te vinden in de onderbouwing van deze leer. Voor het achterhalen van die argumenten had Kroeze mijns inziens ook een eenvoudiger weg kunnen bewandelen.²⁷ Waarom kiest hij ervoor om een probleem van samenloop, waar het hier in feite om gaat, op te lossen door te steunen op een leerstuk waarvan de toepassing in het bestuursrecht dikwijls tot onzekerheid, onduidelijkheid en omstreden resultaten leidt? De gangbare wijze om in gevallen waarin een casus binnen de reikwijdte valt van meer rechtsregels, te beslissen over de toepasselijkheid van die rechtsregels berust op de trits cumulatie (in beginsel worden alle toepasbare regels toegepast), alternativiteit (als cumulatie niet mogelijk is, mag de eiser in beginsel kiezen) en exclusiviteit (als de aard en de strekking van de ene regel de toepasselijkheid van een andere regel uitsluiten, geldt die ene regel exclusief).²⁸ Voor het probleem dat Kroeze wilde onderzoeken (waarom zou een aandeelhouder jegens wie een specifieke zorgvuldigheidsnorm is geschonden en die daardoor afgeleide schade lijdt tegen de veroorzaking waarvan de geschonden norm beoogde te beschermen, deze schade niet vergoed kunnen krijgen) is vooral de vraag naar exclusiviteit van belang. In hoeverre dwingen de aard van het vennootschapsrecht en de regels die daaruit voortvloeien tot exclusiviteit ten opzichte van het burgerlijk recht en zijn regels? Maar ook de keerzijde van deze vraag behoort mijns inziens aandacht: in hoeverre dwingt de bescherming die het burgerlijk recht

aan eenieder beoogt te bieden ertoe grenzen te stellen aan de eventuele exclusiviteit van het vennootschapsrecht?²⁹ Dit vereist een onderzoek naar de grondslagen van het vennootschapsrecht én van het burgerlijk recht en derhalve naar de wortels van het ‘waarom’. Bij de afweging daarvan is niet alleen van belang in hoeverre de aard en de strekking van het vennootschapsrecht door de toepassing van burgerlijk recht ondermijnd zouden worden, maar evenzeer in hoeverre de bescherming die eenieder in beginsel aan het burgerlijk recht ontleent erom vraagt tot expressie te komen. Wat mijns inziens verkeerd is aan de doorkruisingsleer, is dat zij impliciet en ten onrechte uitgaat van de dominantie van een onderdeel van het recht (het burgerlijk recht) om vervolgens argumenten te ontwikkelen die zijn ontleend aan een ander onderdeel

22. Zie het eerdergenoemde eerste aan het concept ‘rechtspersoon’ ontleende argument.

23. Vgl. het eerdergenoemde tweede aan het concept ‘rechtspersoon’ ontleende argument en de uitwerking daarvan door Kroeze op p. 39-43.

24. Vgl. het eerdergenoemde derde aan het concept ‘rechtspersoon’ ontleende argument en de uitwerking daarvan door Kroeze op p. 43-58.

25. Kroeze, ‘Zelfstandige vorderingsrechten van de aandeelhouder voor schade aan het vennootschapsvermogen’, in: De Kluiver & Wouters, *Beginnelsen van vennootschapsrecht in binationaal perspectief*, Antwerpen-Groningen: Intersentia 1998, p. 222-224 en 234.

26. Kroeze, p. 64.

27. Vgl. Verdam, a.w., *NTBR* 2006, p. 103.

28. Zie over deze denkstappen in gevallen van samenloop W. Sniijders, ‘Samenloop van wetsbepalingen in het nieuwe BW’, in: *Speculum Landgemeijer* (1969), Zwolle: Tjeenk Willink 1973, p. 453-471; Brunner, *Beginnelsen van samenloop*, 1984, p. 6, 10-14; Mon. Nieuw BW A-21 (Boukema), nr. 1, 5-7; HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 54, m.nt. CJHB (*Donkers/Scholten*), HR 14 juni 2002, *NJ* 2003, 112, m.nt. JH (*Bramer/Hofman*).

