

Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie

Reactie op bespreking proefschrift

*Mr. dr. W.A. Westenbroek**

In het eerste nummer van dit jaar besprak mr. A.J.P. Schild mijn dissertatie over interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid.¹ Ik ben hem dankbaar dat hij daarvoor de tijd en moeite heeft genomen. Ik ben daarnaast blij dat hij mijn boek met veel plezier heeft gelezen en dat volgens hem ook anderen plezier kunnen beleven aan mijn grondige research. Schild schrijft evenwel ook dat hij mij niet altijd kan volgen in mijn conclusies. Dat noopt tot een reactie. In mijn boek concludeer ik dat de term ‘ernstig verwijt’ niet past in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht. Schild, die zich in zijn boekbespreking vooral op de interne aansprakelijkheid richt, heeft daarover een andere mening, die reeds bleek uit de gezamenlijke bijdrage van hem en A-G Timmerman in WPNR 2014/7011. Daarin merkten zij op: ‘Aardig is dat het in de jurisprudentie ontwikkelde begrip ernstig verwijt in de wetstekst is opgenomen. Dit is mooi onderling afgestemd gedrag tussen wetgever en rechter.’² Degenen die zich hebben verdiept in het onderwerp weten dat mijn eerste publicaties³ reeds aanleiding waren voor Timmerman⁴ om de ‘ernstig verwijt’-maatstaf te verdedigen.⁵ In mijn boek heb ik door toepassing van de methodolo-

gie van het recht laten zien dat die verdediging naar mijn mening ten onrechte is. Hoewel recensent Schild zegt zelden moeite te hebben met mijn analyse, en mijn redenering ‘logisch correct’ vindt, heeft deze methodologische benadering hem niet weten te overtuigen.

Schild besteedt vooral aandacht aan de wets- en rechtshistorische interpretatiemethode die ik heb toegepast. Deze methode (die hij als een syllogisme omschrijft) leidt, net zoals de andere door mij toegepaste redeneer- en interpretatiemethodes, nu eenmaal tot de conclusie in mijn proefschrift dat de ernstig verwijt-maatstaf in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht moet worden afgeschaft. Schild verdedigt de ernstig verwijt-maatstaf en stelt daartegenover in feite niet meer dan dat ik in mijn analyse van de parlementaire geschiedenis uit de beginjaren tachtig van de vorige eeuw de wetgever ‘overschat’ en dat ‘niet blijkt dat de wetgever de ernstig verwijt-maatstaf als maatstaf voor bestuurdersaansprakelijkheid welbewust heeft afgewezen’. Dat laatste is overigens juist, maar niet relevant. De maatstaf ‘ernstig verwijt’ kon in de door mij behandelde parlementaire geschiedenis namelijk niet ‘welbewust afgewezen’ worden, omdat deze toen nog niet bestond in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht. De maatstaf speelde alleen een rol in het arbeidsrecht en had daarin een betekenis die hij nu nog steeds heeft: een (‘ernstige’) schuldmaatstaf die met ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ is te vergelijken.

Van Schilfgaarde had in 1986 de opvatting dat deze arbeidsrechtelijke maatstaf ook voor bestuurders moest gelden.⁶ Schild stelt dat de Hoge Raad in het in 1997 gewezen arrest Staleman/Van de Ven⁷ een ‘welbewuste’ en zelfs ‘principiële keuze’ heeft gemaakt om deze opvatting van Van Schilfgaarde te volgen. Schild stelt echter ook dat de overgenomen maatstaf niet dezelfde betekenis heeft als de termen ‘grove schuld’ en ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ die men in het arbeidsrecht hanteert. Dat lijkt mij tegenstrijdig. Dat de betekenis van de

* Mr. dr. W.A. Westenbroek is advocaat bij WestLegal te Amsterdam en verbonden aan de Erasmus School of Law.

1. A.J.P. Schild, Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie. Bespreking van het proefschrift van mr. W.A. Westenbroek, MvV 2019, afl. 1, p. 36-39.
2. A.J.P. Schild & L. Timmerman, Het nieuwe art. 2:9 BW, uitgelegd voor gewone bestuurders, WPNR 2014/7011, p. 270-274.
3. W.A. Westenbroek, Metaalmoedigheid 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, RMThemis 2016, afl. 4, p. 175-192; W.A. Westenbroek, Bestuurdersaansprakelijkheid: hoe iets is en hoe iets behoort te zijn, 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.
4. Overigens was Timmerman lid van mijn promotiecommissie, waarvoor ik dankbaar en waarmee ik vereerd ben.
5. L. Timmerman, Wat wil deze advocaat-generaal?, WPNR 2017/7140, p. 194; L. Timmerman, Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid, WPNR 2016/7105, p. 324-330; L. Timmerman, Medische beroepsbeoefenaars, in: B.F. Assink e.a. (red.), De vele gezichten van Maarten Kroezé’s ‘bange bestuurders’ (IVOR nr. 104), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 331-339, par. 5.

6. P. van Schilfgaarde, Misbruik van rechtspersonen. Commentaar op de tweede en de derde misbruikwet (IVOR nr. 3), Deventer: Kluwer 1986, p. 17.

