

Reactie op Van Bekkum & Kreileman, *Ondernemingsrecht* 2019/61

Ondernemingsrecht 2019/129

1. Juristen zijn geen statistici

Met interesse heb ik kennisgenomen van het onderzoek van Van Bekkum en Kreileman naar de ontwikkeling van het aantal bestuurdersaansprakelijkheidszaken in Nederland in de periode 2003-2017 (Reactie op Van Bekkum & Kreileman, 'Bestuurdersaansprakelijkheidsrechtspraak. Kwantitatieve trends 2003-2017', *Ondernemingsrecht* 2019/61). Zij hebben het grondig aangepakt en hun bevindingen kunnen bijdragen aan een juist beeld over een soms gehoorde uitspraak dat bestuurders steeds vaker aansprakelijk worden gesteld. De auteurs citeren een eerdere stelling van Van Bekkum in dat verband dat het 'misschien zo is dat bestuurders eerder en vaker aansprakelijk worden gesteld dan vroeger' en benoemen dat ik die stelling in twijfel heb getrokken.¹ De auteurs hebben geprobeerd dit debat van 'meningen te verheffen naar feiten' door een eigen statistische analyse van de cijfers te geven. De resultaten zouden de stelling van Van Bekkum bevestigen en 'het standpunt van Timmerman, dat het raamwerk van bestuurdersaansprakelijkheid goed in elkaar steekt' ondersteunen.² De auteurs spreken van '(nog) bange(re) bestuurders', een 'toegenomen bereidwilligheid om bestuurders aansprakelijk te stellen' en 'hoge drempels van de Hoge Raad die dat beteugelen'. Ik zal hieronder echter laten zien dat de onderzoeksbevindingen een ander betoog rechtvaardigen dan de auteurs voeren, namelijk dat *niet* blijkt dat bestuurders 'sneller of meer' aansprakelijk worden gesteld of 'bang' zijn. Ik doe dat met het voorbehoud dat ik geen statisticus ben en de opmerking dat juristen zich misschien beter niet met statistiek moeten bezighouden.

2. Geen absolute stijging

Mijn eerste observatie is dat de auteurs concluderen dat over de jaren 2008 t/m 2017 geen duidelijke stijging valt waar te nemen van het absolute aantal op rechtspraak.nl gepubliceerde uitspraken over bestuurdersaansprakelijkheid. Kern van het verhaal: al zeker 10 jaar lang ligt het aantal bestuurdersaansprakelijkheidszaken op onder de

80 per jaar met af en toe een uitschieter naar boven.³ Oftewel: er is geen stijging van het aantal bestuurdersaansprakelijkheidszaken. De voor de hand liggende conclusie dat deze bevinding mijn uitgesproken twijfel over de stelling van Van Bekkum rechtvaardigt, trekken de auteurs echter niet.

Wat de auteurs wel doen is de onderzoeksperiode in tijdvakken van vijf jaar verdelen om 'uitschieters te neutraliseren'. Zij zien daardoor in tabel 1 alsnog een '(lichte) stijgende lijn in absolute zin van 11,06%' in de periode van 2013 t/m 2017 ten opzichte van de periode 2008 t/m 2012.⁴ Uit figuur 2 blijkt echter dat twee van de drie uitschieters in het tweede tijdvak vallen en dat verklaart een stijging van 11,06% procent. Dat komt de auteurs natuurlijk welgevallig uit in het licht van de stelling die zij willen bewijzen. Zouden echter tijdvakken van vier jaar zijn gebruikt en het tijdvak 2014 t/m 2017 vergeleken worden met het tijdvak 2010 t/m 2013 dan laat figuur 2 geen stijging zien maar eerder een lichte gemiddelde daling. Bij een verdeling in tijdvakken van drie jaar of twee jaar is dat beeld (bijna)⁵ niet anders. De lezer ziet hoe dezelfde cijfers tot andere conclusies kunnen leiden en hoe een mening ten onrechte als een 'feit' kan worden gepresenteerd.

3. Relatieve stijging of daling?

De auteurs hebben vervolgens een 'relatieve kwantitatieve ontwikkeling' onderzocht.⁶ Zij hebben dat gedaan door over de periode 2003 t/m 2017 het aantal op rechtspraak.nl gepubliceerde bestuurdersaansprakelijkheidszaken (936) te vergelijken met het totale aantal op rechtspraak.nl in deze periode gepubliceerde uitspraken van de bodemrechter in civiele dagvaardingsprocedures (21.233). Omdat – om een lang verhaal kort te maken – door de loop der jaren steeds minder uitspraken zijn gepubliceerd op rechtspraak.nl en het aantal gepubliceerde uitspraken in bestuurdersaansprakelijkheidszaken redelijk constant (net onder de 80 per jaar) is gebleven, is volgens de auteurs sprake van een 'significante relatieve stijging' van het aantal bestuurdersaansprakelijkheidszaken. Betrouwbaar is deze conclusie evenwel niet. Uit de WODC-gegevens die de auteurs zelf noemen in voetnoot 27 blijkt immers dat in de periode 2005 t/m 2017 sprake is van een totale instroom van 339.746 zaken bij de bodemrechter in civiele dagvaardingsprocedures. Het door de auteurs genoemde getal van 21.233 vertegenwoordigt dus nog niet eens 6,25% daarvan.⁷

