

Reactie

Reactie op “Wat wil deze advocaat-generaal?” van prof. mr. L. Timmerman in WPNR 2017/7140

Over een pragmatische beoefening van het ondernemingsrecht, een terughoudende toetsing en aansluiting op de economische realiteit

1. Inleiding

In WPNR 2017/7140 (‘Wat wil deze advocaat-generaal?’)¹ omschreef advocaat-generaal Timmerman dat hij wil dat zijn ‘conclusies goed aansluiten op de economische realiteit’. Hij stelde daartoe dat ‘zich juist aan het ondernemingsrecht de werkelijkheid van het economisch leven opdringt’ en dat het ondernemingsrecht een ‘open rechtsgebied’ is ‘dat ruimte laat voor allerlei invloeden’. De economische werkelijkheid zou ook tot gevolg hebben dat de rechter het beleid van het bestuur ‘terughoudend dient te toetsen’. In dat verband zou de rechter ‘vrijheid moeten wagen’, bijvoorbeeld ‘via het idee dat een bestuurder alleen in geval van ernstig verwijt jegens een derde aansprakelijk is’. In dit verband stelde Timmerman later dat deze zogenoemde ernstigverwijtmaatstaf (hierna: de **maatstaf**) leidt tot een beperkte toetsing van bestuurlijk gedrag.² Het idee van het aansluiten bij de economische werkelijkheid sprak Timmerman ook aan, ‘omdat het tot vernieuwing van het vennootschapsrecht kan leiden’. Er zijn nog maar ‘weinig heilige huisjes in het Nederlandse ondernemingsrecht’, aldus Timmerman die zijn bijdrage in WPNR 2017/7140 afslot met de boodschap: “*ik sta voor een pragmatische beoefening van het ondernemingsrecht*”. Wat hij daarmee bedoelde, blijkt onder meer uit een van zijn eerdere publicaties: “*Bij de beoefening van het ondernemingsrecht laat ik mij ook graag door beginselen of grondslagen leiden en minder door vaste regels. Ik houd van een kneedbaar en flexibel ondernemingsrecht dat rekening kan houden met de veranderende maatschappelijke werkelijkheid. Dat is makkelijker te bereiken met “principles”, die immers buigzaam zijn (...) dan met dogmatiek, die vaak star is.*”³ In de recente najaarsbijeenkomst van 23 november 2017 van de *Vereniging Corporate Litigation* (hierna de: **najaarsbijeenkomst VCL 2017**) herhaalde hij in zijn voordracht met als titel “*Hoe kan de rechter in zijn uitspraken het verwijt van judging by outcome verhinderen*” de rechtelijke toetsingsvrijheid en het hanteren van de term ‘ernstig verwijt’, die daaraan invulling zouden moeten geven. In deze bijdrage reageer ik op de stellingen van Timmerman.

2. Pragmatisme en (economische) werkelijkheid

Vooropgesteld moet worden dat de (economische) werkelijkheid waarin bestuurders opereren complex is. Een pragmatische beoefening van het recht houdt in mijn ogen in dat deze complexe (economische) werkelijkheid door middel van door de rechter op basis van de wet te stellen regels wordt geordend. Anders gezegd: door het recht te verfijnen worden normatieve kaders verduidelijkt. Dat is pragmatisch. De vraag is of het hanteren van de maatstaf als een dergelijke rechtsverfijning en dus als pragmatisch kan worden aangemerkt. Vastgesteld moet worden dat de maatstaf door velen onduidelijk wordt gevonden.⁴ Ook Timmerman heeft het over een begrip met een “*samengesteld*” en “*complex karakter*”.⁵ De maatstaf en de onderbouwing ervan hebben de afgelopen twee decennia voorts vooral tot semantische en rechtstheoretische discussies geleid. Is het een schuldmaatstaf, een toerekeningsmaatstaf, een toetsingsnorm⁶ en wat wordt

1. L. Timmerman, ‘Wat wil deze advocaat-generaal?’, WPNR 2017/7140, p. 194.
2. L. Timmerman, ‘Medische Beroepsbeoefenaars’, in: Assink e.a. (red.), *De vele gezichten van Maarten Kroeze’s ‘bange bestuurders’* (IVOR nr. 104), Deventer: Kluwer 2017, p. 331-339, par. 5.
3. L. Timmerman, ‘Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid’, in: Van Solinge e.a., *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen* (VDHI nr. 140), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 25-40, zoals eerder verschenen in WPNR 2016/7105, p. 324-33, par. 1 (het citaat komt hieruit).
4. Vgl. B.F. Assink, ‘De Januskop van het ondernemingsrecht – Over facilitering en regulering van ondernemerschap’, *Ondernemingsrecht* 2010/50, par. 55 e.v.: “*Dit begrip, dat sinds 1997 aan een gestage opmars bezig is in het Nederlandse ondernemingsrecht en door de Hoge Raad vereist wordt voor het aannemen van persoonlijke aansprakelijkheid, is notoir onduidelijk*” en “*Vragen, vragen, vragen; de literatuur is overvloedig en de Hoge Raad geeft het antwoord niet*”.
5. Timmerman, VDHI 2017, nr. 140 en WPNR 2016/7105, par. 6.
6. Zie Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/200; D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid. Een maatpak voor de Board Room*, diss. Rotterdam (IVOR nr. 73), Deventer: Kluwer 2010, p. 23-24, 28, 30 en 49; L. Timmerman, ‘Naar geïntegreerde bestuurdersaansprakelijkheid?’, in: P. Essers, G. Raaijmakers en G. van der Sangen e.a. (red.), *Met Recht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 481 e.v. L. Timmerman, ‘Grondslagen van geldend ondernemingsrecht’ (oratie Rotterdam), *Ondernemingsrecht* 2009/2, nr. 31 en 32; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/446-448; B.F. Assink en P.D. Olden, ‘Over bestuurdersaansprakelijkheid – De reikwijdte van de maatstaf ‘ernstig verwijt’, vrijetekening en vrijwaring nader bezien’, *Ondernemingsrecht* 2005, afl. 1, p. 9-16; Asser/Maeijer 2-III 2000/321.