7. HR 10 januari 1997, NJ 1997/360 m.nt. J.M.M. Macijer, JOR 1997/29 (Staleman/Van de Ven).

term ‘ernstig verwijt’ gelijk is te trekken met de termen ‘grove schuld’ en ‘opzet of bewuste roekeloosheid’, blijkt overigens niet alleen uit de parlementaire geschiedenis, maar ook uit de literatuur⁸ en de rechtspraak.⁹ Zo sprak de Hoge Raad in het in 1998 gewezen arrest Godfried/Tribulet¹⁰ in het kader van de term ‘ernstig verwijt’ over ‘een dergelijke verwijtbaarheid dan wel opzet of bewuste roekeloosheid’. Timmerman schreef onlangs zelf nog dat de term ‘ernstig verwijt’ inmiddels ‘op een betrekkelijk grote schaal door de wetgever wordt gebruikt’, waarbij hij verwees naar verschillende arbeidsrechtelijke wetsbepalingen.¹¹ Timmerman beoogde hiermee mijn conclusies te pareren, maar deed naar ik meen het omgekeerde. De term ‘ernstige verwijtbaarheid’ in de betrokken wetsbepalingen geeft volgens de parlementaire geschiedenis uit 2013/2014¹² namelijk uiting aan een – met ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ te vergelijken – (‘ernstige’) schuldmaatstaf die niet te vergelijken is met de maatstaf die men op bestuurders van toepassing acht. De wetgever noemt daarbij voorbeelden als diefstal, bedrog en werkweigering, terwijl duidelijk is dat een bestuurder al sneller aansprakelijk is dan in dit soort gevallen. Het sluiten van een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering zou anders ook nutteloos zijn (nu opzet en bewuste roekeloosheid niet te verzekeren zijn). Schild ziet ook over het hoofd dat de parlementaire geschiedenis uit de jaren tachtig van de vorige eeuw een *welbewuste* richting van de wetgever laat zien die afwijkt van de opvatting van Van Schilfgaarde, waar de Hoge Raad zich volgens hem op zou hebben gebaseerd. De wetgever achtte een afwijking van de aansprakelijkheidsregel uit art. 6:170 Burgerlijk Wetboek (BW) voor werknemers immers gerechtvaardigd ‘in het geval dat het gaat om een

ondergeschikte die als directeur in dienst is van de aangesproken N.V.’¹³ In mijn proefschrift heb ik dat ook benoemd.¹⁴

Tot slot, Schild stelt in zijn recensie dat ik niet veel ruimte laat voor het menselijk tekort van de wetgever, maar zet daarmee de uitvoerige parlementaire geschiedenis uit de jaren tachtig van de vorige eeuw als eerste bron van uitleg van wetgeving naar mijn mening wel wat gemakkelijk weg. Concludeert Schild niet iets te snel dat sprake is van een tekort bij de wetgever en laat Schild op zijn beurt wel ruimte voor een menselijk tekort bij de rechter? Ook rechtspraak is immers mensenwerk.¹⁵ Verstijlen schreef in 2015:

‘Ook de Hoge Raad is menselijk (...). Omdat mensen zich kunnen vergissen, kan de Hoge Raad zich vergissen. Het kan dan beter zijn op de schreden terug te keren, dan te volharden in de vergissing.’¹⁶

Vast staat dat decennia na het arrest Staleman/Van de Ven nog in de literatuur gedebatteerd wordt over de betekenis van de term ‘ernstig verwijt’ in gevallen van bestuurdersaansprakelijkheid. Anno 2016 is in een door Schild geannoteerde zaak door een aansprakelijk gestelde bestuurder nog tot aan de Hoge Raad doorgeprocedeerd met de stelling dat hij niet aansprakelijk was omdat het in het kader van art. 2:9 BW gehanteerde begrip ‘ernstig verwijt’ dezelfde betekenis heeft als ‘opzet of bewuste roekeloosheid’.¹⁷ De Hoge Raad heeft het cassatieberoep afgedaan met art. 81 Wet op de rechterlijke organisatie, maar lijkt daarmee dus (terecht) bevestigd te hebben dat de positie van de bestuurder anders is dan die van de werknemer. Was de door Schild gestelde ‘welbewuste keuze’ van de Hoge Raad in 1997 om het betoog van Van Schilfgaarde te volgen dan wellicht niet toch een *menselijke* vergissing van de Hoge Raad? Van Schilfgaarde heeft anno 2017 geconstateerd dat het ernstig-verwijtcriterium ‘voor aansprakelijkheid, zowel intern als extern, vaag is, weinig zekerheid biedt, tot interpretatieproblemen leidt bij het huidige art. 2:9 BW en veel van haar onderscheidende kracht zal verliezen’.¹⁸ Als Van Schilfgaarde dit inmiddels stelt, zou de Hoge Raad, die zich op Van Schilfgaarde zou hebben gebaseerd, zich dan ook niet moeten herbezinnen?