1 Zie par. 1.1 en voetnoot 5 van de bijdrage. De daarin genoemde bronnen vormen een reactie op mijn bijdrage in *Ondernemingsrecht* 2016/24 waarop ook een (eveneens niet genoemd) naschrift is verschenen in *Ondernemingsrecht* 2016/99. Het geheel vormt overigens onderdeel van een breder betoog dat de 'ernstig verwijt'-maatstaf en de 'hoge drempel voor aansprakelijkheid' niet deugen. Zie W.A. Westenbroek, *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie* (diss. Rotterdam) (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 108), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

2 Zie par. 1.3 van de bijdrage.

3 Zie par. 1.3 en 2.1 van de bijdrage.

4 Zie par. 1.3 en 2.1 van de bijdrage.

5 Er bestaat een lichte stijgende lijn van de tijdvakken 2008/2009 naar 2012/2013 maar dat kan natuurlijk ook niet anders, want gemiddeld gezien blijft het aantal zaken per jaar redelijk constant.

6 Zie par. 1.3 en 2.1 van de bijdrage.

7 Rechtspraak.nl als basis voor het onderzoek lijkt reeds daarom niet geschikt. Als voorts bijvoorbeeld niet is gekeken naar de motieven om bepaalde uitspraken (kennelijk 93,75%) niet te publiceren, kan geen enkele conclusie worden getrokken. Misschien worden bestuurdersaansprakelijkheidszaken bijvoorbeeld sneller gepubliceerd dan 6:74 BW-zaken?

De conclusies lijken mij bovendien kort door de bocht en selectief. Zo vinden de auteurs het opvallend dat bestuurdersaansprakelijkheidszaken 'niet meelopen in de algehele trend van een daling van het totale aantal civiele bodemprocedures'. Zij verwijzen daartoe onder andere naar de genoemde WODC-gegevens waaruit zou blijken dat dit totale aantal 41.163 bedroeg in 2010 terwijl dat in 2016 is gedaald tot 13.701. Omdat het aantal op rechtspraak.nl gepubliceerde uitspraken over bestuurdersaansprakelijkheid constant op net onder de 80 is gebleven, zou sprake zijn van 'een toegenomen bereidwilligheid om bestuurders aansprakelijk te stellen'. De enige *eventuele* conclusie die echter uit een daling van het totale aantal civiele bodemprocedures getrokken kan worden is dat er kennelijk *afgenomen* bereidwilligheid bestaat voor *andere* civiele bodemprocedures, maar geen *toegenomen* bereidwilligheid voor bestuurdersaansprakelijkheidszaken. De auteurs laten voorts onvermeld dat als men de genoemde WODC-gegevens raadpleegt, daarin ook te vinden is dat de instroom van het aantal civiele dagvaardingszaken bij de rechtbank van 35.203 in 2005 is gestegen tot 41.163 in 2010. Dit zou bij een gelijkblijvend aantal bestuurdersaansprakelijkheidszaken – in de methode van de auteurs – juist 'een significante relatieve daling' van het aantal bestuurdersaansprakelijkheidszaken en dus een *afgenomen* bereidwilligheid om bestuurders aansprakelijk te stellen moeten betekenen in de periode 2005 tot 2010. De auteurs beperken zich evenwel tot de genoemde selectieve conclusie dat over de periode 2010 tot 2016 sprake is van een 'relatieve stijging'.