bedoeld met een ('hoge') 'drempel' voor aansprakelijkheid?⁷ Is het nu pragmatisch om een maatstaf te hanteren die tot zo veel discussie en onduidelijkheid leidt?⁸ In dit verband moet onderkend worden dat de argumenten om de maatstaf te hanteren⁹ zijn gebaseerd op uitgangspunten die de wetgever in 1983/1984, en dus ver voordat de maatstaf in 1997 in de rechtspraak¹⁰ zijn intrede deed, al had meegewogen en had geïncorporeerd in de beoordeling van de vraag wanneer van 'onbehoorlijke taakvervulling' in de zin van art. 2:9 BW kan worden gesproken.¹¹ De maatstaf voegt daar dus niets aan toe. Een bestuurder was ook voor de maatstaf niet 'zomaar' aansprakelijk jegens de rechtspersoon op grond van art. 2:9 BW. Voor aansprakelijkheid jegens derden op grond van art. 6:162 was dat niet anders als gevolg van de eveneens al veel langer geleden in de wet neergelegde beginselen van rechtspersoonlijkheid en rechtssubjectiviteit. De maatstaf heeft dus niet een 'hogere drempel' voor aansprakelijkheid met zich gebracht en er bestond dus ook geen 'lagere drempel' vóór het moment dat de maatstaf in de arresten *Willems/NOM*¹² en *Hezemans Air*¹³ en *RCI/Kastrop*¹⁴ werd onderbouwd als een 'hoge drempel' voor interne respectievelijk externe aansprakelijkheid. Ik ben op al het voorgaande al uitvoerig ingegaan in mijn proefschrift en in mijn eerdere publicaties,¹⁵ dus ik ga dat hier niet opnieuw uitdiepen. In het kader van de vraag of het hanteren van de maatstaf pragmatisch is, concludeer ik echter dat de maatstaf in spreekwoordelijke zin is te vergelijken met het plaatsen van een tweede stoplicht naast een eerste stoplicht dat al jaren prima functioneerde, met het argument dat daarmee ongelukken worden voorkomen terwijl bij het eerste stoplicht nooit ongelukken zijn gebeurd. Het tweede stoplicht lijkt nu te worden verdedigd als pragmatisch, terwijl het tweede stoplicht dat niet is. Het leidt juist tot (verkeers)onveilige situaties: de oversteker moet naar beide lichten kijken alvorens over te steken en wat gebeurt er als de stoplichten niet exact hetzelfde doen? Tegelijkertijd wordt te weinig aandacht besteed aan de taak van de rechter om de open norm van art. 2:9 BW en art. 6:162 BW in concrete gevallen in te vullen en verfijndere rechtsregels te formuleren,¹⁶ terwijl dat laatste in mijn ogen juist wel pragmatisch zou zijn.

3. Ondernemingsrecht ziet veelal op interne verhoudingen en is van dwingend recht

De voornoemde invulling van open normen dient te geschieden binnen de kaders die de wetgever gesteld heeft. Met de stellingen van Timmerman dat het ondernemingsrecht een 'open rechtsgebied' is 'dat ruimte laat voor allerlei invloeden', wordt ruimte gecreëerd om buiten die kaders te treden. Het ondernemingsrecht is evenwel juist

aan te merken als een gesloten rechtsgebied dat ex art. 2:25 BW van dwingend recht is. Dat brengt met zich dat de wetgever verwacht dat de rechter dat recht toepast. Het laat daarmee weinig ruimte voor 'allerlei invloeden'.¹⁷ Ik vraag