29. Vgl. voor de toepassing van deze gedachte in het geval van confrontatie tussen strafrecht en burgerlijk recht Sieburgh, ‘Wat maakt strafrechtelijk gerechtvaardigd overheidsoptreden onrechtmatig?’, *WPNR* 2002-6473, p. 97 en ‘Een evenwichtige werking van rechtvaardigings- en schuldsluitingsgronden in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht’, *TPR* 2003, p. 647-683. Vgl. ook Verdam, a.w., *NTBR* 2006, p. 106: ‘Kroeze’s pleidooi voor een afgeleide actie (...) is een belangrijke en onmisbare bijdrage in de verdere discussie daarover, waarin evenwel ook de vraag naar het juiste evenwicht tussen het vennootschappelijk belang en het rechtsgevoel van de individuele aandeelhouder aan de orde zal komen.’

van het recht dat ook tot uitdrukking gebracht moet worden. Het gevolg hiervan is dat de vraag wordt gesteld of dat andere onderdeel van het recht onaanvaardbaar zou worden doorkruist indien het gemene en in beginsel voor toepassing in aanmerking komende burgerlijk recht wordt toegepast. Hiermee wordt naar mijn mening te weinig aandacht besteed aan de burgerlijkrechtelijke argumenten die juist pleiten vóór het tot expressie brengen van de bescherming die het burgerlijk recht biedt. De vraag of de voorrang die na toepassing van de doorkruisingsleer wordt gegeven aan het bestuursrecht – en op grond van Kroeze's voorstel gegeven zou moeten worden aan het vennootschapsrecht – leidt tot een onaanvaardbare doorkruising van het burgerlijk recht, blijft aldus onbeantwoord. Als logisch gevolg daarvan wordt wel duidelijk wat vennootschapsrechtelijk tegen de vergoedbaarheid van afgeleide schade is in te brengen, maar blijft onduidelijk of het afwijzen van de vordering eveneens leidt tot een met het commune aansprakelijkheidsrecht consistent resultaat. De inpassing van en aanpassing aan het burgerlijk recht van het op het vennootschapsrecht berustende systeem blijft daardoor achterwege.³⁰

Vermoedelijk zou een dergelijke, meer gebalanceerde benadering, waarbij argumenten uit beide onderdelen van het recht gewogen worden, niet leiden tot volstrekt andere resultaten dan die van Kroeze. Wel wordt voorkomen dat op dit moeilijke terrein zowel praktijk als we-

tenschap massaal struikelen over een volgend scandalum: het invoeren en toepassen van een doorkruisingsleer. Voorts wordt vermeden dat als uitgangspunt geldt dat de rechtsbescherming die het burgerlijk recht in beginsel eenieder beoogt te geven, wordt afgesneden.

Kroeze constateert dat op grond van de doorkruisingsmaatstaf voor uitzonderingen op de in het arrest *Poot/ABP* geformuleerde regel dat afgeleide schade in beginsel niet wordt vergoed, slechts sporadisch ruimte is.³¹ Hij vervolgt met de beschrijving van een aantal gevallen waarin wél reden voor uitzonderingen kan bestaan: 1) als de afgeleide schade van de aandeelhouder definitief is geworden doordat hij zijn aandelen heeft vervreemd aan een andere partij, 2) als de koper of nemer van aandelen achteraf misleid blijkt te zijn door de verkoper, de vennootschap en/of haar bestuurders of commissarissen over de werkelijke waarde van de aandelen (rechtstreekse schade) en waarin de koper of nemer na die aankoop of plaatsing van die aandelen tevens afgeleide schade lijdt omdat de vennootschap schade lijdt en 3) als de aandeelhouder afgeleide schade heeft geleden omdat de vennootschap nadeel heeft ondervonden waarbij wel een specifieke zorgvuldigheidnorm jegens de aandeelhouder is geschonden maar waarbij een dergelijke norm niet jegens de vennootschap is geschonden.

Kroeze geeft aan dat de categorieën 1 en 2 buiten het bereik van de Poot-ABP-regel vallen en daarmee eveneens buiten het bereik van de door hem voorgestelde doorkruisingsleer. De reden daarvoor is dat de geleden schade geen of niet uitsluitend afgeleide schade (meer) is. Wat resteert is de 3e categorie, waarvoor wél een uitzondering op de Poot-ABP-leer gerechtvaardigd zou zijn. Wezenlijk interessant wordt het daarmee naar mijn mening echter niet: ook dit feitencomplex verschilt immers relevant van het Poot-ABP-feitencomplex. Terwijl in het geval Poot-ABP de onrechtmatigheid/wanprestatie jegens de vennootschap een dragende reden was om de vordering van