Een ander punt is dat de auteurs in het kader van hun onderzoek naar 'de bereidwilligheid' om te procederen tegen bestuurders alleen maar een vergelijking hebben gemaakt met dagvaardingsprocedures bij de rechtbank. Procedures bij de kantonrechter en verzoekschriftprocedures bij beide instanties hebben zij niet erbij betrokken, terwijl dat ook iets zegt over bereidwilligheid om te procederen. Bovendien is het een feit van algemene bekendheid dat de druk op de rechterlijke macht toeneemt. Dat blijkt ook uit de WODC-gegevens: het totaal aantal civiele dagvaardings- en verzoekschriftprocedures bij de kantonrechter en rechtbank in eerste aanleg is van 921.244 in 2005 gestegen naar 1.126.177 in 2017. Ook dit laten de auteurs onvermeld, terwijl het laat zien dat over de gehele linie in het civiele recht meer bereidwilligheid bestaat om te procederen en meer geprocedeerd wordt (een stijging van 22,2% terwijl de bevolking tussen 2003 en 2017 is gegroeid met slechts 6,1%, zie hierna).⁸ Volgens de statistische methode van de auteurs zou dit bij een gelijkblijvend aantal bestuurdersaanspra-

kelijkheidszaken betekenen: geen 'significante relatieve stijging', maar juist een significante relatieve *daling* van bestuurdersaansprakelijkheidszaken en een 'afgenomen bereidwilligheid' om bestuurders aansprakelijk te stellen ten opzichte van de bereidwilligheid om andere civiele procedures te voeren.

Nog meer tot mijn verbazing is dat de auteurs niet gekeken hebben naar de meest logische en fundamentele (via het CBS en de Kamer van Koophandel beschikbare) variabelen om een 'relatieve kwantitatieve ontwikkeling' te onderzoeken. Namelijk: het aantal rechtspersonen over de jaren heen en de bevolkingsgroei.⁹ Tussen 2010 en 2016 is het aantal rechtspersonen in Nederland immers met bijna 190.000 (!) gestegen. Dat is een stijging van 17,6%. Zie in dit verband het onderstaande schema dat de minister in 2016 hanteerde.¹⁰

Rechtsvorm	2010	2016	stijgingspercentage
BV	763.766	907.954	18%
NV	3.608	4.197	16%
Coöperatie	5.007	8.328	66%
Vereniging	99.652	100.054	0,4%
Vereniging beperkt	17746	25.825	45%
Stichting	181936	214.232	17%
Totaal	1.071.715	1.260.590	

De stijging tussen 2003 en 2010 was zo mogelijk nog groter. Het aantal besloten vennootschappen in 2003 was vermoedelijk nog geen 50% (!) van wat het in 2016 was.¹¹ Het aantal rechtspersonen en daarmee (naar mag worden aangenomen ook) het aantal bestuurders is tussen 2003 en 2016 dus substantieel gestegen en bleef ook in 2017 stijgen.¹² Ook het aantal inwoners in Nederland is tussen 2003

8 De conclusie van de auteurs dat 'geen grond bestaat voor mijn 'argument' dat een eventuele toename van het aantal bestuurdersaansprakelijkheidszaken zou kunnen worden verklaard door een toegenomen economische activiteit in absolute zin omdat mijn redenering immers ook gevolgen zou moeten hebben voor het totale aantal civiele geschillen bij de rechter', is dus ook onjuist. Er is in absolute zin simpelweg wel een toename van het totale aantal civiele geschillen bij de rechter zo blijkt uit de WODC-gegevens die auteurs geraadpleegd maar niet genoemd hebben.

9 De relevantie hiervan spreekt voor zich: als 1.000 rechtspersonen bestaan en 10 bestuurdersaansprakelijkheidszaken aanhangig worden gemaakt dan wordt dus 1% van de bestuurders aansprakelijk gesteld. Als er tien jaar later 10.000 rechtspersonen bestaan en het aantal bestuurdersaansprakelijkheidszaken gelijk is gebleven, dan wordt nog maar 0,1% van de bestuurders aansprakelijk gesteld. Een relatieve daling dus. Ook de bevolkingsgroei is relevant als wordt aangenomen dat door die groei meer mensen met rechtspersonen te maken hebben. Het verschil tussen honderd zaken per 10.000 inwoners (1%) en honderd zaken per 1 miljoen inwoners (0,01%) spreekt voor zich.

10 Kamerstukken II 2016/17, 29752, nr. 9 (Brief van 9 december 2016 van de Minister van Veiligheid en Justitie aan de Tweede Kamer over Modernisering van het Ondernemingsrecht), p. 4 bevattende een overzicht uit de KvK tot en met 1 september 2016.

11 Kamerstukken II 2003/04, 29752, nr. 2 (Nota Modernisering van het Ondernemingsrecht), p. 5 spreekt over 175.000 besloten vennootschappen in 2003 onder verwijzing naar gegevens van het CBS. Ditzelfde CBS spreekt van 334.315 besloten vennootschappen ultimo 2016. Het verschil met de gegevens uit de KvK kan worden verklaard doordat veel rechtsvormen geen goedkeuring geven om hun bedrijfsgegevens te delen, maar het gaat om de verhoudingen. In 2016 zijn er bijna twee keer zoveel besloten vennootschappen als in 2003.