7. Hoog ten opzichte van wat? HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286 m.nt. Maeijer (*Beklamel*) dat dateert van ca. 8 jaar voordat de maatstaf werd geïntroduceerd, maar nog steeds geldt en wordt herhaald in HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659 (*Ontvanger/Roelofsen*), laat bovendien juist zien dat soms een 'lagere drempel' geldt voor de bestuurder omdat hij over geobjectiveerde kennis geacht wordt te beschikken en dat is gelet op de bewaarnemersrol van de bestuurder ook relevant voor de verhouding jegens derden. Zie Westenbroek, *IVOR* 2017, nr. 108, p. 424-436, par. 10.8.
8. Westenbroek, *IVOR* 2017, nr. 108, par. 5.6, par. 10.2.5 en par. 10.2.6.
9. Namelijk, dat een bestuurder beleidsvrijheid heeft en moet kunnen ondernemen, dat de bestuurder niet met hindsight bias moet worden beoordeeld en dat de rechter niet op de stoel van de bestuurder moet plaatsnemen. Zie Timmerman, *WPNR* 2017/7140, p. 194; Timmerman, *VDHI* 2017, nr. 140 en *WPNR* 2016/7105, par. 2.
10. HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Staleman/Van de Ven*).
11. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 3-4 en 20: "(...) de rechter [moet] uiteraard steeds rekening houden met alle omstandigheden van het geval en tot een redelijk en billijk oordeel komen. Van de rechter kan echter niet worden gevraagd dat hij op de stoel van de ondernemer plaats neemt. Daarnaast moet worden bedacht dat de grens tussen onbehoorlijk bestuur en bestuur dat weliswaar nadelig voor de vennootschap en haar schuldeisers is uitgepakt, doch dat niet als onbehoorlijk bestuur mag worden aangemerkt, niet steeds even gemakkelijk is te trekken."; *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 9, p. 2: "wijsheid achteraf [is] daarbij uit den boze".
12. HR 20 juni 2008, *NJ* 2009, 21 m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Sniijders (*Willemsen/NOM*).
13. HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 21 m.nt. P. van Schilf-gaarde en *JOR* 2014/296 m.nt. M.J. Kroeze (*Hezemans Air*).
14. HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 22 m.nt. P. van Schilf-gaarde en *JOR* 2014/325 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*RCI/Kastrop*).
15. W.A. Westenbroek, 'Metaalmoetheid na 88 jaar 'externe' bestuurdersaansprakelijkheid en Spaanse Villa, het is tijd voor herbezinning: laat de ernstig verwijt maatstaf los', *Ondernemingsrecht* 2015/69, afl. 11, p. 353 e.v.; W.A. Westenbroek, 'Externe bestuurdersaansprakelijkheid, rechtspersoonlijkheid en toerekening', *Ondernemingsrecht* 2016/24, afl. 3, p. 112 e.v.; W.A. Westenbroek, 'Artikel 2:9 BW en de ernstig verwijt maatstaf bij bestuurdersaansprakelijkheid', *RM Themis* 2016/4, p. 175-192; W.A. Westenbroek, 'Bestuurdersaansprakelijkheid: Hoe iets is en hoe iets behoort te zijn. Naschrift naar aanleiding van de reactie van Mr. drs. J. van Bekkum op *Ondernemingsrecht* 2016/24', *Ondernemingsrecht* 2016/99, p. 487-489; W.A. Westenbroek, 'De schaduwzijde van de ontwikkeling in het rechtspersonenrecht: de 'ernstig verwijt'-maatstaf en 'externe werknemersaansprakelijkheid', *WPNR* 2017/7144, p. 276-286.
16. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 20: "Het is dan ook de taak van de rechter daarover aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval een beslissing te geven. Een vergelijking kan worden gemaakt met rechtmatig en onrechtmatig handelen. Ook daar heeft de rechtspraak in tal van uitspraken aan de hand van de concrete situatie de grens moeten vaststellen."
17. Dat open normen zoals die van art. 2:8 BW en 2:9 BW moeten worden ingevuld, maakt dat niet anders.

mij ook af of de stelling dat ‘zich juist aan het ondernemingsrecht de werkelijkheid van het economisch leven opdringt’ helemaal opgaat. Het ondernemingsrecht ziet voornamelijk op de *interne* verhoudingen binnen de rechtspersoon terwijl de werkelijkheid van het economisch leven zich vooral afspeelt in de externe verhoudingen, die voornamelijk worden beheerst door het verbintenissenrecht.

4. Veranderde maatschappelijke werkelijkheid en vernieuwing van vennootschapsrecht

Ook het idee dat flexibel ondernemingsrecht (waarmee wordt bedoeld op de maatstaf) van belang is wegens een ‘veranderende maatschappelijke werkelijkheid’, zet aan tot denken. Er is natuurlijk sprake van meer internationalisering en digitalisering dan twintig jaar geleden, maar is ons denken over de verantwoordelijkheid van bestuurders in verhouding tot rechtspersonen, aandeelhouders en derden, de afgelopen twee decennia daarmee veranderd? En als dat al zo is, waarom is de maatstaf in dat verband relevant? Dat bestuurders beleidsvrijheid en ondernemingsruimte nodig hebben, vond men ook al in de jaren 80. Ook het gevaar van hindsight bias werd al onderkend in de jaren 80. Dat alles is met de introductie in 1997 van de maatstaf, die als relatief nieuw is te beschouwen,¹⁸ dus niet veranderd en het vennootschapsrecht is er evenmin mee ‘vernieuwd’. Tegelijkertijd moet geconstateerd worden dat het realiteitsgehalte van de vooronderstelling dat bestuurders ‘bang’ zouden zijn om te ondernemen, wat een van de pijlers van de onderbouwing van de maatstaf vormt, inmiddels toch enigszins onderuit is gehaald als men kijkt naar de wijze waarop sommige bestuurders in de maatschappelijke werkelijkheid gebruik maken van hun ‘beleidsvrijheid’. Daaruit blijkt soms niets van een angst om te ondernemen. Uit recent onderzoek is wél gebleken dat een angst bestaat voor onduidelijke regels.¹⁹ Deze angst, die voornamelijk met rechtszekerheid te maken heeft, lijkt mij juist niet goed in verhouding te staan tot de wens om geen ‘vaste regels’ (het positieve recht zoals vastgelegd in de wet) toe te passen, maar “*kneedbaar en flexibel ondernemingsrecht*”.

