

Ernstig verwijt revisited bij Wet bestuur en toezicht rechtspersonen 2020 en de evaluatie van de Wet bestuur en toezicht 2011

Mr. dr. W.A. Westenbroek

De ‘ernstig verwijt’-problematiek binnen het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht is nog steeds onderwerp van discussie. In deze bijdrage wordt ingegaan op hoe deze problematiek aan de orde is gekomen bij de evaluatie van de Wet bestuur en toezicht 2011 en bij de behandeling van de eind 2020 aangenomen Wet bestuur en toezicht rechtspersonen.

1 Inleiding

Op 10 november 2020 heeft de Eerste Kamer de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen (WBTR 2020) als hamerstuk afgedaan. De WBTR 2020 beoogt de regeling voor bestuur en toezicht bij de verschillende soorten rechtspersonen aan te vullen en te verduidelijken en is daarbij met name gericht op verbetering van het wettelijk kader voor de vereniging, de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij en de stichting.¹ De WBTR 2020 treedt in werking op 1 juli 2021² en borduurt voort op de op 1 januari 2013 in werking getreden Wet bestuur en toezicht van 6 juni 2011 (WBT 2011).³ Een klein en onopvallend onderdeel van deze WBT 2011 was de codificatie in artikel 2:9 BW van de zogenoemde ‘ernstig verwijt’-maatstaf, die in 1997 met het arrest Staleman/Van de Ven⁴ in de rechtspraak zijn intrede heeft gedaan. Met de codificatie daarvan in de WBT 2011 werd geen koerswijziging van de aansprakelijkheidspositie van de bestuurder beoogd, en de wetswijziging was slechts ingegeven door de wens van de minister om de formulering van artikel 2:9 BW te laten aansluiten op de in rechtspraak gebruikte terminologie.⁵ Vanaf 2016 heb ik onderbouwd dat deze rechtspraak en de ‘ernstig verwijt’-maatstaf de theorie nodeloos ingewikkeld hebben gemaakt en dogmatisch gebrekkig zijn.⁶ Ik concludeerde dat de codificatie dient te worden teruggedraaid. Ook anderen beschouwden de maatstaf inmiddels als vaag en weinig zekerheid biedend.⁷ Voordat de kritiek de minister had kunnen bereiken, diende hij op 8 juni 2016 het

voorstel van de WBTR 2020 in. In deze bijdrage zal ik nader ingaan op hoe de ‘ernstig verwijt’-problematiek daarna in het evaluatierapport van de WBT 2011 (hierna: het Evaluatierapport)⁸ en tijdens de behandeling van de WBTR 2020 in de Tweede Kamer aan de orde is gekomen. Daarbij een disclaimer vooraf: de indruk van ‘napleiten’ zou kunnen ontstaan, maar daarvan is geen sprake. De minister en de onderzoekers die de evaluatie van de WBT 2011 uitvoerden, hebben de discussie over de ‘ernstig verwijt’-problematiek namelijk ontweken. Dat zal ik in deze bijdrage laten zien. Uiteindelijk heeft de minister de bal teruggekaatst naar de rechter om de rechtspraak ‘verder in te kleuren’. Hoewel de rechter zich daartoe uiteraard kan bedienen van de steeds meer aanzwellende kritiek in de literatuur,⁹ zou het voor de rechtszekerheid wenselijk zijn geweest indien de minister zich helder over de materie had uitgelaten. Met deze bijdrage beoog ik de rechter en de rechtswetenschap te laten zien dat de discussie nog geheel openligt, en dat zowel de rechter als de rechtswetenschap daarin een rol kan spelen. Van belang is daarbij dat de hierin besproken ‘ernstig verwijt’-problematiek mede aanleiding vormde voor de minister om op het laatste moment toe te zeggen dat ook de WBTR 2020 in de toekomst aan een evaluatie wordt onderworpen. Deze bijdrage, de hierin genoemde bronnen en de hierin aan de orde gestelde vragen kunnen behulpzaam zijn bij het zoeken naar duidelijkheid over de werking van artikel 2:9 BW, bij de bestudering van het Evaluatierapport en bij de toekomstige evaluatie van de WBTR 2020.

2 Verhouding evaluatie WBT 2011 en WBTR 2020

Toen de minister op 8 juni 2016 het oorspronkelijke wetsvoorstel¹⁰ (dat in 2018 grondig is gewijzigd¹¹) van de WBTR 2020 aanbood aan de Tweede Kamer, moest de evaluatie van de WBT 2011 nog worden uitgevoerd.¹² De Raad van State merkte bij de behandeling van de WBTR 2020 dan ook op dat het wetsvoorstel vooruitliep op de resultaten van die evaluatie en dat hij het voorstel daarom op bepaalde punten prematuur achtte. Om het risico te voorkomen dat de wet op korte termijn opnieuw gewijzigd zou moeten worden, adviseerde de Raad van State in elk geval op die punten de evaluatie af te wachten.¹³ De verdere behandeling van de WBTR 2020 heeft toen enige tijd stilgelegen. Ondertussen werd de evaluatie van de WBT 2011 uitgevoerd door een onderzoeksgroep van de Rijksuniversiteit Groningen. Eind 2017 leverde dat eerdergenoemd Evaluatierapport op. Bij de aanbieding van dit Evaluatierapport aan de Tweede Kamer stelde de minister de resultaten van het onderzoek te zullen betrekken bij de verdere behandeling van de WBTR 2020.¹⁴ Tijdens die verdere behandeling in de periode 2018-2020 leidde de inmiddels bij de Tweede Kamer bekend geworden kritiek op de ‘ernstig verwijt’-maatstaf tot meerdere vragen aan de minister. Hoewel het Evaluatierapport geen blijk geeft van een diepgravend onderzoek naar (de codificatie van) de ‘ernstig verwijt’-maatstaf in de WBT 2011, heeft de

minister bij de beantwoording van de vragen wel reden gezien zich op dit Evaluatierapport te baseren. In de volgende paragrafen zal worden ingegaan op de vragen en de reactie van de minister, waarbij vragen en reactie steeds geciteerd zullen worden, zodat de lezer zelf een mening daarover kan vormen.

3 Systematiek artikel 2:9 BW en betekenis en functie van ‘ernstig verwijt’ (ronde 1)

3.1 Vragen van de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie

In de nota naar aanleiding van het nader verslag van 15 februari 2019¹⁵ heeft de minister de door de leden van de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie gestelde vragen¹⁶ over de term ‘ernstig verwijt’ en artikel 2:9 BW als volgt samengevat:

1. ‘De leden van de VVD-fractie, CDA-fractie en SGP-fractie vragen om in te gaan op de bevindingen van de heer Westenbroek in zijn dissertatie (...). In het bijzonder vragen de leden van de fracties van VVD, CDA en SGP om in te gaan op de conclusie van Westenbroek dat codificatie van de ernstig-verwijtmaatstaf de systematiek en ratio van artikel 2:9 BW tenietdoet en zou moeten worden teruggedraaid.’
2. ‘De SGP-fractie vraagt om in te gaan op de alternatieve redactie van Westenbroek van artikel 2:9 BW waar de “ernstig verwijt”-maatstaf is komen te vervallen. De SGP-fractie vraagt tevens of er een duidelijk verschil bestaat tussen de norm van een “ernstig verwijt” en de door de wetgever oorspronkelijk bedoelde norm van het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.’
3. ‘Ook vragen de leden van de SGP-fractie of de normen van artikel 2:9 BW voor iedereen duidelijk zijn.’
4. ‘Tevens vragen de leden van de CDA-fractie en SGP-fractie of er in artikel 2:9 BW en artikel 2:138 en 2:264 BW [sic, bedoeld is 2:248 BW; WW] ten onrechte verschillende terminologie wordt gebruikt.’
5. ‘De leden van de VVD-fractie vragen wat de functie en de betekenis van de begrippen ernstig verwijt en onbehoorlijk bestuur is. Zij vragen zich tevens af of er niet-ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur bestaat en waar zij dan aan moeten denken.’