de individuele aandeelhouder af te wijzen, ontbreekt deze jegens de vennootschap gepleegde onrechtmatigheid/wanprestatie in dit geval juist. De gedraging die het verwezenlijke risico in het leven riep, viel buiten de deelrechtsorde van de vennootschap. Het wekt dan ook geen verwondering dat ten aanzien van deze categorie bij toepassing van de doorkruisingsmaatstaf niets zich tegen de rechtstreekse vergoeding van deze afgeleide schade verzet. Waar geen doorkruising dreigt, gaat uiteraard geen van de aan de doorkruisingsleer ten grondslag liggende gedachten op. Zo is er geen sprake van het gevaar dat de rangorde tussen schuldeisers zou worden verstoord, dat de dader tweemaal moet betalen, dat de aandeelhouder de schade tweemaal vergoed zou kunnen krijgen. Vertaald in termen van samenloop, geldt voor dit geval dat geen sprake is van samenloop. Het feit dat de aandeelhouder afgeleide schade heeft geleden staat hieraan niet in de weg. De vraag naar de vergoedbaarheid daarvan moet derhalve alsnog worden beantwoord in het licht van de op onrechtmatige daad gestoelde vordering van de aandeelhouder – zoals dat bij iedere daarop gestoelde vordering geschiedt.

Al met al wordt voor geen van de genoemde uitzonderingen het mechaniek van de door Kroeze voorgestane doorkruisingsleer in werking gesteld.

Bij de afsluiting van Deel I blijft het antwoord op de vraag waarom een aandeelhouder in bepaalde gevallen wel een vergoeding moet kunnen krijgen onbeantwoord. Hoewel Kroeze meent dat de schade onder omstandigheden vergoedbaar moet zijn, laat hij rusten welke nadere criteria daarvoor zouden gelden resp. aan welke categorieën van gevallen gedacht kan worden.³² Naar mijn mening is dit een, mogelijk ongewild, gevolg van Kroeze's standpunt dat de niet-vergoedbaarheid van afgeleide schade niet kan worden verklaard met een verwijzing naar de in art. 6:162 en 163 BW verwoorde aspecten van de relativiteitsleer.³³ Dit standpunt neemt echter niet weg dat de reden waarom in

30. De Marez, a.w., geeft duidelijk aan dat de vraag naar de vergoedbaarheid van afgeleide schade juist een vraag van algemeen aansprakelijkheidsrecht is. Interessant is, dat toen dit aan het begin van de 20e eeuw (nog) niet onder ogen werd gezien en het concept 'rechtspersoon' nog niet duidelijk was uitgewerkt, de mogelijkheid voor een aandeelhouder om bestuurders van een vennootschap aansprakelijk te stellen juist ruim was (p. 126).

31. Kroeze, p. 73 e.v.

32. Zie voor een aanpak op grond van vijf, tegen elkaar af te wegen, gezichtspunten: Timmerman, a.w., in: *Hartkampvariëties*, 2006, p. 129-137.

33. Kroeze, p. 48-58. Op p. 50 beoogt Kroeze dat de gedachte dat afgeleide schade niet valt onder het beschermingsbereik van een geschonden norm het door art. 6:163 BW beoogde normatieve verband tussen onrechtmatigheid en schade

→

bepaalde gevallen afgeleide schade wel vergoed zou moeten worden, mede gezocht moet worden in de strekking van de te stellen norm. Een daarop betrekking hebbende analyse bevat het onderzoek niet.

In Deel II wordt onderzocht welke mogelijkheden een aandeelhouder heeft om het bestuur van de vennootschap te nopen tot het instellen van een vordering of op andere wijze te bewerkstelligen dat de vennootschap een vordering instelt. Het uitgangspunt daarbij is dat het vennootschapsrecht behoefte heeft aan een afgeleide actie. De vraag is welke vorm en inhoud daaraan gegeven zouden moeten worden.

4. Afgeleide actie

De beperkte mogelijkheid voor de aandeelhouder om afgeleide schade rechtstreeks vergoed te krijgen en het beperkte arsenaal dat een aandeelhouder heeft om het bestuur van een vennootschap ertoe te nopen een vordering in te stellen tot vergoeding van (rechtstreekse) schade door de vennootschap vormt de opmaat van het tweede deel van het boek. Daarin wordt onderzocht in hoeverre het Nederlandse vennootschapsrecht behoefte heeft aan een, naar geldend recht nog niet bestaande, afgeleide actie. Anders dan het vermoeden dat in deel I is gewekt, richt dit onderzoek zich op de preventieve functie van een dergelijke actie. Voor de vergoeding van afgeleide schade is een bijrol weggelegd.