5. Geen terughoudende toetsing in wet of praktijk

De stelling van Timmerman dat de economische werkelijkheid tot gevolg heeft dat de rechter het beleid van het bestuur terughoudend dient te toetsen en dat de maatstaf tot een beperkte toetsing van bestuurlijk gedrag leidt,²⁰ zet ook aan tot denken. Timmerman stelt²¹ weliswaar dat Kroeze in zijn oratie uit 2005²² eveneens liet blijken voorstander te zijn van een terughou-

dende toetsingsnorm en dat Kroeze daarom pleitte voor invoering van een Nederlandse variant van de business judgment rule (wat betreft het interne aansprakelijkheidsrecht), maar de wetgever heeft die toets (die overigens niet per se ‘terughoudend’ is en vooral een andere systematiek heeft) nooit ingevoerd. In 2006 constateerde Timmerman dat ook zelf: “*Voor zover mij bekend, bestaan hiertoe [het regelen van de business judgment rule in Boek 2 BW] op dit moment bij het ministerie van Justitie geen plannen.*”²³ Dat is 12 jaar later echter nog steeds niet het geval.²⁴ De wetgever verwacht juist een inhoudelijke (en niet terughoudende of beperkte) maatman-toets,²⁵ waarbij de bestuurder dient in te staan voor zijn kwaliteiten als zodanig²⁶ en waarbij de instructie aan de rechter is gegeven om “*te letten op wat verstandige ondernemers in dezelfde of aanverwante branche van bedrijvigheid als onbehoorlijk zouden beschouwen en dat hij zal moeten trachten objectief vast te stellen*

18. Art. 2:9 BW (en haar voorlopers) bestaat al ca. 100 jaar. Voor externe aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW wordt de maatstaf pas sinds het eerder aangehaalde arrest *Ontwanger/Roelofsen* uit 2006 gebruikt terwijl al zeker sinds HR 25 november 1927, *NJ* 1928, 364 m.nt. Scholten (*Kretschmar/Mendes de Leon*) vergelijkbare gevallen zonder de maatstaf, doch op gelijke wijze konden worden afgedaan.

19. Zie N.T. Pham, *Directors' liability. A legal and empirical study*, diss. Rotterdam (IVOR nr. 101), Deventer: Wolters Kluwer 2017, hoofdstuk 7: “*Wel geeft de paper aan dat bestuurders zich zeer ongemakkelijk voelen wanneer zij geconfronteerd worden met onzekerheid over aansprakelijkheidsrisico's en dat zij deze onzekerheid zoveel mogelijk willen reduceren. Niet alleen weten bestuurders niet wat de werkelijke aansprakelijkheidsrisico's zijn, zij zijn evenmin geïnformeerd over wat de aansprakelijkheidsnormen zijn bij een eventuele formele bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure.*”

20. Timmerman, IVOR 2017, nr. 104, p. 333, par. 5.

21. Timmerman, IVOR 2017, nr. 104, p. 333, par. 5.

22. M.J. Kroeze, *Bange bestuurders*, (oratie), Deventer: Kluwer 2005.

23. L. Timmerman, ‘Impliceert beperkte toetsing door de rechter ook beperkte verantwoordelijkheid?’, *Ondernemingsrecht* 2006/101, par. 16.

24. Voor interne aansprakelijkheid heeft de wetgever op 1 januari 2013 de maatstaf weliswaar gecodificeerd in art. 2:9 BW, maar dat was slechts ingegeven door de wens om aan te sluiten op de terminologie uit het arrest *Staleman/Van de Ven* zonder dat de wetgever daarbij kenbaar heeft gemaakt de systematiek, ratio of toetsingsregels van art. 2:9 BW te willen wijzigen. Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3 (MvT), p. 8-9. Voor externe bestuurdersaansprakelijkheid geldt dat de wet per definitie geen andere regel kent dan art. 6:162 BW.

25. Die door Timmerman, VDHI 2017, nr. 140 en WPNR 2016/7105, par. 7 wordt beaamd.

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

of het gedrag in kwestie, als onbehoorlijk moet worden aangemerkt”.²⁷ Bij externe bestuurders-aansprakelijkheid geldt de toets van art. 6:162 BW. Beide door de wetgever voorgeschreven toetsen vergen een volledige en inhoudelijke beoordeling van alle feiten en omstandigheden. Als ik kijk naar de rechtspraak, concludeer ik dat die volledige en inhoudelijke toetsing nog steeds de gangbare praktijk is. In weerwil hiervan heeft Timmerman ter onderbouwing van de gestelde ‘terughoudende toets’ in zijn publicaties en ook op de najaarsbijeenkomst VCL 2017 een parallel getrokken tussen de maatstaf en de toets die geldt bij de beoordeling van het handelen van een beroepsbeoefenaar.²⁸ Voor beroepsbeoefenaars geldt een op art. 7:401 BW gebaseerde maatman-toets, die vergelijkbaar is met de toets die blijkt de wetsgeschiedenis voor bestuurders geldt, namelijk of de beroepsbeoefenaar gehandeld heeft zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot te werk zou zijn gegaan. Wat dat concreet inhoudt, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.²⁹ Volgens Timmerman zou ook deze toets in zekere zin terughoudend zijn en met zich brengen dat niet iedere beroepsfout³⁰ tot aansprakelijkheid jegens de cliënt hoeft te leiden: “*Het moet gaan om een zwaarwegende fout.*” Hij illustreert dit met een voorbeeld:

“Bij gevallen waarin aansprakelijkheid op medisch terrein ter discussie staat doet zich soms de situatie voor waarin een arts ondanks grondig onderzoek en het volgen van een geldend protocol een bepaalde ziekte over het hoofd ziet. Soms zijn kwalen lastig te onderkennen of geeft een patiënt onvoldoende duidelijk zijn pijnklachten aan. Er kan dan sprake zijn van een tekortkoming door de medicus die hem niet kan worden toegerekend. In zo’n geval is mijns inziens een beperkte toetsing door de rechter gerechtvaardigd en kan de arts een verontschuldigend verweer voeren. De arts kan geacht worden te hebben gehandeld met voldoende bekwaamheid, nauwgezetheid en inzet. Op medisch terrein is de behandeling van bepaalde kwalen nog experimenteel. In dat soort gevallen heeft de medicus een zekere beoordelingsvrijheid, of de experimentele behandeling wordt toegepast. Een medicus krijgt soms ook te maken met het probleem dat patiënten verschillend kunnen reageren op hetzelfde medicijn. Een medicus gaat mijns inziens vrijuit wanneer de behandeling slecht uitpakt en hij de patiënt goed heeft ingelicht over het experimentele karakter van de behandeling.”³¹

De genoemde voorbeelden zijn in mijn ogen echter een open deur. De medicus heeft in deze voorbeelden namelijk *geen enkele* fout gemaakt

(er is dus geen sprake van een ‘tekortkoming’) en moet *daarom* ‘vrijuit gaan’. Dat heeft volgens mij niet met toerekening te maken. Ook een medicus heeft geen glazen bol. Als hij ondanks grondig onderzoek en het volgen van een geldend protocol een bepaalde ziekte over het hoofd ziet, betekent dat niet dat hij daarvoor aansprakelijk is. Zoals ik het medisch aansprakelijkheidsrecht begrijp,³² zal een medicus (of ziekenhuis),³³ die een protocol niet naleeft of anderszins afwijkt van de voor hem geldende professionele standaard, waardoor een ziekte over het hoofd wordt gezien en waardoor schade ontstaat, in beginsel een telefoongesprek met zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar moeten voeren. De stelling van Timmerman dat overtreding van een protocol niet automatisch tot (tuchtrechtelijke) aansprakelijkheid leidt,³⁴ sluit wat dat betreft niet aan bij de economische en maatschappelijke realiteit. Bij het niet volgen van een protocol staat de medicus doorgaans al 1-0 achter als het vervolgens misgaat.³⁵ Als de arts echter een goede reden had om af te wijken, hetgeen hij kan toelichten omdat de rechter ten volle (en niet terughoudend) toetst aan de maatman-toets³⁶ van art. 7:453 BW (*lex specialis* van 7:401 BW), heeft hij echter niets te vrezen. De voor de zorgverlener geldende toets van art. 7:453 BW is op

27. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 9 (Nota naar aanleiding van het eindverslag), p. 2.

28. Timmerman, IVOR 2017, nr. 104, p. 333-339, par. 5 t/m 13, Timmerman, VDHI 2017, nr. 140 en WPNR 2016/7105, par. 5.

29. HR 9 november 1990, NJ 1991, 26 en HR 9 juni 2000, NJ 2000, 460.

30. Timmerman, VDHI 2017, nr. 140 en WPNR 2016/7105, par. 5.

31. Timmerman, IVOR 2017, nr. 104, p. 333-339, par. 12 en 13.

32. Ik zeg daarbij meteen dat ik geen specialist ben op dat terrein. Zie evenwel het proefschrift van R. Wijne, *Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade*, diss. Rotterdam, Boom Juridische uitgevers 2013, dat ik in dit verband vluchtig heb geraadpleegd.

33. Organisaties kunnen fouten maken zonder dat individuen, die onderdeel uitmaken van de organisatie, persoonlijk een verwijt valt te maken. Zie Westenbroek, IVOR 2017, nr. 108, par. 10.4.5.

34. Timmerman, VDHI 2017, nr. 140 en WPNR 2016/7105, par. 5.

35. E. Pans, *De juridische status van medische protocollen en richtlijnen. Hoe de open norm van het ‘goed hulpverlenerschap’ in de praktijk wordt ingevuld*, Amsterdam: Kennedy van der Laan, 8 april 2015, p. 4.

36. Wijne 2013, p. 125.

dit punt algemeen geformuleerd. Op de medicus rust dan ook steeds de plicht en dus de norm om zelf te blijven nadenken over de vraag of het volgen van het protocol in het hem voorliggende geval wel de juiste weg is en of daarvan in het specifieke geval moet worden afgeweken.³⁷ Wordt niet voldaan aan deze norm, dan is sprake van een beroepsfout en dan ontstaat aansprakelijkheid. Die aansprakelijkheid ontstaat dus niet alleen als sprake is van een ‘zwaarwegende fout’. Vanzelfsprekend blijven causaal verband en schade daarvoor wel een vereiste.³⁸ Dit is voor andere beroepsbeoefenaren, zoals de advocaat, notaris of accountant, niet anders of het nu gaat om aansprakelijkheid jegens de eigen cliënt op grond van art. 7:401 BW of jegens een derde op grond van art. 6:162 BW.³⁹ Schending van de beroepsnorm kan immers ook tot aansprakelijkheid jegens derden leiden.⁴⁰