3.2 Antwoorden minister op vraag 1 tot en met 3 en commentaar

Vanwege de door de minister gestelde samenhang van de hiervoor

genoemde vraag 1 tot en met 3 heeft de minister deze als volgt tezamen beantwoord:

‘Vanwege de samenhang van de vragen van deze fracties, beantwoord ik deze tezamen. De “ernstig verwijt”-maatstaf is met de Wet bestuur en toezicht 2011 gecodificeerd in artikel 2:9 BW. Daarbij is aangesloten bij de jurisprudentie op de voet van artikel 2:9 (oud) BW. Met artikel 2:9 (nieuw) BW is geen koerswijziging inzake de aansprakelijkheidspositie van de bestuurder beoogd (Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 8-9). In het voornoemde evaluatieonderzoek van de Wet bestuur en toezicht 2011 evalueren de onderzoekers de toepassing van de “ernstig verwijt”-maatstaf. Voor het intreden van bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 (oud) BW was blijkens constante rechtspraak vereist dat de vennootschap aantoonde dat er sprake was van ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur. Dit is volgens de onderzoekers ook onder artikel 2:9 (nieuw) BW het geval (Evaluatie Wet bestuur en toezicht, par. 4.2.2, p. 102-103). De onderzoekers geven aan dat uit de rechterlijke uitspraken die na de inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht 2011 zijn geweest in de periode van 2013 tot en met 2016, hen niet is gebleken van onduidelijkheid inzake de toepassing van de “ernstig verwijt”-maatstaf. De evaluatieonderzoekers zien geen aanleiding tot het terugdraaien van de “ernstig verwijt”-maatstaf (vgl. paragraaf 4.4, p. 108). Op basis van deze conclusies van de evaluatieonderzoekers meen ik dat de codificatie van de “ernstig verwijt”-maatstaf in artikel 2:9 BW in de praktijk niet heeft geleid tot onduidelijkheid. Daarnaast wordt in de juridische literatuur de “ernstig verwijt”-maatstaf verdedigd. Zo stelt Van Bekkum dat als het “ernstig verwijt”-maatstaf wordt losgelaten, dit de bescherming die rechtspersoonlijkheid kan bieden aan privévermogen onnodig en onwenselijk dreigt te verzwakken (J. van Bekkum, “Reactie op Mr. W.A. Westenbroek, ‘Externe bestuurdersaansprakelijkheid, rechtspersoonlijkheid en toerekening’, Ondernemingsrecht 2016/24”, Ondernemingsrecht 2016/98, p. 485-487). Olden geeft aan dat “hard and fast-rules” voor bestuursaansprakelijkheid niet mogelijk zijn, omdat de taak van de bestuurder complex is. Hij meent dat er “geen systematische en geen praktische redenen [zijn] om de ‘ernstig verwijt’-maatstaf los te laten” (P.D. Olden, “Koester de maatstaf ‘ernstig verwijt’: beter hebben we niet”, Ondernemingsrecht 2015/70, afl. 11, p. 367). Al met al zie ik op basis van de conclusies van het evaluatierapport en de juridische literatuur niet de noodzaak om de “ernstig verwijt”-maatstaf los te laten zoals door Westenbroek bepleit in zijn alternatieve redactie van artikel 2:9 BW.’¹⁷

Uit het voorgaande citaat blijkt dat de minister geen antwoord heeft

gegeven op vraag 1 tot en met 3, waarin onder andere werd gevraagd in te gaan op mijn proefschrift uit 2017. Naast een verwijzing naar conclusies uit het Evaluatierapport (zie daarover de volgende paragraaf), stelt de minister slechts dat de ‘ernstig verwijt’-maatstaf wordt verdedigd in de juridische literatuur. De minister verwijst daartoe naar tijdschriftpublicaties van Olden uit 2015 en Van Bekkum uit 2016.¹⁸ De betrokken publicaties hebben echter geen betrekking op artikel 2:9 BW, maar gaan in op de aansprakelijkheid van een bestuurder jegens derden uit hoofde van onrechtmatige daad ex artikel 6:162 BW. Beide publicaties vormen toevallig wel een reactie op wat ik daarover in andere publicaties uit 2015 en 2016 (ruim vóór mijn proefschrift) heb geschreven, maar relevant voor artikel 2:9 BW zijn deze dus niet. Overigens wordt de inhoud van beide publicaties in de literatuur uitvoerig weerlegd.¹⁹ Het feit dat de minister desondanks verwijst naar deze publicaties, die dus geen betrekking hebben op artikel 2:9 BW, maar wel specifiek ingaan op iets dat ik eerder geschreven heb, doet de indruk ontstaan dat het de minister niet te doen was om objectief te onderzoeken wat in de literatuur is gezegd, maar om kritische vragen over de huidige formulering van artikel 2:9 BW parerend te ontwijken.²⁰

3.3 Het beroep op het Evaluatierapport bij vraag 1 tot en met 3 en commentaar

De minister verwijst zoals gezegd daarnaast naar het Evaluatierapport en parafraseert de onderzoekers, die stellen dat ‘hen niet is gebleken van onduidelijkheid inzake de toepassing van de “ernstig verwijt”-maatstaf en dat zij ‘geen aanleiding [zien] tot het terugdraaien van de “ernstig verwijt”-maatstaf’.²¹ De vraag is echter of de onderzoekers grondig onderzoek hiernaar hebben gedaan. Het onderwerp ‘ernstig verwijt’ wordt summier op een aantal pagina’s van het 600 pagina’s tellende Evaluatierapport behandeld.²² Uit de literatuurlijst bij het Evaluatierapport blijkt bovendien dat slechts één proefschrift is geraadpleegd dat specifiek betrekking heeft op bestuurdersaansprakelijkheid.²³ Dat proefschrift dateert uit 1989,²⁴ toen de ‘ernstig verwijt’-maatstaf uit 1997 nog niet werd gebruikt in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht. Vier kritische proefschriften over de ‘ernstig verwijt’-maatstaf van na die tijd (1993, 2010, 2017) zijn niet geraadpleegd.²⁵ Terwijl de onderzoekers concluderen dat geen onduidelijkheid bestaat over de ‘ernstig verwijt’-maatstaf, laten (door de onderzoekers niet-geraadpleegde) literatuur en rechtspraak daarnaast zonder enige twijfel het tegendeel zien. Wat literatuur betreft kan (vanaf het genoemde proefschrift uit 1989 tot het moment dat het rapport is aangeboden aan de minister, eind 2017) bijvoorbeeld gewezen worden op: Blanco Fernández (diss. 1993),²⁶ Glasz, Beckman en Bos (1994),²⁷ Van der Vlis (1994),²⁸ Blanco Fernández (2000),²⁹ Assink en Olden (2005),³⁰ Assink (2010),³¹ Strik (diss. 2010),³² Huizink (2014),³³

Westenbroek (2016),³⁴ Van Veen (2016),³⁵ Van Schilfgaarde (2017),³⁶ Pham (diss. 2017)³⁷ en Westenbroek (diss. 2017).³⁸ Zelfs de recent benoemde advocaat-generaal (hierna: A-G) bij de Hoge Raad, Assink, schreef in 2010: ‘Vragen, vragen, vragen; de literatuur is overvloedig en de Hoge Raad geeft het antwoord niet. (...)’³⁹ en later in 2011 en 2013: ‘In de vierde plaats neemt een vrijetekening de onzekerheid weg, die bestaat over de invulling van de “ernstig verwijt” maatstaf; die invulling is notoir onduidelijk.’⁴⁰ De geuite kritiek op de ‘ernstig verwijt’-maatstaf heeft echter ook tot hevige weerstand geleid onder degenen die een belangrijke rol hebben gespeeld bij de onderbouwing van de ‘ernstig verwijt’-maatstaf. In zijn conclusies⁴¹ bij kernarresten van de Hoge Raad heeft A-G Timmerman de ‘ernstig verwijt’-maatstaf onderbouwd en nadien is hij de maatstaf in reactie op kritiek met kracht blijven verdedigen in literatuur.⁴² Dit alles geeft te denken waarom uit de evaluatie, die plaatsvond onder begeleiding van een begeleidingscommissie voorgezeten door diezelfde Timmerman, niet is gebleken van onduidelijkheid inzake de toepassing van de ‘ernstig verwijt’-maatstaf.

Overigens wordt in het Evaluatierapport wel verwezen naar een publicatie uit 2016⁴³ waarin is gewezen op de onduidelijke rechtspraak over artikel 2:9 BW. De onderzoekers stellen vervolgens echter dat de daarin aangevoerde voorbeelden in de rechtspraak ‘dateren van voor de inwerkingtreding van de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv’ en dat ‘[u]it de rechterlijke uitspraken die nadien zijn geweest, de onderzoekers niet [is] gebleken van onduidelijkheid inzake de toepassing van de “ernstig verwijt”-maatstaf.’⁴⁴ In het Evaluatierapport is in dit verband omschreven dat een rechtspraakonderzoek over artikel 2:9 BW in totaal 35 procedures heeft opgeleverd tussen 1 januari 2013 en 31 december 2016.⁴⁵ Dat onderzoek blijkt echter niet volledig te zijn. In het ‘Rechtspraakoverzicht art. 2:9 BW; ernstig verwijt’⁴⁶ aangehecht aan het Evaluatierapport komt geen Hoge Raad-uitspraak voor, maar wel 33 rechtbankprocedures en twee hofprocedures. Dat is opmerkelijk, want op 1 april 2016 heeft wel degelijk een artikel 2:9 BW-zaak het tot de Hoge Raad gehaald. Sterker, het was juist een zaak waarin onduidelijkheid in de praktijk over de in artikel 2:9 BW gecodificeerde ‘ernstig verwijt’-maatstaf centraal stond. In deze zaak procedeerde een bestuurder tot aan de Hoge Raad met de dogmatisch begrijpelijke (maar in het licht van de ratio van art. 2:9 BW onjuiste) stelling dat de term ‘ernstig verwijt’ dezelfde betekenis heeft als ‘opzet of bewuste roekeloosheid’.⁴⁷ De Hoge Raad heeft de zaak afgedaan ex artikel 81 Wet RO, maar de uitspraak en de conclusie van de A-G daarbij, waarin werd verwezen naar de visie van eerdergenoemde A-G Timmerman,⁴⁸ laten in weerwil van de conclusies van de onderzoekers en de antwoorden van de minister zien dat in de praktijk juist wél onduidelijkheid bestaat (en dat de hierna in par. 4 geciteerde vraag 6 van GroenLinks-leden aan de minister volkomen terecht is).⁴⁹ Het is vreemd dat deze enige Hoge Raad-uitspraak niet is

genoemd in het evaluatieonderzoek, terwijl deze wel in de onderzochte periode valt. Ook twee andere hofuitspraken en twee rechtbankuitspraken (die toevallig ook alle vier laten zien dat de ‘ernstig verwijt’-maatstaf niets toevoegt) komen niet terug, terwijl deze wel in de onderzoeksperiode vallen.⁵⁰