De beantwoording van de vraag naar de behoefte aan een afgeleide actie verankert Kroeze in het karakter van de vennootschap (met name de bestuurlijke aspecten daarvan), waarbij hij ook aandacht schenkt aan de sociaal-psychologische verhoudingen tussen de bestuurders van een vennootschap (15 p.) en voorts aan de rechtseconomische aspecten van de bescherming van minderheidsbelangen (7 p.). Het uitgangspunt is dat het bestuur van een vennootschap binnen de formeel-juridische grenzen van zijn bevoegdheid zelfstandigheid en beleidsvrijheid heeft bij de vervulling van zijn taken. Om een vennootschap doeltreffend te besturen moeten bestuurders flexibel

kunnen optreden en gebruik kunnen maken van hun kwaliteiten. Wie goed onderneemt, neemt risico's. Als die risico's zich in negatieve zin verwezenlijken is niet gezegd dat verkeerd is bestuurd.

Het is dan ook in vele gevallen niet wenselijk dat aandeelhouders het bestuur van de vennootschap kunnen nopen tot het instellen van een vordering. Zo kan het belang van een individuele aandeelhouder niet stroken met het belang van de rest van de aandeelhouders c.q. de overige bij de vennootschap betrokken belanghebbenden. Ook kan het belang van de vennootschap als geheel zich tegen het instellen van een vordering verzetten. Beslissingen hierover worden genomen door het bestuur dat bovendien over beleidsvrijheid beschikt.

Het primaat van de bestuurlijke zelfstandigheid en beleidsvrijheid kan in twijfel getrokken worden als de in te stellen vordering is gericht tegen een (oud-)bestuurslid, een (oud-)commissaris of een nauw bij de vennootschap (en haar bestuur) betrokken derde. De (op zichzelf positief te beoordelen) onderlinge persoonlijke banden en het collectieve normatieve kader die tijdens de samenwerking tot stand komen, staan in de weg aan een objectieve en onafhankelijke besluitvorming binnen het bestuur en de raad van commissarissen over het instellen van vorderingen tegen (oud-)bestuurders, (oud-)commissarissen en nauw verbonden derden.³⁴ Het recht moet niet voorbij gaan aan 'the social nature of humans'. Daarmee is een rechtvaardiging gevonden om in dergelijke gevallen aandeelhouders meer mogelijkheden toe te kennen om het instellen van een vordering door de vennootschap te bewerkstelligen. Dit leidt tot een betere handhaving van vennootschapsrechtelijke normen en draagt daarmee volgens een beknopte greep uit 'recente rechtseconomische studies' bij aan efficiënte en goed ontwikkelde kapitaalmarkten. De stelligheid van de bewering en de beperkte omvang van het materiaal waarop de rechtseconomische escapade berust, roepen vragen op die ik niet kan beantwoorden: wat verstaan rechts-economen onder 'efficiënte en goed

ontwikkelde kapitaalmarkten', wat zijn de daarvoor geldende parameters en hoe wordt vastgesteld of een kapitaalmarkt voldoet aan die epitheta? Gaan deze onderzoeken uit van een bestaande kapitaalmarkt (bijvoorbeeld de Amerikaanse) die, gegeven haar eigen aardigheden, efficiënter en beter ontwikkeld zal zijn als het minderheidsbelang kan worden beschermd, of is dit een universeel onderzoeksresultaat dat zonder meer op de volstrekt onvergelykbare Nederlandse kapitaalmarkt van toepassing kan worden verklaard? En waarom geeft Kroeze de voorkeur aan de rechtseconomische argumenten die pleiten voor de bescherming van een minderheidsbelang, zonder de door hem zelf weergegeven rechtseconomische argumenten die daartegen pleiten beredeneerd te verwerpen?

Kroeze neemt voor het vervolg van zijn onderzoek als uitgangspunt dat de afgeleide actie naar Nederlands recht moet worden ingevoerd.³⁵ De rechtsvergelijkende hoofdstukken dienen als bron voor ondersteunende argumenten voor (en tegen) de afgeleide actie en leveren bovendien informatie over de wijze waarop de afgeleide actie gestalte kan worden