6. De problematiek van hindsight bias (het verschil tussen ‘wrong’ en ‘bad’)

Bij de toets of aan de beroepsnormen is voldaan, speelt in alle vakgebieden⁴¹ en dus ook in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht, het gevaar van hindsight bias. Bij artsen dient om die reden bij de beoordeling van de professionele standaard te worden geabstraheerd van kennis die achteraf is verkregen.⁴² Het is in dit verband van belang om onderscheid te maken tussen een diagnose die achteraf verkeerd (“wrong”) is gebleken en een diagnose die slecht (“bad”) was.⁴³ Het eerste levert geen beroepsfout op, het tweede wel. Het is alleen “bad” als komt vast te staan dat de arts op het moment van het stellen van de diagnose niet heeft gehandeld zoals van een redelijk bekwaam vakgenoot verwacht mag worden. Het voornoemde onderscheid is de kern van de problematiek die ook in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht speelt⁴⁴ en die wordt in Nederland niet opgelost met een terughoudende toetsing, maar met een inhoudelijke objectieve maatman-toets die dient plaats te vinden naar de kennis en naar de professionele standaard op het moment van handelen. Sterker, een te terughoudende toets kan juist tot het onwenselijke ‘judging by outcome’ leiden. Krijgt de rechter de vraag voorgelegd of een bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld met een uiterst risicovolle investeringsbeslissing die intern of extern verkeerd uitpakt, dan zal de rechter juist de vraag moeten stellen of geen andere maatmanbestuurder dezelfde investeringsbeslissing zou hebben genomen en zal hij dat moeten onderzoeken om zijn oordeel niet door de slechte uitkomst te laten leiden. Dit onderzoek zou overigens zelfs ertoe kunnen leiden dat in het ene geval “a wrong decision” (die dus achteraf verkeerd uitpakt) achteraf ook als “a bad decision” wordt aangemerkt, terwijl dat in het andere

geval niet gebeurt. De afweging kan namelijk verschillend uitpakken voor een bestuurder van een rechtspersoon die zich bezig houdt met venture capital dan voor een bestuurder van een rechtspersoon die zich bezig houdt met sociale woningbouw gefinancierd met publiek geld. De rechter zal die omstandigheid meewegen omdat hij grondig en inhoudelijk (en dus niet terughoudend) toetst, rekening houdend met de maatman-bestuurder.

37. Zie Wijne 2013, p. 206 en HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 649, m.nt. F.C.B. van Wijmen en J.B.M. Vranken (*Protocol-I*); HR 1 april 2005, *NJ* 2006, 377, m.nt. F.C.B. van Wijmen en H.J. Snijders (*Protocol-II*); HR 24 december 2002, *NJ* 2003, 167, m.nt. T.M. Schalken en HR 19 maart 2004, *NJ* 2004, 307, m.nt. W.D.H. Asser (*Seresta-arrest*), rov. 3.3.
38. Pans 2015, p. 4.
39. Het zijn allemaal mensen en zij kunnen allemaal fouten maken. Als een arts daarvoor kan worden aangesproken, is dat voor hem erg vervelend, maar de patiënt lijdt er ook onder. Gelukkig, voor zowel patiënt als arts, kan de arts terugvallen op de verplichte beroepsaansprakelijkheidsverzekering die rekening houdt met het feit dat de geneeskunde (uiterst belangrijk) mensenwerk is. Er bestaan talloze (verplichte) beroepsaansprakelijkheidsverzekeringen, zo ook voor advocaten en notarissen. Bestuurders kunnen zich ook verzekeren tegen bestuurdersaansprakelijkheid.
40. De stelling van Timmerman in VDHI 2017, nr. 140 en WPNR 2016/7105, par. 5 dat voor veel beroepsbeoefenaren nadere voorschriften bestaan die “soms misschien” ook minder snel tot aansprakelijkheid jegens derden leiden, lijkt mij dan ook zonder grond. Zie daarover Westenbroek, IVOR 2017, nr. 108, par. 10.5.6 en de daarin genoemde rechtspraak die deze stelling weerspreekt.
41. In *Staleman/Van de Ven* overwoog de Hoge Raad dan ook dat gekeken moet worden naar de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken “ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen”. Dat staat los van de maatstaf. Dat altijd rekening moet worden gehouden met hindsight bias is overigens vanzelfsprekend. Het speelt evengoed bij andere vormen van contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid zoals bij beroepsaansprakelijkheid van advocaten, notarissen en artsen maar ook daarbuiten zoals bij dwaling en zelfs in het strafrecht.
42. Wijne 2013, p. 203 onder verwijzing naar HR 2 oktober 1998, *NJ* 1999, 683, m.nt. J.B.M. Vranken (*Cijssouw/De Schelde II*).
43. M.A. Eisenberg, “The divergence of standards of conduct and standards of review in corporate law”, *Fordham Law Review* 1993, Volume 62, Issue 3, p. 444.
44. Eisenberg 1983, p. 444 bracht dit goed onder woorden: “For example, an executive faced with a promising but expensive and untried new technology may have to choose between investing in the technology or forgoing such an investment. Each alternative involves certain negative risks. If the executive chooses one alternative and the associated negative risk materializes, the decision is “wrong” in the very restricted sense that if the executive had it to do all over again he would make a different decision, but it is not a bad decision.”