Met de vaststelling dat de in 2016 gevonden voorbeelden ‘dateren van voor de inwerkingtreding van de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv’ suggereren de onderzoekers voorts ten onrechte dat de inwerkingtreding van de WBT 2011 een kantelpunt is geweest. Dat is namelijk niet het geval en het is bovendien ook niet te rijmen met andere constateringen van de onderzoekers zelf. Zo stellen zij dat van de 35 procedures die zouden zijn onderzocht, er slechts 6 gewezen zijn met toepassing van het sinds de WBT 2011 geldende artikel 2:9 (nieuw) BW.⁵¹ Ook stellen zij (terecht) dat met artikel 2:9 (nieuw) BW geen koerswijziging ten opzichte van artikel 2:9 (oud) BW is beoogd.⁵² Sterker, zij stellen ook: ‘Voor de aansprakelijkheidspositie van bestuurders lijkt het derhalve niet uit te maken of art. 2:9 (nieuw) BW dan wel art. 2:9 (oud) BW wordt toegepast. Jurisprudentieonderzoek bevestigt dit.’⁵³ Hieruit moet dan de gevolgtrekking worden gemaakt dat de in 2016 aangehaalde voorbeelden van problematische rechtspraak nog steeds relevant zijn, ook al dateren deze van voor de inwerkingtreding van de WBT 2011. In het Evaluatierapport wordt verder gesteld dat van de 35 onderzochte uitspraken ‘in 26 procedures art. 2:9 (oud) is toegepast of het niet duidelijk is’.⁵⁴ Als niet duidelijk is welke bepaling is toegepast, dan kan er geen andere conclusie zijn dan dat er juist wél onduidelijkheid bestaat over de toepassing van de ‘ernstig verwijt’-maatstaf (die immers expliciet wordt genoemd in het sinds de invoering van de WBT 2011 luidende art. 2:9 BW). En die onduidelijkheid komt ook terug als men kijkt naar hoe terminologie van artikel 2:9 BW en artikel 2:138/248 BW in de praktijk door elkaar lijkt te lopen. Daar ging ook de volgende vraag van de vaste commissie over (zie de volgende paragraaf). Uit het voorgaande ontstaat in ieder geval het beeld dat de onderzoekers die de evaluatie uitvoerden en de minister de ‘ernstig verwijt’-problematiek hebben ontweken.

3.4 Antwoord minister op vraag 4 en commentaar (ook op Evaluatierapport)

Wordt in artikel 2:9 BW en artikel 2:138 BW ten onrechte verschillende terminologie gebruikt? Deze vraag heeft de minister als volgt beantwoord:

‘Ik meen dat de vragen van deze leden betrekking hebben op artikel 2:9 BW en artikel 2:138/248 BW. Van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling is sprake als geen redelijk denkend bestuurder –

onder dezelfde omstandigheden – zo gehandeld zou hebben (vgl. HR 8 juni 2001, LJN AB2053, NJ 2001/454 (Panmo Productie)). Met de uitdrukking “kennelijk onbehoorlijke taakvervulling” in artikel 2:138/248 BW en artikel 36 Invorderingswet 1990 wordt hetzelfde bedoeld als met de term “onbehoorlijk bestuur” als vervat in artikel 2:9 BW. Met de toevoeging van het woord kennelijk is niet bedoeld om een inhoudelijk (van artikel 2:9 BW) afwijkende norm te introduceren in artikel 2:138/248 BW (vgl. Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 40, zie hiervoor ook Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/445). Mij is niet bekend dat het gebruik van deze twee termen naast elkaar in de rechtspraak tot problemen zou leiden.⁵⁵

Vastgesteld moet worden dat de minister ook hier geen antwoord heeft gegeven op de vraag. Tegelijkertijd moet worden vastgesteld dat de minister impliciet erkent dat in artikel 2:9 BW en artikel 2:138/248 BW ten onrechte verschillende terminologie wordt gebruikt. De minister zegt immers dat niet is bedoeld om een inhoudelijk (van art. 2:9 BW) afwijkende norm te introduceren in artikel 2:138/248 BW. Als dat niet is bedoeld, bestaat ook geen reden om een andere terminologie te gebruiken door in artikel 2:9 BW gebruik te maken van de term ‘ernstig verwijt’ gekoppeld aan een taakverdeling en in artikel 2:138/248 BW niet. Die logische conclusie trekt de minister echter niet. Ook de onderzoekers trekken deze conclusie niet in het Evaluatierapport, terwijl daar overigens wel reden voor was. In het aan het Evaluatierapport aangehechte ‘Rechtspraakoverzicht art. 2:9 BW; ernstig verwijt’⁵⁶ komen 35 uitspraken terug die de onderzoekers bestudeerd hebben. Van de 35 in dit overzicht opgenomen artikel 2:9 BW-uitspraken zijn er 18 waarin (mede of uitsluitend) gebruik wordt gemaakt van terminologie uit artikel 2:138/248 BW en daarop gebaseerde rechtspraak (zoals voormeld Panmo-arrest).⁵⁷ Dat betreft meer dan 50% van de onderzochte uitspraken, maar de onderzoekers benoemen dat niet. Het bevestigt de gegrondheid van de vraag over het feit dat in artikel 2:9 BW en artikel 2:138/248 BW ten onrechte verschillende terminologie wordt gebruikt (welke vraag later nogmaals wordt gesteld – zie hierna vraag 9). De minister ontwijkt echter een duidelijk antwoord op deze vraag.

3.5 Antwoord minister op vraag 5 en commentaar (ook op Evaluatierapport)

Wat zijn nu de functie en de betekenis van de begrippen ernstig verwijt en onbehoorlijk bestuur? En bestaat er zoiets als ‘niet-ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur’? Deze vraag heeft de minister als volgt beantwoord:

‘Kort samengevat is krachtens artikel 2:9 BW elke bestuurder tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling

van zijn taak en is elke bestuurder voor het geheel aansprakelijk tegenover de rechtspersoon terzake van onbehoorlijk bestuur. Het beginsel van collectief bestuur leidt ertoe dat alle bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn voor onbehoorlijk bestuur, ook als een kwestie tot de taak van een bepaalde bestuurder behoorde. Er bestaat wel de mogelijkheid tot individuele disculpatie. Disculpatie is mogelijk wanneer een bestuurder – mede gelet op de taakverdeling – geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij daarnaast niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden. Zo kan het zijn dat het bestuur als geheel zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en er dus sprake is van onbehoorlijk bestuur, maar dat een individuele bestuurder niet aansprakelijk is omdat hem geen ernstig verwijt kan worden gemaakt. Bij de beoordeling of de bestuurder een ernstig verwijt treft, moeten alle omstandigheden van het geval worden betrokken (HR 10 januari 1997, LJN ZC2243, NJ 1997/360 (Staleman/Van de Ven); HR 20 juni 2008, LJN BC4959, NJ 2009/21 (Willemsen Beheer)). Handeling in strijd met statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen wordt aangemerkt als een zwaarwegende omstandigheid, die in beginsel de aansprakelijkheid van de bestuurder vestigt. De bestuurder kan echter feiten en omstandigheden aanvoeren op grond waarvan zou kunnen worden aangenomen dat het schenden van de statutaire bepalingen geen ernstig verwijt oplevert (HR 29 november 2002, LJN AE7011, NJ 2003/455 (Berghuizer Papierfabriek)).⁵⁸