- miskent. Ik kan hem in dat betoog niet volgen. Het is namelijk zeer goed denkbaar dat een gedraging jegens een persoon ten aanzien van een bepaalde soort schade onrechtmatig is terwijl zij dat ten aanzien van een door dezelfde persoon geleden, andere soort schade niet is. Vgl. HR 7 mei 2004, *RodW* 2004, 67 (*Duwbak Linda*) en Asser/Hartkamp 4-III (2006), nr. 98a.
34. Op p. 128 beschreven als: een derde die in nauw verband staat met een of meer bestuurders of commissarissen. Daarbij valt te denken aan een bestuurder of commissaris die tevens als leverancier (of als bestuurder, commissaris of aandeelhouder van de leverancier) in een contractuele relatie met de vennootschap staat of als de derde familie is van een van de bestuurders of commissarissen.
35. Met de keuze voor deze benadering wijkt Kroeze, zoals hij ook zelf aangeeft, af van hetgeen hij in eerdere publicaties heeft verdedigd. Hij herzielt zijn vroegere opvatting dat invoering van een afgeleide actie voor het Nederlandse recht niet zinvol is (aldus nog Kroeze, 'Zelfstandige vorderingsrechten van de aandeelhouder voor schade aan het vennootschapsvermogen', in: De Kluiver & Wouters, *Beginselen van vennootschapsrecht in binationaal perspectief*, Antwerpen-Groningen: Intersentia 1998, p. 230).

gegeven en kan worden voorzien van de nodige waarborgen.³⁶ Deze aanpak kiest Kroeze mede op grond van zijn conclusie dat van het bewandelen van andere wegen dan die van de afgeleide actie onvoldoende heil verwacht kan worden.³⁷

Na behandeling van de afgeleide actie in Nederlandse wetsontwerpen en de *actio popularis* in de Gemeentewet, volgen de afgeleide actie in het Amerikaanse recht en in het Duitse recht en behandeling van de *Societas Europaea* en de ontwerp-vijfde richtlijn. Omdat Kroeze zelf de meeste inspiratie ontleent aan het Amerikaanse systeem, beperk ik mij hierna tot de weergave van een selectie uit de aan het Amerikaanse recht ontleende gegevens.³⁸

De behandeling van het Amerikaanse recht staat in het teken van de vraag welke mogelijkheden aandeelhouders van een Amerikaanse vennootschap hebben om schade vergoed te krijgen die zij via de vennootschap aan hun aandelen hebben geleden. Benaderd vanuit een 'andere invalshoek' zou het gaan om de mogelijkheden die aandeelhouders hebben om te bewerkstelligen dat een vordering van de vennootschap wordt ingesteld.³⁹ Nauwkeurige lezing van Kroeze's eerdere hoofdstukken leert mijns inziens dat het hier veeleer gaat om de beantwoording van twee te onderscheiden vragen: kan een aandeelhouder direct een vordering instellen tot vergoeding van door hem geleden afgeleide schade én heeft een aandeelhouder een middel om de vennootschap te

nopen tot het instellen van door de vennootschap geleden directe schade.

Of de vennootschap verplicht kan worden een actie in te stellen hangt mede ervan af of het bestuur van de vennootschap iets verkeerd doet als het dat zou nalaten. De maatstaven die in dat verband gelden voor het handelen van de *directors* (bestuurders), worden ontleend aan het vertegenwoordigings- en trustrecht. De maatstaven geldend voor het handelen van de *officers* (werknemers van de vennootschap die verantwoordelijk zijn voor het dagelijks bestuur en door de *board of directors* worden benoemd) zijn ontleend aan de lastgeving. Voor zowel *directors* als *officers* geldt dat tussen hen en de vennootschap een vertrouwensrelatie bestaat die de geldende zorgvuldigheidsnorm inkleurt. Deze kent twee aspecten; het ene ziet op de zorgvuldigheidsplicht (*duty of care* – inhoudende dat gehandeld moet worden op een wijze die een persoon in dezelfde positie onder gelijke omstandigheden redelijkerwijs passend zou mogen vinden (*would reasonably believe appropriate*)), het andere op de loyaliteitsplicht (*duty of loyalty* – inhoudende dat de *director* bij tegenstrijdige belangen zijn persoonlijke belang altijd ondergeschikt dient te maken aan dat van de vennootschap). Succesvol ondernemerschap berust op creativiteit en is per definitie niet risicoloos. Om te vermijden dat ondernemers voor iedere, achteraf gebleken, ongelukkige beslissing aansprakelijk gehouden kunnen worden, kent het Amerikaanse recht de *business judgment rule*: vermoed wordt dat *directors* bij het nemen van een beleidsbeslissing goed geïnformeerd en te goeder trouw handelen en dat zij in de volle overtuiging waren dat hun beslissing in het belang van de vennootschap was. Voorts houdt de *business judgment rule* in dat de rechter beleidsbeslissingen niet zomaar kan herzien.⁴⁰

Een vordering ter vergoeding van schade geleden door de vennootschap wordt ingesteld door de *officers* die daartoe opdracht kunnen krijgen van de *board of directors*.