7. Wat wordt bedoeld met de gestelde beperkte of terughoudende toetsing?

Beschouwt men de publicaties⁴⁵ van Timmerman en zijn voordracht op de najaarsbijeenkomst VCL 2017 dan zou men daaruit kunnen herleiden dat Timmerman met de ‘terughoudende’ of ‘beperkte’ toetsing vooral bedoeld heeft duidelijk te maken dat de rechter niet in de val moet trappen om achteraf op de stoel van de bestuurder plaats te nemen en (met hindsight bias) te oordelen dat iets onbehoorlijk of onrechtmatig is omdat de rechter het zelf anders zou hebben gedaan. De termen ‘terughoudende’ of ‘beperkte’ zijn in mijn ogen dan echter niet gelukkig gekozen en passen ook niet bij andere stellingen van Timmerman zoals dat de rechter met alle omstandigheden van het geval moet rekening houden, waaronder de aard, de ernst en de frequentie van de normschending door de bestuurder en de mate van schuld.⁴⁶ Om de omstandigheden van het geval te *kunnen* beoordelen moet de rechter juist grondig en inhoudelijk toetsen. Het vormen van een oordeel over de mate van schuld, vergt juist een inhoudelijk onderzoek, onder meer naar de (geobjectiveerde) kennis en kunde van de bestuurder.⁴⁷ Timmerman merkte op de najaarsbijeenkomst VCL 2017 dan ook terecht op dat de beste manier voor de rechter om het probleem van hindsight bias te voorkomen is om de feiten ‘ten volle’ te toetsten. De toetsing die wordt toegepast (die dus niet terughoudend of beperkt is), is daarmee niet een gevolg van de door Timmerman genoemde legitieme rechtspolitieke keuze⁴⁸ of rechterlijke vrijheid⁴⁹ van de Hoge Raad om de maatstaf te hanteren, maar wel van uitgangspunten die een rechtspolitieke keuze zijn geweest *van de wetgever* en die het gevolg zijn van het toepassen van de wet en niet van de maatstaf.

8. De juridische werkelijkheid en paradigmavorming

De juridische werkelijkheid is dat de rechter (zelfs mét gebruik van de maatstaf) nog steeds grondig en inhoudelijk toetst, of dat nu is op grond van art. 2:9, art. 6:162, art. 7:401 of 7:453 BW. De in de rechtspraak geïntroduceerde maatstaf heeft op dat vlak geen verandering of vernieuwing met zich gebracht. De maatstaf heeft wel veel discussie en onduidelijkheid opgeleverd in zowel literatuur als rechtspraak.⁵⁰ Dit moet niet langer worden genegeerd of uit de weg worden gegaan, maar moet worden opgelost. Ik heb in mijn proefschrift en in de eerder aangehaalde publicaties toegelicht hoe die discussie en onduidelijkheid kan worden opgelost, namelijk door het loslaten van de maatstaf. Dat is een tegen draadse conclusie die begrijpelijk tot weerstand leidt. Het doet mij denken aan de paradigma-theorie van wetenschapsfilosoof Thomas Kuhn

(1922-1996) die omschreef dat wetenschappers de neiging hebben vast te houden aan de eigen paradigma's. Nieuwe wetenschappelijke waarnemingen of analyses die dat eigen paradigma in twijfel trekken, zullen zij steeds trachten in te passen in het eigen model. Dat kan leiden tot een opeenstapeling van aanpassingen en onderbouwingen waardoor het model zelf onder spanning komt te staan. Er kan dan in de wetenschap een nieuw paradigma worden voorgesteld, maar onder wetenschappers van de gevestigde orde zal weerstand kunnen opkomen tegen deze verandering, die zich met name zal uiten in een verdere verdediging van het bestaande paradigma.⁵¹ Het recente betoog van Timmerman dat de maatstaf aansluit bij de economische werkelijkheid en een terughoudende toetsing met zich brengt, vat ik op als een dergelijke verdere verdediging van het bestaande paradigma. Ondanks dat vanaf het ontstaan van de maatstaf twijfels zijn geuit in de literatuur over de vraag of deze wel past in het bestuurdersaansprake-

45. Timmerman, VDHI 2017, nr. 140 en WPNR 2016/7105, par. 2: “*Wijsheid achteraf is gemakkelijk.*”

46. Timmerman, VDHI 2017, nr. 140 en WPNR 2016/7105, par. 6.

47. Voor interne aansprakelijkheid heeft de wetgever die mate van schuld overigens juist niet relevant geacht. Zie C.J. Van Zeben, W.G. Belifante, O.W. van Ewijk, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 2. Algemene Bepalingen*, Deventer-Antwerpen: Kluwer 1962, p. 138, 436 en 541: “*Het ontwerp aanvaardt als algemeen beginsel, dat wanneer twee personen schuld aan het veroorzaken van schade hebben, zij hoofdelijk aansprakelijk worden; de mate van ieders schuld is slechts van belang bij het onderling verhaal als één van hen de gehele schuld heeft voldaan: de benadeelde hoeft zich niet te verdiepen in de mate van schuld van een ieder die jegens hen aansprakelijk is. Er bestaat geen reden, waarom dit beginsel niet eveneens op de aansprakelijkheid van bestuurders ener vereniging zou worden toegepast.*”

48. Timmerman, VDHI 2017, nr. 140 en WPNR 2016/7105, par. 2.

49. Timmerman, WPNR 2017/7140, p. 194: “*Durf als rechter vrijheid te wagen (...) via het idee (...) van ernstig verwijt (...)*”.

50. Zie de commotie na de in eerdere voetnoten aangehaalde arresten *Spaanse Villa*, *Hezemans Air* en *RCI/Kastrop* en bijvoorbeeld het feit dat ook in HR 1 april 2016, JOR 2016/264 m.nt. A.J.P. Schild (*Stichting ATAL*) nog tot de Hoge Raad is doorgeprocedeerd over de vraag of ‘ernstig verwijt’ gelijk staat aan ‘opzet of bewuste roekeloosheid’. Zie voorts Westenbroek, IVOR 2017, nr. 108.