Opnieuw moet worden vastgesteld dat de minister geen antwoord heeft gegeven op de vraag en zich beperkt tot het parafraseren van de wettekst. De leden van de VVD-fractie vroegen of er ook zoiets bestaat als ‘niet-ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur’ en waar zij dan aan moeten denken. De aanleiding voor deze vraag was dat in de nota naar aanleiding van het verslag wordt gesproken over ‘ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur’.⁵⁹ De term is ook in het Evaluatierapport gebruikt door de onderzoekers onder verwijzing naar rechtspraak: ‘In de vier uitspraken waarin de vordering op de voet van art. 2:9 (nieuw) BW werd toegewezen, werd ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur aangenomen.’⁶⁰ Deze terminologie (‘ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur’) wordt echter in geen van de vier uitspraken waarnaar de onderzoekers refereren gebruikt.⁶¹ Dat is ook niet vreemd, want de term ‘ernstig verwijtbaar onbehoorlijke taakvervulling’ is een pleonasme.⁶² Onbehoorlijk bestuur en onbehoorlijke taakvervulling zijn volgens de ratio en werking van artikel 2:9 BW namelijk per definitie verwijtbaar. De ‘verwijtbaarheid’ ligt besloten in de open norm ‘onbehoorlijk’, die van oudsher in artikel 2:9 en 2:138/248 BW is opgenomen. Let daarbij wel op: er is dus niet zómaar sprake van ‘onbehoorlijk bestuur’ of ‘onbehoorlijke taakvervulling’ en dus van verwijtbaarheid. De

argumenten die door sommigen worden aangevoerd voor de toepassing van de ‘ernstig verwijt’-maatstaf (het voorkomen van ‘bange bestuurders’,⁶³ beleidsruimte, ondernemingsvrijheid, de ruimte om risico’s te nemen, het gevaar van *hindsight bias*, de rechter moet niet op de stoel van de ondernemer zitten, enzovoort) zijn namelijk allemaal factoren die meegewogen moeten worden bij de beoordeling of sprake is van (on)behoorlijk bestuur/(on)behoorlijke taakvervulling. Dit blijkt ook duidelijk uit wat de toenmalige Minister van Justitie in 1983/1984 opmerkte over de vraag hoe onbehoorlijk bestuur moet worden vastgesteld:

‘Bij de benadering van deze vraag moet de rechter 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. (...) 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.’

En: ‘In de term “onbehoorlijk” moet vooral het element van “verwijtbaarheid” worden gelezen.’⁶⁴ Dit alles verklaart ook de eigen opmerking van de minister anno 2018 in de nota naar aanleiding van het verslag, waarin de minister stelt: ‘Aansprakelijkheid is onder die omstandigheden logisch omdat de bestuurder onbehoorlijk is omgegaan met zijn verantwoordelijkheden.’⁶⁵ Het onbehoorlijk omgaan met verantwoordelijkheden is per definitie verwijtbaar. Het is dus een pleonasme om te spreken over het op een ernstig verwijtbare manier onbehoorlijk vervullen van je bestuurstaken. De vraag mag daarom worden gesteld waarom de onderzoekers niettemin spreken van ‘ernstig verwijtbaar onbehoorlijke taakvervulling’ in plaats van gewoon ‘onbehoorlijke taakvervulling’. Het komt over als een poging om de ‘ernstig verwijt’-terminologie een vanzelfsprekende verdere basis te geven en zo de discussie erover te ontwijken.

4 Ronde 2: opnieuw vragen over ‘ernstig verwijt’ en artikel 2:9 BW

Gelet op de wijze waarop de minister op de hiervoor behandelde vragen begin 2019 heeft gereageerd, verbaast het niet dat de vaste commissie met vragen bleef zitten. De vaste commissie vroeg de minister vervolgens in te gaan op kritiek die per brief van 11 maart 2019 was aangeleverd. In

deze (niet-gepubliceerde) brief, waar een deel van deze bijdrage op is gebaseerd, is uitvoerig uitgelegd dat de ‘ernstig verwijt’-maatstaf de ratio en systematiek van artikel 2:9 BW doorkruist en dat de maatstaf geen recht doet aan de diversiteit van rechtspersonen. Het antwoord hierop was echter wederom ontwijkend. Kort gezegd stelde de minister dat er ‘ruimte moet zijn voor creativiteit, vernuft en durf’ en ‘dat de samenleving niet gediend is met regelgeving die ondernemers stimuleert om telkens de voorkeur te geven aan risicomijdende beslissingen met weinig economisch voordeel’. De ‘ernstig verwijt’-maatstaf zou daarom volgens de minister ‘een door de Hoge Raad toegepaste hoge drempel voor aansprakelijkheid zijn, een open norm die het mogelijk maakt dat de rechter alle omstandigheden meeweegt, die beleidsvrijheid geeft aan de bestuurder, die voorkomt dat bestuurders de voorkeur geven aan risicomijdende beslissingen en die helpt om (nog) bange(re) bestuurders te voorkomen’.⁶⁶ De minister negeerde hiermee de in de brief gegeven uitleg dat deze uitgangspunten volgens de hiervoor aangehaalde parlementaire geschiedenis uit 1983/1984 reeds kunnen en – voor zover relevant (want niet iedere rechtspersoon drijft een onderneming of is gebaat bij risicovol beleid) – moeten worden meegenomen bij de beoordeling of een bestuurder zijn taak (on)behoorlijk heeft vervuld. Met de beantwoording leek de minister bovendien weinig oog te hebben voor de aanleiding voor het indienen van de WBTR 2020, namelijk dat juist steeds vaker sprake was van *ongewenst* risicovol gedrag en het nemen van *onverantwoorde* risico’s⁶⁷ bij rechtspersonen waar risicomijdend gedrag soms wenselijker is. De voorganger van de minister schreef in 2012 dan ook aan de Tweede Kamer: ‘Het kabinet wil (...) de drempel tot aansprakelijkstelling of ontslag van wanpresterende bestuurders en toezichthouders verlagen.’⁶⁸ Van ‘bange bestuurders’ bleek in de realiteit namelijk helemaal geen sprake. In de semipublieke sector, waar de WBTR 2020 zich oorspronkelijk juist daarom op richtte, kwam dat in 2014 pijnlijk aan het licht in het hoofdrapport ‘Parlementaire enquête Woningcorporaties’:

‘Veel problemen hadden door de bestuurder voorkomen kunnen worden of zijn in sommige gevallen zelfs vooral door zijn toedoen ontstaan. De commissie is in alle onderzochte casussen (Vestia, Servatius, Rochdale, Woonbron, WSG en Rentree) aangelopen tegen voorbeelden van mismanagement en onzakelijk investeren waarbij de bestuurder de drijvende kracht is. (...) Zelfreflectie of spijt is, één uitzondering daargelaten (Woonbron), door bestuurders niet betuigd.’⁶⁹

Dit alles leek de minister niet meer scherp op het netvlies te hebben bij zijn beantwoording van de vragen. Wat daar ook van zij, met de reactie van de minister waren nog steeds geen duidelijke antwoorden verkregen. Speciaal voor de WBTR 2020 werd op 20 januari 2020 daarom een

wetgevingsoverleg ingelast tussen de vaste commissie en de minister waarin opnieuw vragen werden gesteld over de ‘ernstig verwijt’-maatstaf. Namens de GroenLinks-fractie in de vaste commissie werden de vragen als volgt ingeleid: ‘Als je wilt dat de wetgeving helder en duidelijk is en juist als je wilt komen tot uniformiteit van wetgeving, een belangrijke doelstelling achter dit wetsvoorstel, zou je geen onduidelijkheid moeten laten bestaan over de juridische begrippen.’ Vervolgens werden de volgende vragen gesteld:⁷⁰

6. ‘Daarom de vraag wat de Minister precies onder “ernstig verwijt” verstaat. Is dat dezelfde definitie als die welke in het arbeidsrecht wordt gehanteerd, waarbij wordt bedoeld op opzet en roekeloosheid? Of denkt hij aan een andere definitie in dit wetsvoorstel?’

7. ‘In de voorbereiding bedacht ik of er überhaupt sprake kan zijn van een niet-ernstig verwijtbare manier van het onbehoorlijk vervullen van je taak. Zit er niet een soort tegenstrijdigheid in?’

8. ‘Is het niet een pleonasme om te spreken over het op een ernstig verwijtbare manier onbehoorlijk vervullen van je bestuurstaken?’

De CDA-fractie in de vaste commissie sloot zich vervolgens aan bij de vragen over de definities en stelde de volgende vraag (waarmee in feite vraag 4 werd herhaald):

9. ‘Ik sluit me nog even aan bij de discussie van de heer Van den Berge over de definitievraag. Wij lezen in het wetsvoorstel zowel het begrip “onbehoorlijk bestuur” als het begrip “kennelijk onbehoorlijke taakvervulling”. Wordt daar hetzelfde mee bedoeld? Dat “onbehoorlijk bestuur” staat in artikel 9 en die “kennelijk onbehoorlijke taakvervulling” staat in de artikelen 138 en 148 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. Zijn dat dezelfde begrippen of wordt daar iets anders mee bedoeld?’