12 Westebroek 2017 (diss.), par. 10.6.3, p. 419-420 waar de gegevens uit de KvK tot 15 februari 2017 zijn opgenomen.

en 2017 gestegen: van 16,2 miljoen naar 17,2 miljoen. Een absolute stijging van 1 miljoen inwoners en een procentuele stijging van 6,1%. Het zou dus logisch zijn als het aantal bestuurdersaansprakelijkheidszaken ook zou zijn gestegen. Toch is dat constant gebleven op een gemiddelde van net onder de 80 zaken per jaar. Anders gezegd: terwijl de auteurs spreken van een 'significante relatieve stijging' blijkt hieruit juist een significante relatieve *daling* van het aantal bestuurdersaansprakelijkheidszaken en derhalve – als ik de redeneerwijze van de auteurs zou gebruiken – een *afgenomen* bereidwilligheid om te procederen.

4. 'Bereidwilligheid' om te procederen?

Er is ook een meer fundamenteel probleem met de cijfermatige en statistische benadering van de auteurs. Want kan op grond van de door de auteurs gepresenteerde cijfers en statistieken überhaupt iets gezegd worden over de 'bereidwilligheid' om te procederen? Zonder inzicht in de oorzaken van een stijging of daling van het aantal (op rechtspraak.nl gepubliceerde) rechtszaken op verschillende rechtsgebieden, is hier geen enkele conclusie aan te verbinden.¹³ In de loop der jaren zou het aantal bestuurdersaansprakelijkheidszaken best kunnen zijn gestegen (in theorie, want dat is dus niet gebleken), niet omdat toegenomen *bereidwilligheid* bestaat maar simpelweg omdat toegenomen *aanleiding* bestaat om te procederen. Of dat zo is heb ik niet cijfermatig onderzocht, maar als ik kijk naar de (forse) toename van het aantal toewijzingen van vorderingen op alle rechtsgronden (art. 2:9, art. 2:138/248 BW en art. 6:162 BW) in de loop der jaren, zoals opgenomen in figuren 8a t/m 8c van de bijdrage van de auteurs, dan lijkt deze vraag positief beantwoord te moeten worden. Kennelijk zien rechters ook steeds meer *aanleiding* om vorderingen toe te wijzen.¹⁴ De auteurs benoemen de forse toename van het aantal toewijzingen die blijkt uit deze figuren niet. Een vergelijking tussen het aantal zaken en het aantal toewijzingen in deze figuren laat evenwel zonneklaar zien dat *meer* aanleiding en dus kennelijk een relatieve daling van de *onterechte* bereidwilligheid bestaat om te procederen.

Deze toegenomen *aanleiding* valt bovendien ook uit talloze publieke bronnen te herleiden. Misstanden de afgelopen jaren bij zorginstellingen, woningbouwcorporaties, sportverenigingen, goede doelen, bouwondernemingen, financiële instellingen en andere (grote) ondernemingen,¹⁵ geven geen enkele aanleiding om te denken dat bestuurders 'bang'

zijn.¹⁶ Als men kijkt naar reactieve pogingen van verschillende Ministeries de afgelopen jaren om onverantwoordelijk gedrag van bestuurders te benoemen en/of de kop in te drukken, ontstaat daar evenmin een beeld uit dat wij leven in een samenleving met '(nog) bange(re) bestuurders' die steeds sneller (door een 'toegenomen bereidwilligheid') aansprakelijk worden gesteld. Integendeel. In 2013 werd bijvoorbeeld het Wetsvoorstel Civielrechtelijk Bestuursverbod ingediend. Het doel ervan was: "om te voorkomen dat frauduleuze bestuurders hun activiteiten via allerlei omwegen en met nieuwe rechtspersonen ongehinderd kunnen voortzetten".¹⁷ De Commissie Behoorlijk Bestuur adviseerde het kabinet 'de civiele aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders aan te scherpen om de morele kwaliteit van bestuurlijk handelen te verbeteren'.¹⁸ De Minister van Justitie schreef aan de Tweede Kamer:

"Het kabinet wil (...) de drempel tot aansprakelijkstelling of ontslag van wanpresterende bestuurders en toezichthouders verlagen."¹⁹

In 2014 stelde de Minister voor Wonen naar aanleiding van de resultaten uit het parlementaire onderzoek over wantoestanden bij woningcorporaties:²⁰

"Als ik de verhoren bekeek was iedereen ontzet over de misstanden die er geweest zijn."²¹