Evenals naar Nederlands recht, kan een vennootschap besluiten geen vordering in te stellen. Anders dan in Nederland heeft de meerderheid in de algemene vergadering van aandeelhouders niet de mogelijkheid het bestuur van de vennootschap te ontslaan; een pressiemiddel om het bestuur ertoe te bewegen een vordering tot schadevergoeding in te stellen. Omdat aandeelhouders in veel gevallen ook *officer* of *director* zijn, zullen aandeelhouders nog minder aandrang voelen de vennootschap aan te sporen tot het instellen van een vordering. De penibele situatie waarin de minderheidsaandeelhouder aldus verkeert als hij vindt dat de vennootschap stappen moet ondernemen, is in de VS erkend. Zij heeft ertoe geleid dat in de rechtspraak de *derivative suit* is ontwikkeld. De *derivative suit* wordt ingesteld door een aandeelhouder op eigen naam ten behoeve van de vennootschap en heeft als doel dat de door de vennootschap geleden schade wordt vergoed. De vennootschap is in deze procedure formeel een van de gedaagden. Indien de procedure tot vergoeding van schade leidt, komt deze als regel ten goede aan de vennootschap. Het voordeel hiervan is dat wordt vermeden dat individuele aandeelhouders oncontroleerbare stromen procedures initiëren, dat de rangorde tussen aandeelhouders en schuldeisers van de vennootschap niet wordt aangetast, dat aandeelhouders onderling gelijk opgaan bij vergoeding, dat dezelfde schade niet tweemaal wordt vergoed en dat de bevoegdheid van het bestuur het vennootschapsvermogen zo aan te wenden als hem goeddunkt niet wordt ondermijnd.

De *derivative suit* is een vordering van de aandeelhouder tegen *directors*, *officers* of derden die dient te worden onderscheiden van een eigen rechtstreekse vordering van de aandeelhouder. Een duidelijke maatstaf om te bepalen welke vordering de aandeelhouder zou moeten instellen is er niet. Uit de rechtspraak destilleert Kroeze dat op grond van de zogenoemde *personal injury test* de aandeelhouder een rechtstreekse vordering heeft indien de door de

36. Zie p. 297, 298.

37. In hoofdstuk 5 heeft hij een aantal eventueel te gebruiken bestaande mogelijkheden (ontslagbevoegdheid van de algemene vergadering van aandeelhouders, besluit van de avo tot instelling van een vordering, enquêterecht, aantasting van besluiten, een vordering tot het instellen van een vordering, conservatoir derdenbeslag, zaakwaarneming en bewerkstelling faillissement) behandeld. Deze mogelijkheden bieden echter niet de oplossing die Kroeze wil bereiken.

38. In hoofdstuk 9 vindt de lezer een zeer informatieve vergelijking van de Nederlandse en Amerikaanse vennootschapsrechtelijke orde.

39. Kroeze, p. 183.

40. Zie over de *business judgment rule* ook M.J. Kroeze, 'Bange bestuurders', rede Erasmus Universiteit Rotterdam, te kennen uit *Ondernemingsrecht* 2006, p. 11.

aandeelhouder geleden schade losstaat en te onderscheiden is van de door de vennootschap geleden schade⁴¹ óf als degene die de schade toebrengt aan de vennootschap (en daarmee aan de aandeelhouder) een bijzondere verplichting (*special duty*) in acht moest nemen jegens de aandeelhouder. Met betrekking tot dit laatste aspect is interessant dat op grond daarvan ook indirect door de aandeelhouder geleden schade voor vergoeding in aanmerking komt. Na bespreking van een aantal formele aspecten (vereisten voor het instellen, beëindiging, vergoeding van schade en proceskosten) volgt de behandeling van het nut van de *derivative suit*. Waar dit oorspronkelijk was gelegen in een compensatoire en een preventieve functie, lijkt het nut van de (bekritiseerde) actie tegenwoordig met name preventief. Een rechtseconomische bron betoogt dat de *derivative suit* voorziet in toezicht op en handhaving van verplichtingen van het management jegens de vennootschap. Deze particuliere vorm van toezicht en handhaving is zowel wat betreft inhoud als kosten effectiever dan toezicht en handhaving van overheidswege zouden zijn. Een particulier laat zich bij het instellen van een vordering immers meer dan de overheid leiden door een afweging van voor- en nadelen. Hierin is overigens ook de zwakte gelegen van het preventieve nut: veelal eindigt een procedure in een schikking omdat dit voor een particulier financieel voordeliger is dan verder procederen over de principiële kwestie. Daaraan valt mijns inziens toe te voegen dat optreden van overheidswege wellicht niet altijd kostenefficiënt is, maar wel wordt gestuurd door de minstens even zwaarwegende vraag of er het privébelang overstijgende, principiële redenen zijn voor het houden van toezicht. Dat in een concreet geval het toezicht meer kost dan het oplevert, wil niet zeggen dat dit toezicht ten aanzien van toekomstige gevallen geen preventieve werking heeft en zo bezien niet tóch efficiënt is. Dit gezichtspunt weegt des te zwaarder, nu Kroeze zelf aangeeft dat de drijfveer van een individuele aandeelhouder om een afgeleide ac-