5 Antwoorden minister op vraag 6 tot en met 9 en commentaar

Op de hiervoor geciteerde vraag 6 tot en met 9 antwoordde de minister kort:

‘Dan een aantal ophelderingen, bijvoorbeeld over de gehanteerde terminologie in het wetsvoorstel. De heer Van den Berge vroeg wat nu precies wordt bedoeld met een ernstig verwijt. Dan gaat het om gedrag dat je niet zou verwachten van een normaal of een professioneel bestuurder. Dan gaat het om grove fouten, niet om inschattingfouten, want je kunt natuurlijk altijd een verkeerd besluit nemen. Dat hoort erbij. Dat kun je niet onmiddellijk iedere bestuurder

of toezichthouder verwijten. Die ernstige verwijten gaan veel verder en liggen veel dieper. Het is weliswaar een open geformuleerde norm, maar ook dit is al toegepast bij bijvoorbeeld nv's en bv's en met jurisprudentie van de Hoge Raad nader ingevuld. In het verlengde hiervan vroeg de heer Van Dam of er veel verschil is tussen het begrip "onbehoorlijk bestuur" in artikel 9 en het begrip "onbehoorlijke taakvervulling" in artikel 138. In de jurisprudentie is het zo dat in beide gevallen wordt aangesloten bij de vraag of een bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Als een ernstig verwijt aangetoond is, heb je als bestuurder je taak onbehoorlijk vervuld en is er sprake van onbehoorlijk bestuur. Dus die liggen in elkaars verlengde.⁷¹

Wederom moet worden vastgesteld dat de minister geen duidelijk antwoord heeft gegeven op de vragen, ook niet op de vraag of niet sprake is van een pleonasme. Dat is jammer, want het raakt juist de kern van de problematiek. Het wél door de minister gegeven antwoord dat het bij een ernstig verwijt moet gaan 'om gedrag dat je niet zou verwachten van een normaal of een professioneel bestuurder' is namelijk hetzelfde antwoord als kan worden gegeven op de vraag wanneer sprake is van 'onbehoorlijk bestuur' of 'onbehoorlijke taakvervulling'. Net zoals de term 'ernstig verwijt' is ook de term 'onbehoorlijk' zoals gezegd een open norm, die bovendien beter toepasbaar is op zowel commerciële als niet- (of minder, zoals semipublieke) commerciële rechtspersonen, waar de WBTR 2020 juist betrekking op heeft. Met de codificatie van de term 'ernstig verwijt' is daarom onnodig een tweede open norm geïntroduceerd. Er is simpelweg geen sprake van onbehoorlijke taakvervulling als een bestuurder de door de minister genoemde 'inschattingsfout' maakt of een 'verkeerd besluit' neemt (net zomin als dat dan sprake is van een 'ernstig verwijt'). Met 'inschattingsfout' moet dan echter wel worden bedoeld een beslissing die achteraf (met *hindsight benefit*)⁷² verkeerd uitpakt, en niet een beslissing die op het moment van het nemen van die beslissing al als 'slecht' moet worden aangemerkt. Zie hierover het door mij beschreven verschil tussen 'wrong' en 'bad'.⁷³ Een 'verkeerde' ('wrong') beslissing is iets anders dan een 'slechte' ('bad') beslissing. De eerste leidt in beginsel niet tot aansprakelijkheid. De tweede is in beginsel aan te merken als een beslissing die niet de toets haalt van een bestuurder die handelt met het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult (zie vraag 3). Met de stelling dat het moet gaan 'om grove fouten' die 'veel verder gaan en veel dieper liggen', geeft de minister voorts geen antwoord op de vraag of er een verband bestaat met het arbeidsrecht, waarin met de definitie 'ernstig verwijt' wordt bedoeld op 'opzet of bewuste roekeloosheid' (vraag 6). Het is een gemiste kans, want een concreet antwoord op de vragen had juist recht gedaan aan belangrijke doelstellingen van de WBTR 2020, die een verbetering van het wettelijk

kader bij verenigingen en stichtingen beoogde.⁷⁴ Dan zouden de ratio en de bestaande systematiek van artikel 2:9 BW naar voren zijn gekomen.

Deze systematiek brengt met zich dat wanneer bij een eenkoppig bestuur onbehoorlijk bestuur wordt vastgesteld (wat dus niet snel wordt vastgesteld), geen disculpatie mogelijk is. De enig bestuurder is aansprakelijk voor het onbehoorlijk bestuur (tenzij sprake is van belet of ontstentenis). Als bij een meerhoofdig bestuur onbehoorlijk bestuur wordt vastgesteld, is disculpatie van een individuele bestuurder alleen mogelijk wanneer (1) hem ten aanzien van dat onbehoorlijk bestuur geen (*gewoon*) verwijt kan worden gemaakt én (cumulatief) (2) hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van de onbehoorlijke taakvervulling van zijn medebestuurders af te wenden. De ratio hiervan is gebaseerd op het collegialiteitsbeginsel en de daarmee samenhangende collectieve verantwoordelijkheid.⁷⁵ Het beginsel komt in de kern erop neer dat bestuurders weliswaar een taakverdeling kunnen hebben, maar desalniettemin een zekere collectieve verantwoordelijkheid dragen. Dat is het geval voor het financiële beleid en het algehele beleid, maar zij dienen ook gezamenlijk overleg te voeren, beleidsbeslissingen te nemen, toezicht te houden op de naleving daarvan en een bepaalde sociale controle te houden op elkaar.⁷⁶ De wetgever omarmt het beginsel al lang. Zo merkte de toenmalige Minister van Veiligheid en Justitie bij de WBT 2011 op: 'Wanneer een bestuurder waarneemt dat een medebestuurder zijn taken niet goed vervult en daardoor onbehoorlijk bestuur dreigt, zal hij moeten ingrijpen, ook wanneer de desbetreffende taak aan de medebestuurder is toebedeeld' en 'het beginsel van collectief bestuur leidt ertoe dat alle bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn voor onbehoorlijk bestuur, ook als een kwestie tot de taak van een bepaalde bestuurder behoort'.⁷⁷ De toenmalige Minister van Justitie noemde in de jaren tachtig dit beginsel van collectieve verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid voor het bestuursbeleid nog een 'fundamenteel en waardevol beginsel van vennootschapsrecht'.⁷⁸ Het gevolg van dit alles is dat een bestuurder die het *gewone* verwijt kan worden gemaakt niet te hebben ingegrepen terwijl hij had moeten ingrijpen, ook aansprakelijkheid riskeert. De wetsgeschiedenis laat zien dat de 'zwaarte van de schuld' (de 'ernst van het verwijt') ten aanzien van het onbehoorlijk bestuur in beginsel niet relevant is voor de individuele aansprakelijkheidsvraag. Als een bestuurder 'schuld' treft (een verwijt valt te maken) van het onbehoorlijk bestuur (daarvan is zoals gezegd echter niet snel sprake), ontstaat aansprakelijkheid. Een bestuurder die geen schuld treft van het onbehoorlijk bestuur (én – cumulatief – niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen) kan zich disculperen. Dat is al zo sinds 1929.⁷⁹ Hoewel men overigens principiële bezwaren zou kunnen hebben tegen deze systematiek en het collectiviteitsbeginsel mijns inziens, mede in het licht van het feit dat het zijn oorsprong vindt in het wettelijk kader van kapitaalvennootschappen, ook niet

ongeclausuleerd steeds zou moeten worden toegepast op elke rechtspersoon waarvoor artikel 2:9 en 2:138/248 BW nu geldt,⁸⁰ is deze systematiek nog steeds onverkort van kracht. Ook bij de invoering van de WBT 2011 is dit niet gewijzigd, zoals de minister en de onderzoekers zelf eveneens vaststellen.⁸¹ Kort en goed, zou de minister goed hebben stilgestaan bij de vragen van de vaste commissie, dan zou de minister tot de conclusie zijn gekomen dat de ‘ernstig verwijt’-maatstaf inderdaad niet past in artikel 2:9 BW (vraag 1) en dat ten onrechte verschillende terminologie wordt gebruikt in artikel 2:9 BW en artikel 2:138/248 BW (vraag 4 en 9).