Dat hoeft geen revolutie te zijn, zoals Schild in zijn recensie schrijft, maar noem ik evolutie. Dit geldt temeer nu de Hoge Raad de rechtseenheid dient te bewaken, waarbij het volgens

8. Zie bijv. Asser/Macijer 2-III 2000/321: ‘Het criterium “ernstig verwijt” sluit aan bij het criterium “(opzet of) bewuste roekeloosheid” dat dient te worden gebezigd bij het handelen van de bestuurder als werknemer.’ Zie ook J.B. Wezeman, *Aansprakelijkheid van bestuurders* (diss. Groningen; IVOR nr. 29), Deventer: Kluwer 1998, p. 66-69 en D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid. Een maatpak voor de Board Room* (diss. Rotterdam; IVOR nr. 73), Deventer: Kluwer 2010, p. 29-30. In A.J.P. Schild, *Ontwikkelingen bestuurdersaansprakelijkheid: een overzicht*, WPNR 2015/7087, p. 1046-1056 onderkende Schild zelf nota bene ook dat de wetgever geen verschil zag tussen beide termen, waar hij schreef: ‘Bijzonder is dat bij invoering van art. 7:661 BW – werknemersaansprakelijkheid onder nieuw BW – de wetgever ervoor heeft gekozen de maatstaf “ernstig verwijt” te wijzigen in “opzet en bewuste roekeloosheid”. De wetsgeschiedenis vermeldt dat daarbij geen inhoudelijke wijziging is beoogd.’

9. HR 9 januari 1998, NJ 1998/440 m.nt. P.A. Stein (Godfried/Tribulet). Zie recentelijk ook HR 8 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:203, waar bij de beoordeling van ‘ernstige verwijtbaarheid’ omstandigheden worden genoemd als ‘de werknemer had de beste bedoelingen’.

10. Zie de vorige noot.

11. Zie zijn naschrift in WPNR 2018/7189 in reactie op W.A. Westenbroek, *Wat wil deze advocaat-generaal? Over een pragmatische beoefening van het ondernemingsrecht, een terughoudende toetsing en aansluiting op de economische realiteit*, WPNR 2018/7189.

12. Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 40 en P. Kruit, in: *Arbeidsovereenkomst*, art. 7:673 BW, aant. 1.1 (online bijgewerkt tot 1 november 2017).

13. Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 728 en Kamerstukken II 1975/76, 7729, 6, p. 169 (MvA).

14. W.A. Westenbroek, *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie* (diss. Rotterdam; IVOR nr. 108), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 198-199.

15. J.B. Huizink, *Bestuurdersaansprakelijkheid, een pot nat?*, O&F (17) 2009, afl. 1, p. 100-113 en S.M. Bartman, *Anders dan het orakel van Delphi*, *Ondernemingsrecht* 2014/143, afl. 17, p. 723.

16. F.M.J. Verstijlen, *Hoe om te gaan met ‘omgaan?’*, *TvI* 2015/27, p. 174-181.

17. HR 1 april 2016, JOR 2016/264 m.nt. A.J.P. Schild (Stichting ATAL) en Westenbroek 2017, par. 5.2.2.

18. P. van Schilfgaarde, *Van promotor tot promotus*, in: B.F. Assink e.a. (red.), *De vele gezichten van Maarten Kroeze’s ‘bange bestuurders’* (IVOR nr. 104), Deventer: Wolters Kluwer 2017, hoofdstuk 36, p. 490 en 492.

de wetgever gaat 'om de eenvormige uitleg en toepassing van de rechter van rechtsregels en rechtsbegrippen, zowel binnen afzonderlijke rechtsgebieden als in samenhang tussen afzonderlijke rechtsgebieden'.¹⁹ De Hoge Raad heeft een verantwoordelijkheid. Dat blijkt wel uit het feit dat de wetgever, die zich sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw niet meer met de theorie rondom bestuurdersaansprakelijkheid heeft beziggehouden, zich bij de codificatie van de term 'ernstig verwijt' in 2013 heeft laten leiden door de Hoge Raad zonder stil te staan bij de betekenis en functie van die term.²⁰ De aan Von Bismarck toegeschreven uitspraak – 'Gesetze sind wie Würste, man sollte besser nicht dabei sein, wenn sie gemacht werden' – die Schild in zijn recensie aanhaalt, lijkt mij dan ook vooral toepasselijk op de codificatie van de ernstig verwijt-maatstaf in art. 2:9 BW in 2013. Inmiddels zijn aan de minister vragen gesteld over deze maatstaf.²¹ Het zijn terechte vragen, maar een echt antwoord op die vragen is helaas (nog) niet gekomen.²²

[Noot van de redactie: De redactie heeft mr. Schild gevraagd of hij een naschrift wenste te schrijven. Mr. Schild heeft daarvan afgezien.]

19. Wijziging van de Advocatenwet, de Wet op de rechterlijke organisatie en enige andere wetten ter versterking van de cassatierechtspraak (versterking cassatierechtspraak), Kamerstukken II 2010/11, 32576, 3, p. 1.

20. Kamerstukken II 2008/09, 31763, 3, p. 8-9.

21. Kamerstukken II 2018/19, 34491, 8, p. 3-4.

22. Kamerstukken II 2018/19, 34491, 9, p. 8-11.