In de zorgsector was het beeld niet anders toen de Minister van Volksgezondheid in 2016 het had over "aanscherpen van verantwoordelijkheden over en weer van bestuurders en interne toezichthouders, versterken van het externe toezicht en aanpak van onbehoorlijk bestuur en wanbeleid".²² In de financiële sector is in 2016 de Wet Beloningsbeleid Financiële Ondernemingen in werking getreden. Aanleiding daarvoor was "om prikkels die aanleiding kunnen geven tot het nemen van ongewenste en onverantwoorde risico's" te voorkomen omdat "perverse beloningsprikkels wereldwijd werden gezien als één van de oorzaken van de financiële crisis". In 2018 stelde de Minister van Financiën dat het bonusplafond "bijdraagt aan minder risicovol gedrag".²³ In de zorgsector blijft onrust bestaan, zo blijkt uit de signaleringsbrief van 5 maart 2019 van de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ) en Nederlandse Zorgautoriteit (NZa):

13 Denk aan: motief om wel/niet te publiceren, verandering van competentiegrenzen, ontwikkelingen in de gefinancierde rechtshulp, alternatieve geschillenbeslechting, veranderingen in het procesrecht, etc.

14 In het tijdvak 2008-2012 werd 28% van de 2:9 BW-vorderingen toegewezen. In 2013-2017 werd 49% toegewezen (figuur 8a). Dat is een stijging van 75% (dat is best veel). In het tijdvak 2008-2012 werd 47% van de 2:138/248 BW-vorderingen toegewezen. In 2013-2017 werd 60% toegewezen (figuur 8b). Dat is een stijging van 27%. De cijfers over art. 6:162 BW zijn redelijk stabiel, maar ook daar wordt in tijdvakken 2008-2012 (32%) en 2013-2017 (31%) meer toegewezen dan in het tijdvak 2003-2007 (24%). Het betreft een stijging van 29% respectievelijk 33%.

15 Zie Westenbroek 2017 (diss.), par. 1.1, p. 1 voor een paar voorbeelden, maar de kranten hebben er ook vol van gestaan.

16 Het aantal FIOD-onderzoeken en veroordeelde directeuren in al deze sectoren laat geen ander beeld zien. Ik noem geen namen maar de bronnen zijn openbaar.

17 Zie *Kamerstukken II 2013/14*, 34011, nr. 3, p. 1-2 waarin ook stond: "Uit cijfers (...) over 2010 blijkt dat in faillissementen (...) bijna 4 miljard euro aan ongedekte schulden overblijft. Daarvan komt bijna 700 miljoen euro (zo'n 18%) voort uit (...) strafbare benadeling". Op 1 juli 2016 werd de wet ingevoerd (Wet civielrechtelijk bestuursverbod, *Stb.* 2016, 153).

18 *Kamerstukken II 2012/13*, 28479, nr. 68, Bijlage 'blg-250935', p. 24 onder 'Aanbevelingen aan de politiek'.

19 *Kamerstukken II 2012/13*, 33750 VI, nr. 31 (Brief van 12 november 2013 van de Minister van Justitie aan de Tweede Kamer).

20 *Kamerstukken II 2014/15*, 33606, nr. 4.

21 Vindbaar op www.nos.nl, interview van 30 november 2014.

22 *Kamerstukken II 2015/16*, 32012, nr. 35, p. 1.

23 *Kamerstukken II 2013/14*, 33964, nr. 2 (Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen); en *Kamerstukken II 2017/18*, 33964, nr. 46, p. 1.

“Steeds vaker ontvangen de IGJ en de NZa meldingen en signalen over het oneigenlijk besteden van zorggeld en twijfelachtige financiële of organisatorische constructies. (...) Het gaat hierbij om (...) belangenverstrengeling en integere bedrijfsvoering, maar ook om de algemene verplichtingen ten aanzien van goed bestuur zoals opgenomen in het Burgerlijk Wetboek.”²⁴

Er wordt hier vanzelfsprekend bedoeld op artikel 2:9 BW. Het zijn maar een paar voorbeelden die tot zorg zouden moeten leiden als men ziet dat het aantal rechtspersonen de afgelopen jaren sterk is gegroeid maar het aantal bestuurdersaansprakelijkheidszaken constant is gebleven. Laat dit zien dat het bestaande raamwerk voor bestuurdersaansprakelijkheid goed in elkaar steekt?