6 Ronde 3: amendement voor nieuwe evaluatie en de bal naar de rechter

Doorvragen had kennelijk geen zin. VVD- en CDA-leden van de vaste commissie hebben uiteindelijk een amendement ingediend, inhoudende dat de WBTR 2020 (net zoals de WBT 2011) vijf jaar na inwerkingtreding zal worden geëvalueerd.⁸² Onvrede over de onduidelijkheid over de ‘ernstig verwijt’-maatstaf lag daaraan mede ten grondslag: ‘Wij hebben die discussie over die begrippen ook gezien. Er is ook heel veel discussie. Dat is ook het hele idee achter de evaluatie (...).’⁸³ Het amendement werd gesteund door de GroenLinks-fractie, namens welke werd gesteld:

‘Ik heb hier de antwoorden ook niet, maar ik heb in de eerste termijn een aantal vragen gesteld. De dilemma’s en de wrijving die ik zie, zijn nog niet helemaal weggenomen. Ik zou het dus goedvinden als (...) duiding van de juridische begrippen – met name “ernstig verwijt” – meegenomen zou kunnen worden in de evaluatie (...). (...) Bij een ernstig verwijt wil je dat de juridische begrippen vanuit het oogpunt van rechtsbescherming duidelijk zijn (...). Dat is eigenlijk een vraag aan de Minister: mocht het amendement aangenomen worden, kan dit dan meegenomen worden in de evaluatie?’⁸⁴

De minister antwoordde hierop:

‘Wat betreft de vraag van de heer Van den Berge over het meenemen van een aantal punten bij de evaluatie: dat zeg ik toe. (...) net als de uitwerking van “ernstig verwijt”. Ik kan me voorstellen dat als een en ander over vijf jaar wordt geëvalueerd, er inmiddels gerechtelijke uitspraken liggen die dat enigszins inkleuren.’⁸⁵

Impliciet wordt de rechter, die juist aan de oorsprong van de ‘ernstig verwijt’-maatstaf heeft gelegen, hiermee dus gevraagd om duidelijkheid te scheppen. Dit lijkt enerzijds teleurstellend omdat de regering verantwoording draagt voor de codificatie van begrippen en de rechter zich op de wet dient te baseren. Men zou kunnen zeggen dat de rechter

hiermee met een kluitje in het riet wordt gestuurd. Anderzijds zou men ook kunnen concluderen dat de minister hiermee impliciet een mogelijkheid (of misschien zelfs: instructie) geeft aan de rechter om stil te staan bij de betekenis en functie van de term ‘ernstig verwijt’, die immers in de rechtspraak zelf is ontstaan. Zoals Strik vorig jaar nog schreef:

‘De rechtspraak heeft in deze een bijzondere rol: (...) immers in de rechtspraak – en in het bijzonder die van de Hoge Raad – [is] voor bestuurdersaansprakelijkheid (...) een divergerend begrip “ernstig verwijt” gebruikt. (...). De literatuur hierover is in hoge mate theoretisch van karakter en verdeeld. De rechtspraak zou zich dit moeten aantrekken (...).’⁸⁶

Die conclusie deel ik. De rechterlijke macht dient in het licht van de wetsgeschiedenis en de aanzwellende kritische literatuur de handschoen op te pakken, uiteraard zonder afbreuk te doen aan de ratio van de wet, zoals deze blijkt uit de parlementaire geschiedenis.⁸⁷ De rechtspraak kan daar uiteraard op inspelen.

7 Afsluitende opmerkingen in de huidige tijdgeest

Bij het op 15 april 2019 gepubliceerde jaarverslag 2018 van de Raad van State werd door de Raad van State gesteld:

‘De wet moet ervoor zorgen dat de belangrijkste rechten en plichten van burgers en de opdrachten van de overheid duidelijk zijn geformuleerd. Dat deze kenbaar zijn voor iedereen en tot stand zijn gekomen met draagvlak van de volksvertegenwoordiging. De wet moet burgers houvast bieden.’⁸⁸

Dat was ook het beoogde doel van de WBTR 2020: ‘de regeling voor bestuur en toezicht bij de verschillende soorten rechtspersonen aan te vullen en te verduidelijken’.⁸⁹ De minister noemde daarbij het belang ‘dat het civiele recht zoveel mogelijk heldere normen bevat, waardoor zij die aan het rechtsverkeer deelnemen, zoveel mogelijk zelf tot een eensgezind oordeel over hun juridische positie kunnen komen’.⁹⁰ Of dit ten aanzien van de term ‘ernstig verwijt’ in artikel 2:9 BW (in het licht van de niet-beantwoorde vragen van Kamerleden) het geval is, waag ik te betwijfelen. De onduidelijkheid rondom artikel 2:9 BW en de ‘ernstig verwijt’-maatstaf bestaat gelet op het voorgaande nog steeds. Meer dan vier jaar nadat de WBTR 2020 als wetsvoorstel is ingediend en meer dan negen jaar nadat de WBT 2011 is ingediend, zitten bestuurders, bedrijven en hun juridische adviseurs nog steeds in onduidelijkheid over de precieze werking van artikel 2:9 BW en de functie van de ‘ernstig verwijt’-maatstaf daarin. Met het amendement om de WBTR 2020 te evalueren is

getracht hieraan tegemoet te komen, maar een directe oplossing biedt dit niet, dat heeft de huidige evaluatie ook wel laten zien.⁹¹ Zoals Van Dunné in 2019 concludeerde: ‘Indien men met het begrip “ernstig verwijt” gaat opereren om aansprakelijkheid vast te stellen is dat op zijn minst een anachronisme, het roeien tegen de tijdgeest en rechtsontwikkeling in.’⁹² Wat die tijdgeest betreft is het ter afsluiting nog interessant om te wijzen op het recente voorstel van 25 hoogleraren om de wet te wijzigen, zodat bestuurders en commissarissen zich niet alleen maar richten op aandeelhouderswaarde, maar ‘hun bedrijf’ als een ‘verantwoordelijke vennootschap laten deelnemen aan het maatschappelijk verkeer’.⁹³ Het laat een ander denken zien en dat lijkt gezond. Ik (tezamen met anderen⁹⁴) vind hun voorstel echter te ver doorslaan richting de andere kant van het spectrum en bestuurders ‘vogelvrij’ maken door nog meer onduidelijke en onnodige open normen op te nemen in Boek 2 BW.⁹⁵ Een meer genuanceerde en eenvoudiger benadering ligt voor de hand: laat de ‘ernstig verwijt’-maatstaf los en leg de wet uit naar de ratio zoals deze altijd al is bedoeld. Daar gaat ook een preventieve functie van uit.⁹⁶ Het voorstel van de 25 hoogleraren laat echter wel zien dat het mede aan de ‘ernstig verwijt’-maatstaf ten grondslag liggende ‘bange bestuurders’-idee, waar de minister in beantwoording van de vragen van de vaste commissie nog naar verwees, al lang niet meer vanzelfsprekend is. De vele misstanden, mede in de semipublieke sector (getuige de genoemde Parlementaire enquête Woningbouwcorporaties),⁹⁷ lieten dat ook al op pijnlijke wijze zien en waren juist mede aanleiding voor de indiening van de WBTR 2020. Het ‘bange bestuurders’-idee heeft (ook bij de minister⁹⁸) ten onrechte de aandacht afgeleid van de rol die de bestuurder als verantwoordelijke sleutelfiguur binnen iedere rechtspersoon altijd al heeft gehad volgens de ratio van artikel 2:9 BW.⁹⁹ Gelet op de oorspronkelijke aanleiding voor het indienen van de WBTR 2020, ligt het eens te meer voor de hand kritisch te zijn ten opzichte van (de codificatie van) de ‘ernstig verwijt’-maatstaf. Met deze bijdrage heb ik willen laten zien dat de rechtspraak, de rechter en onderzoekers in een toekomstige evaluatie van de WBTR 2020 hiervoor voldoende aanknopingspunten hebben.

Noten

1 Kamerstukken II 2015/16, 34491, nr. 3, p. 1.

2 Wet van 11 november 2020, Stb. 2020, 507 en 508.

3 Wet van 6 juni 2011, Stb. 2011, 275.

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

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

6 Zie o.a. W.A. Westenbroek, Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie (diss. Rotterdam; IVOR nr. 108), Deventer: Wolters Kluwer 2017 en W.A. Westenbroek, Artikel 2:9 BW en de ernstig verwijt maatstaf bij bestuurdersaansprakelijkheid, RMThemis 2016, afl. 4, p. 175-192.

7 Zie bijv. 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. 486, 490 en 492.

8 H.E. Boschma, M.L. Lennarts, J.N. Schutte-Veenstra & K. van Veen, Evaluatie Wet bestuur en toezicht. Wetenschappelijk evaluatieonderzoek naar de werking van de nieuwe bepalingen uit de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv (IVOR nr. 110), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

9 Zie bijv. T.R. Bleeker, De angst voor bange bestuurders ontrafeld, NJB 2020/2030, afl. 34, p. 2520 e.v.; D.A.M.H.W. Strik, Bestuurdersaansprakelijkheid. Wat kunnen de Belgen en de Nederlanders van elkaar leren?, in: H. de Wulf e.a. (red.), Ondernemingsrecht in de Lage Landen (IVOR nr. 117), Deventer: Wolters Kluwer 2020, par. 1; A. Karapetian, Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (diss. Groningen; R&P nr. INSR11), Deventer: Wolters Kluwer 2019 (hierna: Karapetian 2019a); A. Karapetian, Ernstig verwijt en selectieve betalingen, MvO 2019, afl. 8-9, p. 234-241 (hierna: Karapetian 2019b); J.M. van Dunné, Aansprakelijkheid van de arbiter: 'bewuste roekeloosheid', 'ernstig verwijt' of 'bekwame arbiter' als maatstaf? (Cahier Privaatrecht), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2019, par. 4.4; R.P.J.L. Tjittes, Handelen in hoedanigheid, in: B.F. Assink e.a. (red.), De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders' (IVOR nr. 104), Deventer: Wolters Kluwer 2017, hoofdstuk 26, p. 367-380.