51. T.S. Kuhn, *The structure of scientific revolutions* (International encyclopedia of unified science vol. 2, no. 2), Chicago, IL: University of Chicago Press 1962.

lijkheidsrecht, wordt de maatstaf steeds verder onderbouwd. Begin 2017 heeft ook de Hoge Raad in de zaak *Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters* het bestaansrecht van de maatstaf verder bevestigd.⁵² Het gevolg hiervan was echter wel dat tweedegraadsbestuurders (als bedoeld in art. 2:11 BW) in zaken die betrekking hebben op externe bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW, in een nadeligere bewijspositie zijn komen te verkeren dan eerstegraadsbestuurders.⁵³ De maatstaf komt nu dus niet alleen in de rechtswetenschap onder spanning te staan, maar ook in de economische en maatschappelijke realiteit,⁵⁴ want waarom zouden tweedegraadsbestuurders in een nadeligere bewijspositie moeten verkeren dan eerstegraadsbestuurders? Hiervoor bestaat geen normatieve rechtvaardiging. Dit zou toch ook de meer uitgesproken voorstanders van de maatstaf aan het denken moeten zetten, meen ik. Maar de weerstand tegen mijn kritiek op de maatstaf maakt dat wel moeilijk, mede omdat het door Kuhn in zijn paradigmatische omschreven fenomeen in de rechtswetenschap door een aantal omstandigheden wordt versterkt. De eerste omstandigheid is dat een theorie of paradigma in de rechtswetenschap (anders dan bijvoorbeeld een theorie in een exacte wetenschap als scheikunde) niet aan de positieve werkelijkheid is te toetsen (middels bijvoorbeeld een scheikunde-proef) of daarmee is te ontcrachten of te falsificeren.⁵⁵ Dat kan alleen de eigen methodologie van de rechtswetenschap doen. In deze methodologie staan taal (recht uit zich in taal en de maatstaf is ook een taaluitdrukking), interpretatie- en redeneermethoden centraal. Taal is echter tevens het (communicatie)middel waarmee de rechtswetenschap wordt beoefend en die taal kan soms overtuigender zijn dan de methodologie, zeker als die taal gepaard gaat met autoriteit. Zo heeft een rechter altijd ‘gelijk’.⁵⁶ Ook wanneer een advocaat-generaal bij de Hoge Raad onder meer in een gerenommeerd vakblad onder de titel “Wat wil deze advocaat-generaal?” de maatstaf met overtuigende taal onderbouwt, zullen lezers als gevolg van deze taal en het gezag van de advocaat-generaal al snel veronderstellen dat de methodologie van de rechtswetenschap wordt gevolgd, terwijl dat niet per se het geval hoeft te zijn. Door deze veronderstelling zal de gemeenschap deze taal bovendien kunnen gaan zien als nieuwe bron van rechtswetenschap. De positieve werkelijkheid (die een intrinsiek eigen gezag heeft) zal de rechtswetenschapper die meent dat de taal niet overeenkomt met de methodologie hier niet kunnen helpen met een scheikunde-proef. Het is zijn woord (zijn taal) tegen de ander. Vooral snog moet ik concluderen dat terwijl Timmerman stelt niet van starre dogmatiek te houden en dat er nog maar weinig heilige huisjes bestaan

in het ondernemingsrecht, het juist de maatstaf is die tot starre onaantastbare dogmatiek⁵⁷ lijkt te worden verheven. De maatstaf is juist wél nog een heilig huisje. Pragmatisch vind ik dat niet.

Mr. dr. W.A. Westenbroek*

52. HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275 (*Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters*).
53. C.E.J.M. Hanegraaf, *Art. 2.11 BW, doorgeefluik van bestuurdersaansprakelijkheid*, diss. Leiden (IVOR nr. 106), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 217 die stelt dat de betreffende tweedegraadsbestuurders door deze gang van zaken een procesueel nadeel hebben ten opzichte van eerstegraadsbestuurders.
54. Westenbroek, IVOR 2017, nr. 108, p. 453-461, par. 11.4 en 11.5 en W.A. Westenbroek, ‘De waarborgfunctie van het rechtspersonenrecht’, *MvO* 2018, afd. 3-4, waarin ik het alternatief uiteenzet voor hoe eerste- en tweedegraadsbestuurders gelijk kunnen worden behandeld op een wijze die recht doet aan de wetsgeschiedenis.
55. Om in de termen van een andere wetenschapsfilosoof (Karl Popper, 1902-1994) te spreken.
56. Terwijl de toegepaste methodologie niet steeds waterdicht hoeft te zijn. Uitspraken worden in hoger beroep of in cassatie dan ook wel eens vernietigd. Ook de Hoge Raad kan er eens naast zitten. Rechtspraak, ook in hoogste instantie, blijft mensenwerk. Zie: J.B. Huizink, ‘Bestuurdersaansprakelijkheid, een pot nat?’, *O&F* 2009/17, p. 113. In gelijke zin: S.M. Bartman, ‘Anders dan het orakel van Delphi’, *Ondernemingsrecht* 2014/143, afl. 17, p. 723: “Het betreft weliswaar ons hoogste rechtscollege, maar tenslotte blijft het mensenwerk.”
57. Vgl. Timmerman, VDHI 2017, nr. 140 en WPNR 2016/7105, par. 6: “de Hoge Raad heeft het ernstig verwijt vereiste dogmatisch, voor wat betreft de onrechtmatige daad, in het onrechtmatigheidsoordeel ingebed”.

* Advocaat te Amsterdam en is op 3 november 2017 gepromoveerd op zijn proefschrift *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie*, diss. Rotterdam (IVOR nr. 108), Deventer: Wolters Kluwer 2017.