5. Een goed raamwerk?

Als bovendien relatief *minder* aansprakelijk wordt gesteld en in absolute zin (*fors*) *meer* wordt toegewezen, zou dat kunnen betekenen dat gedupeerden het er vaker bij laten zitten omdat het ‘raamwerk van bestuurdersaansprakelijkheid’ hen te ingewikkeld is geworden om hun aanspraken als eisende partij op te baseren. Het zou ook kunnen betekenen dat bestuurders zich soms ‘te vogelvrij’ voelen en dat zou kunnen verklaren dat vanuit maatschappij en politiek (niet onbegrijpelijk) een roep ontstaat om bestuurders meer in toom te houden. Misschien moet eens wat langer stil worden gestaan bij de in de rechtswetenschap vastgeroeste paradigma’s van (nog) bange(re) bestuurders, ‘ernstig verwijt’, en een ‘hoge drempel voor aansprakelijkheid’ om bestuurders te beschermen.²⁵ Welk signaal wordt hiermee in de praktijk afgegeven en welke functie hebben deze woorden nu echt? De forse toename van het aantal toewijzingen in de loop der jaren geeft meer aanleiding om bestuurders duidelijker te wijzen op hun verantwoordelijkheden dan hen erop te wijzen dat ‘ze toch niet zo snel aansprakelijk zijn’. Daar zouden bestuurders ook mee worden geholpen, getuige deze forse toename. Misschien is het wel zo dat de rechtswetenschap meer bijdraagt aan de maatschappij door dát te doen, dan vast te houden aan de bestaande terminologie en te betogen dat het bestaande raamwerk goed in elkaar steekt. Zeker als met een statistische en cijfermatige benadering gesuggereerd wordt dat dit betoog een wetenschappelijke empirische basis heeft, waarmee een debat van ‘meningen naar feiten zou zijn verheven’. De rechtswetenschap draagt wat dat betreft ook een verantwoordelijkheid die niet te lichtzinnig moet worden opgevat. Dat blijkt ook wel nu de Minister voor Rechtsbescherming, die zich bezighoudt met het wetsvoorstel Bestuur en Toezicht, ver-

wees naar de bijdrage van de auteurs bij de beantwoording van de vraag van Kamerleden om te reageren op mijn commentaar op dat voorstel.²⁶ Dat is natuurlijk mooi voor de auteurs, maar als de conclusies niet worden gedragen door werkelijkheid is dat bepaald niet gelukkig.²⁷

De conclusie van de auteurs luidende “*de resultaten van het onderzoek ondersteunen in dat geval het standpunt van Timmerman dat het raamwerk van bestuurdersaansprakelijkheid goed in elkaar steekt*” is voor mij (op zichzelf en mede gelet op al het voorgaande) dan ook niet te begrijpen. Niet alleen wordt deze conclusie niet gedragen door de onderzoeksbevindingen, er bestaat ook geen logisch of causaal verband tussen het cijfermatig onderzoek van de auteurs en de normatieve stelling dat het raamwerk van bestuurdersaansprakelijkheid (de theorie) goed in elkaar steekt. Wat dat betreft zou het logischer zijn geweest als de auteurs waren ingegaan op de vraag of de introductie van de ‘ernstig verwijt’-maatstaf in 1997 voor interne aansprakelijkheid²⁸ en in 2006 voor externe aansprakelijkheid²⁹ heeft geleid tot een (relatieve) wijziging van het aantal bestuurdersaansprakelijkheidszaken en/of een (relatieve) wijziging van het aantal toe- of afwijzingen. Als het daadwerkelijk zo is dat deze maatstaf, die overigens pas sinds 2008 (interne aansprakelijkheid) respectievelijk 2014 (externe aansprakelijkheid) is bestempeld als een ‘hoge drempel voor aansprakelijkheid’,³⁰ een bepaalde nuttige functie heeft in het ‘raamwerk’ en bijvoorbeeld de toegenomen bereidwilligheid om bestuurders aansprakelijk te stellen beteugelt, dan hadden zij dat op die manier kunnen proberen aan te tonen. Daar blijkt echter niets van. Dat sinds 1997 respectievelijk 2006 ineens een verandering in de rechtspraak is opgetreden doordat de rechter *de facto* met de ‘ernstig verwijt’-maatstaf ‘minder streng’ zou zijn gaan toetsen is ook niet opgefallen.³¹ Het bevestigt mijn stelling dat het “ernstig verwijt’-jasje”³² niets

24 Vindbaar op www.rijksoverheid.nl

25 Terwijl ook N.T. Pham, *Directors' liability. A legal and empirical study* (diss. Rotterdam) (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 101), Deventer: Wolters Kluwer 2017, hoofdstuk 7 op basis van een empirisch (en niet statistisch) onderzoek concludeerde dat er ‘geen concluderend antwoord is op de vraag of bestuurders bang zijn voor aansprakelijkheid’ en dat er ‘geen concluderend antwoord is op de vraag of de vrees om aansprakelijk te worden gehouden tot onwenselijk defensief gedrag leidt’. De auteurs verwijzen wel naar dit onderzoek in voetnoot 51 van de bijdrage, maar benoemen deze conclusie niet.

26 *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 11 (Brief van 20 mei 2019 van de Minister voor Rechtsbescherming), p. 11-12.