10 Kamerstukken II 2015/16, 34491, nr. 2.

11 Kamerstukken II 2017/18, 34491, nr. 7.

12 Bij de behandeling van de WBT 2011 had de toenmalige Minister van Veiligheid en Justitie toegezegd binnen drie jaar de gehele WBT 2011 te evalueren. Zie Handelingen I 2010/11, 31763, nr. 28, item 4, p. 26.

13 Kamerstukken II 2015/16, 34491, nr. 4, p. 3-4 en 8. In het verslag van de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie, belast met het voorbereidend onderzoek van het wetsvoorstel, werd op 9 december 2016 eveneens de vraag gesteld waarom de regering niet ervoor had gekozen

eerst de WBT 2011 te evalueren alvorens het wetsvoorstel WBTR 2020 aan de Tweede Kamer te zenden. Zie Kamerstukken II 2015/16, 34491, nr. 5, p. 3-4.

14 Brief van de minister van 20 december 2017.

15 Kamerstukken II 2018/19, 34491, nr. 9, p. 8-10.

16 De vragen zijn gesteld in het nader verslag van 19 december 2018, Kamerstukken II 2018/19, 34491, nr. 8, p. 1 en 3-4.

17 Kamerstukken II 2018/19, 34491, nr. 9, p. 8-9.

18 P.D. Olden, Koester de maatstaf 'ernstig verwijt': beter hebben we niet, *Ondernemingsrecht* 2015/70, afl. 11, p. 367 en J. van Bekkum, *Reactie op Mr. W.A. Westenbroek, 'Externe bestuurdersaansprakelijkheid, rechtspersoonlijkheid en toerekening'*, *Ondernemingsrecht* 2016/24, *Ondernemingsrecht* 2016/98.

19 Zie bijv. S.M. Bartman, Anders dan het orakel van Delphi, *Ondernemingsrecht* 2014/143, afl. 17, p. 723; F.M.J. Verstijlen, *Bestuurdersaansprakelijkheid na Hezemans Air*, in: B.J. Huizink e.a., *Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW en art. 6:162 BW*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 21-29; Westenbroek 2017, par. 10.5.4.5 en 10.5.6; W.A. Westenbroek, *Naschrift naar aanleiding van de reactie van Mr. drs. J. van Bekkum op Ondernemingsrecht 2016/24*, *Ondernemingsrecht* 2016/99; Tjittes 2017; Karapetian 2019a, 2019b; Van Dunné 2019; Strik 2020; Bleeker 2020.

20 In maart 2017 is het Ministerie van Justitie en Veiligheid gevraagd of hij kennis wilde nemen van het manuscript van mijn proefschrift. Daarop werd negatief gereageerd. Namens het ministerie werd voorgesteld het manuscript voor te leggen aan de onderzoekers die de WBT 2011 evalueerden. In november 2017 is namens het ministerie voorts kenbaar gemaakt dat sowieso geen rekening zal worden gehouden met het proefschrift, mede gelet op de fase waarin de behandeling van het wetsvoorstel zich inmiddels bevond.

21 Zie p. 108-109 van het Evaluatierapport.

22 Zie p. 102 en 107-109 van het Evaluatierapport.

23 Zie p. 158 van het Evaluatierapport.

24 J.B. Huizink, *Bestuurders van rechtspersonen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1989.

25 Na de verwijzing door het ministerie naar de onderzoekers (zie noot 20) is het manuscript van mijn proefschrift in april 2017 aangeboden aan de onderzoekers. Zij gaven aan geen gelegenheid te zien om daarvan kennis te nemen omdat het literatuuronderzoek al zou zijn afgerond. Het Evaluatierapport bevat evenwel literatuurbronnen tot 20 augustus 2017.

26 J.M. Blanco Fernández, *De Raad van Commissarissen bij de NV en BV* (diss. Maastricht; IVOR nr. 19), Deventer: Kluwer 1993, p. 174-197: ‘Striktgenomen kan niet worden gezegd dat aansprakelijkheid ernstige verwijtbaarheid vereist. Aansprakelijkheid veronderstelt slechts onbehoorlijke taakvervulling.’

27 J.R. Glasz, H. Beckman & J.A.M. Bos, *Bestuur en toezicht*, Deventer: Kluwer 1994, p. 113-114: ‘Onze benadering leidt ertoe dat de bandbreedte in de beoordeling behoorlijk of onbehoorlijk bepalend is voor de aansprakelijkheidsvraag: onbehoorlijk beoordeelde taakvervulling – de norm is: taakvervulling door besturen met bekwame en ervaren bestuurders – impliceert de verwijtbaarheid. De marge in de beoordeling omtrent de (on)behoorlijkheid vermijdt de discussie omtrent de mate van verwijtbaarheid.’

28 P. van der Vlis, *Interne aansprakelijkheid van bestuurders: de functies van artikel 2:9 BW, TVVS 1994/157*: ‘Het relevante criterium is derhalve of er sprake is van een tekortkoming; de ernst van de verwijtbaarheid blijft buiten beschouwing.’

29 J.M. Blanco Fernández, *Rechtspositie en aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen, Ondernemingsrecht 2000*, afl. 17, p. 474: ‘Het thans heersende standpunt dat aansprakelijkheid wegens onbehoorlijke taakvervulling alleen ontstaat ingeval van ernstige verwijtbaarheid verdient heroverweging.’

30 B.F. Assink & P.D. Olden, *Over bestuurdersaansprakelijkheid. De reikwijdte van de maatstaf ‘ernstig verwijt’, vrijtekening en vrijwaring nader bezien, Ondernemingsrecht 2005*, afl. 1, p. 9-16: ‘Nu de Hoge Raad niet bepaalt dat de [ernstig verwijt-]toets die het gerechtshof aanlegt “dubbelop” is en op die grond onjuist, blijft in het midden wat nu de verhouding is tussen “ernstig verwijt” en “onbehoorlijke taakvervulling”. Uit de formulering (...) door de Hoge Raad (...) wordt deze verhouding evenmin duidelijk. In de daaropvolgende arresten (...) bevestigt de Hoge Raad telkens de (...) maatstaf, maar licht hij het gehanteerde toetsingsmechanisme niet toe. Hoe bont moet een bestuurder het nu maken voordat hij aansprakelijk is ex art. 2:9 BW?’

31 B.F. Assink, *De Januskop van het ondernemingsrecht. Over faciëring en regulering van ondernemerschap, Ondernemingsrecht 2010/50*,

par. 55 e.v.: ‘Vragen, vragen, vragen; de literatuur is overvloedig en de Hoge Raad geeft het antwoord niet. (...)’

32 D.A.M.H.W. Strik, Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid (diss. Rotterdam; IVOR nr. 73), Deventer: Kluwer 2010, p. 23 en 27: ‘Allereerst is het niet wenselijk dat waar de wetgever heeft voorzien in separate toetsing van het (collectieve) gedrag en individuele toerekenbaarheid (disculpatie), dit in de jurisprudentie wordt samengesmolten tot één geïntegreerde toets. Dit (...) kan leiden tot slecht gemotiveerde rechterlijke beslissingen, die de systematiek en de bedoeling van de wet miskennen (...). Daarnaast is (...) niet dringend noodzakelijk om (...) behoorlijke taakvervulling of onbehoorlijk bestuur verder te specificeren met een aanvullende term zoals ernstig verwijt (...)’

33 J.B. Huizink, Een reactie naar aanleiding van A.J.P. Schild & L. Timmerman, ‘Het nieuwe art. 2:9 BW, uitgelegd voor gewone bestuurders’ in WPNR 2014/7011, WPNR 2014, afl. 7018, p. 437-438, die over de huidige redactie van art. 2:9 BW schreef: ‘Ik weet ook wel dat het niet de bedoeling van de wetgever was een andere weg in te slaan. Maar schrijf dat dan ook zo op! Kennelijk is de wetgever niet in staat zijn bedoeling ten aanzien van belangrijke juridische onderwerpen goed onder woorden te brengen.’

34 Westenbroek 2016: ‘De onduidelijke verhouding tussen de “ernstig verwijt”- maatstaf en de systematiek van art. 2:9 BW (...) leidt bovendien tot onduidelijke rechtspraak en tot onenigheid in de literatuur over de betekenis en waarde van de “ernstig verwijt”-maatstaf.’

35 W.J.M. van Veen, Ontwikkelingen jurisprudentie Hoge Raad ondernemingsrecht, WPNR 2016, afl. 7102, p. 265-282: ‘Het valt ook niet onmiddellijk in te zien waarom bestuurderschap (ondernemerschap?) mee zou moeten brengen dat de betamelijke zorgvuldigheid lichtvaardiger mag worden ingevuld dan gangbaar is voor (gewone) burgers. Dat kan in ieder geval niet worden afgeleid uit art. 2:9 BW. Dat hiermee een maatschappelijk belang is gediend, zoals de Hoge Raad stelt, is zeer de vraag.’