tie in te stellen, in het algemeen het vooruitzicht van schadevergoeding zal zijn.⁴² Het is voor twijfel vatbaar of, gegeven deze drijfveer, de voor Kroeze zwaarwegende preventieve functie van de afgeleide actie in praktijk verwezenlijkt zal worden.

5. Afgeleide schade en afgeleide actie

In zijn rechtsvergelijkende analyse richt Kroeze zich vooral op de in Nederland onderbelichte tweede regel van de *personal injury test*: de vraag of degene die schade toebrengt een specifieke plicht (*special duty*) in acht moet nemen jegens de aandeelhouder. Hierbij vindt hij steun in het Amerikaanse recht en ook in het Duitse recht dat de zogenoemde *Gesellschafterfreundliche Durchgriff* kent. Dit leerstuk is in Duitsland beperkt tot de eenpersoonsvennootschappen en houdt in dat een aandeelhouder een eigen vordering toekomt indien een specifieke rechtsplicht jegens hem is geschonden in een andere hoedanigheid dan die van aandeelhouder. Indien de schade wordt vergoed, vloeit deze in het vennootschapsvermogen. Kroeze betoogt dat de door hem verdedigde doorkruisingsmaatstaf het equivalent is van de tweede regel van de *personal injury test* en in het verlengde daarvan dat deze maatstaf kan dienen om te beoordelen of afgeleide schade voor rechtstreekse vergoeding in aanmerking komt. Het Amerikaanse recht verschilt in zoverre van het Nederlandse en Duitse recht, dat het oogmerk om de aandeelhouder via de vennootschap schade te berokkenen in de Verenigde Staten niet noodzakelijk inhoudt dat is voldaan aan de *personal injury test*. De reden die Kroeze hiervoor suggereert is dat het Amerikaanse recht de *derivative suit* kent. Deze neemt de noodzaak tot het instellen van een eigen vordering weg – en daarmee klaarblijkelijk tevens de onrechtmatigheid. Op dit laatste gaat Kroeze niet in. Het maakt zijn argument echter niet aantrekkelijk, omdat het impliceert dat de in het vennootschapsrecht bestaande procesgang als rechtvaardigingsgrond geldt. Aantrekkelijker is een benadering waarbij de onrechtmatigheid

niet vervalt, maar waarbij een vordering tot schadevergoeding niet wordt toegewezen omdat vergoeding van schade mogelijk is via de vennootschap en dit een exclusief werkende oplossing is.

Kroeze stelt dat de afgeleide actie in Nederland moet worden ingevoerd. De functie daarvan is vooral gelegen in het bieden van een waarborg voor goed beheer door handhaving (en daarmee betere naleving) van aansprakelijkheidsnormen die zien op de taakvervulling van het management van vennootschappen. Dat aan de preventieve werking van de afgeleide actie doorgaans vergoeding van schade is gekoppeld, is 'mooi meegenomen'. Uitgaande van de preventieve functie die de afgeleide actie in het Nederlandse recht kan vervullen, werkt Kroeze de wijze waarop aan deze actie vorm en inhoud gegeven zou moeten worden, zorgvuldig uit. Hij doet dit tegen de achtergrond van aan de afgeleide actie mogelijk verbonden voor- en nadelen en met inachtneming van de organisatiestructuur van Nederlandse vennootschappen en van de overige mogelijkheden die aandeelhouders hebben om op te treden tegen het management van de vennootschap. Dit leidt ertoe dat de in het proefschrift gedane aanbevelingen voor een afgeleide actie uitmonden in een actie die is toegesneden op het geldende Nederlandse recht en een beperkter bereik heeft dan de Amerikaanse *derivative suit*. De voor Nederland voorgestelde afgeleide actie kan slechts worden ingesteld tegen een (oud-)bestuurder, een (oud-)commissaris en/of een nauw verbonden derde. Wat niet duidelijk wordt, is waarom Kroeze, die meent dat de minderheidsaandeelhouder te weinig middelen heeft om op te treden tegen een bestuurder om hem te dwingen tot het instellen van een vordering, de oplossing zoekt in de introductie van een afgeleide actie op grond waarvan de aandeelhouder

41. Aan dit deel van de *personal injury test* is tot nu toe in de Nederlandse rechtspraak en literatuur aandacht besteed. Het tweede deel van de test kreeg nog geen aandacht. Zie p. 303.