27 En terwijl de Wet Bestuur en Toezicht 2011 (*Stb.* 2011, 275) net is geëvalueerd (H.E. Boschma e.a., *Evaluatie Wet bestuur en toezicht* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 110), Deventer: Wolters Kluwer 2018) is de kritiek op het huidige wetsvoorstel inmiddels aanleiding voor Kamerleden om voor te stellen ook dit wetsvoorstel te evalueren. Zie *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 12 (Amendement van de leden Van Gent en Van Dam). Ik zou menen dat de minister er beter aan doet de kritiek serieus te nemen in plaats van wéér een evaluatie op te nemen in de wet.

28 HR 10 januari 1997, *NJ* 1997/360, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Staleman/Van de Ven*).

29 HR 8 december 2006, *NJ* 2006/659 (*Ontvanger/Roelofsen*).

30 HR 20 juni 2008, *NJ* 2009/21, m.nt. J.M.M. Maeijer & H.J. Sniijders (*Willemsen/NOM*); en later HR 5 september 2014, *NJ* 2015/21, m.nt. P. van Schilfgaarde; en *JOR* 2014/296, m.nt. M.J. Kroeze (*Hezemans/Tulip Air*); en HR 5 september 2014, *NJ* 2015/22, m.nt. P. van Schilfgaarde; en *JOR* 2014/325, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*RCI/Kastrop*).

31 Een enkele uitzondering daargelaten (zij het in 2014). Zie HR 5 september 2014, *NJ* 2015/22, m.nt. P. van Schilfgaarde; en *JOR* 2014/325, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*RCI/Kastrop*) dat evenwel juist tot grote kritiek heeft geleid in de literatuur. Zie de bronnen in Westenbroek 2017 (diss.), par. 9.4.3 en 10.2.6, p. 346 e.v.

32 Zie bijv. W.A. Westenbroek, ‘De waarborgfunctie van het rechtspersonenrecht’, *MvO* 2018 afl. 3/4, par. 7.5: “*Dat de Hoge Raad in Ontvanger/Roelofsen alleen maar met de mond een hogere drempel belijdt, blijkt uit het feit dat in dit arrest de Beklamel-norm uit 1989 én de nakomingsfrustratie-norm uit 1958 gewoon worden herhaald. In Ontvanger/Roelofsen is er alleen een semantisch ‘ernstig-verwijtjasje’ omheen gedaan.*”

meer is dan een onnodig dogmatisch semantisch probleem dat tot onduidelijkheid en een gebrekkige theorie leidt.

6. Conclusie

Er zijn nog meer kanttekeningen te plaatsen, maar ik laat het hierbij. Al met al concludeer ik dat de auteurs met een (ogenschijnlijk empirisch-) statistische benadering de theorie en de begrippen die thans worden gebruikt in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht hebben willen verdedigen in reactie op mijn veelomvattende kritiek daarop. Dat is bewonderenswaardig, maar de auteurs zijn naar mijn mening niet geslaagd in hun opzet en hebben meningen ten onrechte als feiten gepresenteerd. Het maakt hun cijfermatige bevindingen niet minder interessant en daarvoor lof. Van Schilfgaarde had het echter bij het juiste eind waar hij in 2017 schreef: *“het bange bestuurders argument (inclusief de verwijzing naar het voorkomen van defensief gedrag) kan maar beter geschrapt worden”*. Hij constateerde ook terecht dat de maatstaf voor aansprakelijkheid tot interpretatieproblemen leidt bij het huidige art. 2:9 BW, dat de norm *“vaag is en blijft”*, *“veel van haar onderscheidende kracht zal verliezen”*, *“weinig zekerheid biedt en daardoor weinig zal bijdragen tot de vermindering van ‘defensief gedrag’ van bestuurders”*.³³ De auteurs noemen dit ‘voorkomen van defensief gedrag’ juist als belangrijk argument voor het vasthouden aan de maatstaf als hoge drempel voor aansprakelijkheid.³⁴ Als men echter moet vaststellen dat het aantal toewijzingen fors is gestegen dan lijkt dit argument ook om die reden niet te deugen³⁵ en door te slaan naar de verkeerde kant. Het zou goed zijn als de Minister voor Rechtsbescherming die zich bezighoudt met het wetsvoorstel Bestuur en Toezicht dat inziet.³⁶ Zijn ambtsgenoten op andere Ministeries zullen daar gelet op de genoemde zorgen bij andere Ministeries begrip voor hebben. Bij al het voorgaande maak ik het voorbehoud dat ik misschien ook wel denkfouten heb gemaakt of analyses niet goed begrepen heb. Ik ben echter geen statisticus.