42. Kroeze, p. 343.

zich tot een derde kan wenden. Zoals reeds aangegeven heeft de derde, ongeacht of hij 'nauw verbonden' is, in beginsel niets met de aandeelhouders te maken en kan hij jegens de aandeelhouders geen enkel recht geldend maken. Als hij dan wel zou worden belast met de gevolgen van de interne problemen tussen minderheidsaandeelhouders en bestuurders, behoeft dit rechtvaardiging. Ik zie die rechtvaardiging niet onmiddellijk en Kroeze draagt haar ook niet aan. Bovendien, als op dit moment binnen de interne verhoudingen van het vennootschapsrechtelijke bestel inderdaad te weinig mogelijkheden zouden bestaan om op te treden tegen de bestuurders, ligt het dan niet in de rede om de oplossing in de eerste plaats te zoeken in een uitbreiding van die mogelijkheden?⁴³ Dat past ook beter bij de gedachte dat de bestuurder die ten onrechte geen vordering instelt jegens een derde, jegens de aandeelhouder tekortschiet als vertegenwoordiger en aldus wanprestatie pleegt.⁴⁴

Voorts is het spijtig dat Kroeze niet bespreekt hoe de verwachtingen die hij heeft van de afgeleide actie zich

verhouden tot de constatering van De Marez in zijn eerdergenoemde dissertatie dat de minderheidsacties zoals het Belgische en Franse recht die kennen, in de praktijk niet werken.⁴⁵

6. Terug- en vooruitblik vanuit wisselende perspectieven

Werpt men na lezing van het proefschrift van Kroeze een blik terug op hetgeen hij in vrij algemene bewoordingen ten aanzien van de afgeleide schade en de afgeleide actie betoogt, dan valt op dat hij er bij de behandeling van die thema's op is gericht een oplossing te zoeken voor gevallen waarin een aandeelhouder indirecte schade lijdt die samenhangt met wangedrag van een (oud-)commissaris, (oud-)bestuurder of een bij de vennootschap betrokken derde. Daarmee is het bereik van zijn onderzoek en met name van de daarin voorgestelde aanpak beperkter dan de in deel I opgeworpen vraag waarom een aandeelhouder jegens wie een zorgvuldigheidsnorm is geschonden en die daardoor afgeleide schade lijdt tegen de veroorzaking waarvan de geschonden norm beoogde te beschermen, deze schade niet vergoed zou kunnen krijgen, deed vermoeden.

Bovendien is tijdens de zoektocht naar een oplossing, de focus van het onderzoek veranderd. In deel I

vormt de door de aandeelhouder geleden afgeleide schade de rode draad. Zoekend naar een methode om in uitzonderingsgevallen tot (indirecte) vergoeding van indirect geleden schade te komen, raakt Kroeze in deel II verwickeld in een aanpak die niet in de eerste plaats is gericht op compensatie van schade maar op handhaving van voor het management van een vennootschap geldende gedragsnormen. Dat de door hem gevonden aanpak een compenserende functie kan hebben, verandert in een bijzaak die 'mooi meegenomen is'.

De wisseling van perspectief die schuilgaat achter de twee delen waaruit het boek is opgebouwd, brengt mee dat het boek een aantal van de daarin opgeworpen vragen beantwoordt, een aantal andere onbeantwoord laat en aan de bron staat van, wellicht onvermoede, nieuwe vragen en discussies. Aldus voldoet het onderzoek niet aan de hermetisch sluitende wetten der moderne methodologie. Voor het recht als levend organisme is het desalniettemin waardevol dat de wisseling van invalshoek de onderzoeker de vereiste ruimte heeft verschaft om het Nederlandse recht te voorzien van nieuwe impulsen en aanzet tot voortschrijdende inzichten.

Carla Sieburgh
Nijmegen/Den Haag, juli 2006

43. Verdam, a.w., *NTBR* 2006, p. 106.

44. Verdam, a.w., *NTBR* 2006, p. 105 somt een aantal vennootschapsrechtelijke bezwaren op tegen de door Kroeze voorgestelde afgeleide actie.

45. De Marez, a.w., nr. 118, 181, 224.