Mr. dr. W.A. Westenbroek³⁷

³³ Van Schilfgaarde 2017, hoofdstuk 36, p. 490 en 492.

³⁴ Van Bekkum, *Ondernemingsrecht* 2016/98, par. 8. Zie ook L. Timmerman, ‘Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid’, in: Van Solinge e.a., *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 140), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 25-40, zoals eerder verschenen in *WPNR* 2016/7105 (p. 324-330), par. 2. Zie in reactie daarop W.A. Westenbroek, ‘Reactie op Wat wil deze advocaat-generaal. Over een pragmatische beoefening van ondernemingsrecht’, *WPNR* 2018/7189; en het naschrift van Timmerman in *WPNR* 2018/7189.

³⁵ Zie voor andere redenen: Westenbroek diss. 2017, par. 5.3.10, 5.3.11 en par. 10.6.

³⁶ De Minister heeft eerder laten blijken op dit punt niet open te staan voor kritiek op de redactie van art. 2:9 BW. Zie *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 8, p. 3-4; en *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 9, p. 8-11. Zie daarover ook kort par. 5 van mijn bijdrage in *MvO* genoemd in de vorige noot.

³⁷ W.A. Westenbroek is advocaat bij WestLegal te Amsterdam en verbonden aan de Erasmus School of Law.

Naschrift

Ondernemingsrecht 2019/130

1. Inleiding

In een eerdere bijdrage in dit tijdschrift hebben wij een eerste aanzet gedaan voor kwantitatief onderzoek naar de ontwikkeling van de bestuurdersaansprakelijkheidsrechtspraak in de periode 2003 t/m 2017.¹ De bedoeling was onder meer om het debat over de al dan niet toegenomen bereidwilligheid om bestuurders persoonlijk aansprakelijk te stellen en de eventuele groei van het aantal procedures als gevolg daarvan te verheffen van meningen naar feiten. Met veel belangstelling lazen wij de reactie van Westenbroek op deze bijdrage.

Westenbroek trekt al langere tijd ten strijde tegen de wijze waarop de Hoge Raad het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht de laatste vijftien jaar heeft vormgegeven. Ook in zijn reactie op onze bijdrage noemt hij zijn bredere *“betoog dat de ‘ernstig verwijt’-maatstaf en de ‘hoge drempel voor aansprakelijkheid’ niet deugen”*.² De Minister voor Rechtsbescherming heeft echter recent laten weten dat het betoog van Westenbroek om de ‘ernstig verwijt’-maatstaf te laten vallen in het kader van art. 2:9 BW niet zal worden gevolgd.³

Uit zijn reactie op onze bijdrage blijkt dat Westenbroek hierdoor niet is ontmoedigd. Hij zet zijn betoog eerder nog wat feller aan. Daarbij focust hij zich op onze bevinding dat uit de door ons waargenomen cijfers een toegenomen bereidwilligheid om bestuurders aansprakelijk te stellen kan worden afgeleid. Hij bestrijdt deze bevinding te vuur en te zwaard.⁴ In zijn reactie sleept Westenbroek het debat echter weer terug naar het domein van de meningen, zonder dat onze feitelijke vaststellingen en conclusies worden geraakt. In dit naschrift lichten wij dit toe.

2. Absolute kwantitatieve ontwikkeling van het aantal gepubliceerde bestuurdersaansprakelijkheidszaken

Wij hebben onderbouwd geschat dat het absolute aantal op rechtspraak.nl gepubliceerde bestuurdersaansprakelijkheidszaken over de jaren 2008 t/m 2017 redelijk constant is. Westenbroek hecht veel waarde aan die bevinding.⁵ Het past in zijn betoog dat de ‘ernstig ver-

¹ J. van Bekkum & N. Kreileman, ‘Bestuurdersaansprakelijkheidsrechtspraak. Kwantitatieve trends 2003-2017’, *Ondernemingsrecht* 2019/61 (p. 308 t/m 320).

² Reactie Westenbroek, *Ondernemingsrecht* 2019/129, voetnoot 2.

³ *Kamerstukken II* 2018/19, 34 491, 9, p. 8 en 9.

⁴ Westenbroek trekt zelfs onze wetenschappelijke integriteit in twijfel. Hij suggereert dat wij met ons onderzoek de vooraf ingenomen stelling hebben willen bewijzen dat sprake is van een toegenomen bereidwilligheid om bestuurders aansprakelijk te stellen. Daartoe zouden wij selectief onderzoek hebben gedaan en onze cijfers selectief hebben gepresenteerd. Dat is natuurlijk niet geval. In dit naschrift laten we dit punt verder rusten.

⁵ Reactie Westenbroek, *Ondernemingsrecht* 2019/129, par. 2.