36 Van Schilfgaarde 2017, hoofdstuk 36, p. 490 en 492. Hij constateerde dat het ‘ernstig verwijt’-criterium ‘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’.

37 N.T. Pham, Directors’ liability. A legal and empirical study (diss. Rotterdam; IVOR nr. 101), Deventer: Wolters Kluwer 2017: ‘Niet alleen weten bestuurders niet wat de werkelijke aansprakelijkheidsrisico’s zijn,

zij zijn evenmin geïnformeerd over wat de aansprakelijkheidsnormen zijn.’

38 Westenbroek 2017, p. 582: ‘dat de uitkomst van mijn onderzoek de conclusie rechtvaardigt dat we de ernstigverwijtmaatstaf moeten loslaten en dat we terug moeten keren naar de oorspronkelijke betekenis van art. 2:9 BW’.

39 Assink 2010, par. 55 e.v.

40 B.F. Assink, Vrijtekening door de vennootschap van ondernemende bestuurders, in: L. Timmerman e.a. (red.), Samenwerken in het ondernemingsrecht (IVOR nr. 80), Deventer: Kluwer 2011, par. 2. V, Onderwerp 2, herhaald in B.F.J. Assink, Slagter. Compendium ondernemingsrecht, Deventer: Kluwer 2013, p. 1172.

41 Zo was Timmerman A-G bij de belangrijke arresten HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659 (Ontvanger Roelofsen), HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, NJ 2009/21 (Willemsen/NOM) en HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5881, NJ 2013/302 (Spaanse Villa). Zie ook zijn conclusie bij HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2370, NJ 2019/31 (Geocopter).

42 Zie bijv. L. Timmerman, Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Bespreking van het proefschrift van A. Karapetian, MvV 2020, afl. 1, p. 15-19; L. Timmerman, Ernstige verwijten over ernstig verwijt, Ondernemingsrecht 2019/45; L. Timmerman in naschrift in WPNR 2018, afl. 7189. Timmerman gaf daarvoor in 2016 echter nog wel toe dat ‘het begrip ernstig verwijt een complex karakter heeft’. Zie L. Timmerman, Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid, WPNR 2016, afl. 7105, par. 11.

43 Westenbroek 2016.

44 Zie p. 108-109 van het Evaluatierapport.

45 Zie p. 100 van het Evaluatierapport.

46 Zie p. 154-156 van het Evaluatierapport, bijlage 3: ‘Rechtspraakoverzicht art. 2:9 BW; ernstig verwijt’.

47 HR 1 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:540, met conclusie van A-G Spier in ECLI:NL:PHR:2016:15, JOR 2016/264 m.nt. A.J.P. Schild (Stichting ATAL) en Westenbroek 2017, par. 5.2.2.

48 ECLI:NL:PHR:2016:15, JOR 2016/264 m.nt. A.J.P. Schild (Stichting ATAL), r.o. 4.8. Zie ook Westenbroek 2017, par. 5.2.2.

49 Zie over deze uitspraak uit 2016 ook Strik 2020, par 3.4, die schrijft: ‘Desalniettemin is het jammer dat de Hoge Raad die zaak evenmin heeft aangegrepen om nadere inhoudelijke verduidelijking te verschaffen over het begrippenkader.’

50 Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6779, JOR 2014/29 (Goedewaagen); Hof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8067, JOR 2015/32 (Meepo); Rb. Noord-Holland 2 september 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:7539, JOR 2016/122 (Voetbal Vereniging Young Boys); een niet-gepubliceerd vonnis van Rb. Rotterdam 6 april 2016, zaak C/10/449142/HA ZA 14-420. Zie daarover Westenbroek 2017, par. 6.2 en voetnoot 2.

51 Zie p. 100 van het Evaluatierapport.

52 Zie p. 28-29, 102-103, 109 en 111-112 van het Evaluatierapport.

53 Zie p. 107 en 112 van het Evaluatierapport.

54 Zie p. 100 en 154-156 van het Evaluatierapport.

55 Kamerstukken II 2018/19, 34491, nr. 9, p. 9.

56 Zie p. 154 van het Evaluatierapport.

57 Rb. Amsterdam 29 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:6178 (Whermo BV), r.o. 4.19; Rb. Midden-Nederland 6 april 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1753 (Bedrijf BV), r.o. 4.8; Rb. Amsterdam 10 juli 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6259 (Bedrijf 1 BV), r.o. 4.5; Rb. Midden-Nederland 30 april 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1506, JOR 2014/291 m.nt. W.J.M. van Aniel (Stichting Daidalos), r.o. 5.1; Rb. Rotterdam 11 maart 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1698 (Wave International BV), r.o. 4.11; Rb. Zeeland-West-Brabant 18 maart 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5434 (Bos en Duin BV), r.o. 3.2; Rb. Rotterdam 26 augustus 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6281 (Fibercom BV), r.o. 4.17; Rb. Oost-Brabant 30 maart 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:1431 (Aino NV), r.o. 2.8; Hof Den Haag 3 mei 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1238 (Westland BV), r.o. 4.32; Rb. Oost-Brabant 27 juli 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:3893 (Swiss Sense BV), r.o. 7.5.3; Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3225 (Landis NV), r.o. 9.2.2; Hof 's-Hertogenbosch 1 november 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4963 (Stichting Bureau Jeugdzorg Noord-

Brabant), r.o. 6.4.3; Rb. Oost-Brabant 26 februari 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:866 (Woningstichting Servatius), r.o. 4.28; Rb. Midden-Nederland 17 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6573 (Woningstichting Rentree) en Rb. Midden-Nederland 24 juni 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:4360, r.o. 3.2; Rb. Oost-Brabant 28 december 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:7243 (Stichting Instituut voor Psychogenese Nederland en Stichting De Bontekoe), r.o. 4.2; Rb. Noord-Nederland 28 oktober 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4964 (Bouwmarkt Scheemda BV), r.o. 5.2.

58 Kamerstukken II 2018/19, 34491, nr. 9, p. 10-11.

59 Kamerstukken II 2017/18, 34491, nr. 6, p. 10.

60 Zie p. 102, 112 en 140 van het Evaluatierapport.

61 Rb. Midden-Nederland 3 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6198 (aannemersbedrijf BV); Rb. Rotterdam 19 augustus 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6045 (HDI-Gerling Verzekeringen NV); Rb. Midden-Nederland 25 november 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:8110 (bedrijf BV); Rb. Midden-Nederland 16 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5988 (Eiseres BV).

62 Daarover dachten A.J.P. Schild & L. Timmerman, Het nieuwe art. 2:9 BW, uitgelegd voor gewone bestuurders, WPNR 2014, afl. 7011, toen beiden werkzaam bij de Hoge Raad, in 2014 kennelijk anders over, waar zij de introductie van de term 'ernstig verwijt' middels de WBT 2011 als volgt toejuichten: '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. Zo zien we dat graag.'

63 Het idee vindt zijn oorsprong in M.J. Kroeze, Bange bestuurders (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 2005. De vraag is echter of hij op dat moment beoogde dat de rechtswetenschap zich zou vormen zoals deze zich de afgelopen vijftien jaar gevormd heeft.

64 Kamerstukken II 1983/84, 16631, nr. 6, p. 3-4.

65 Kamerstukken II 2017/18, 34491, nr. 6, p. 23.

66 De omvang van deze bijdrage staat het niet toe de antwoorden van de minister volledig te citeren. Zie de brief van 20 mei 2019 van de minister, Kamerstukken II 2018/19, 34491, nr. 11, waarin wordt verwezen naar het artikel van J. van Bekkum & N. Kreileman, Bestuurdersaansprakelijkheidsrechtspraak. Kwantitatieve trends

2003-2017, Ondernemingsrecht 2019/61, die middels een empirisch onderzoek steun zagen voor 'het standpunt van Timmerman, dat het raamwerk van bestuurdersaansprakelijkheid goed in elkaar steekt'. Zie daarop mijn reactie in Ondernemingsrecht 2019/129, met naschrift van Van Bekkum en Kreileman.

67 Paradoxaal genoeg werd dat in 2014 mede geconstateerd door drie van de vier onderzoekers die de evaluatie van de WBT 2011 uitvoerden en eind 2017 het Evaluatierapport opleverden. Zie H.E. Boschma, M.L. Lennarts, J.N. Schutte-Veenstra & J.B. Wezeman, Naar een betere regeling van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen in de semipublieke sector, RMThemis 2014, afl. 4, p. 159. Zie hierover ook de voorbeelden in Ondernemingsrecht 2019/129, par. 4.

68 Kamerstukken II 2012/13, 33750 VI, nr. 31.

69 Kamerstukken II 2014/15, 33606, nr. 4, p. 21.

70 Kamerstukken II 2019/20, 34491, nr. 17, p. 3-4.

71 Kamerstukken II 2019/20, 34491, nr. 17, p. 8.

72 De wet(sgeschiedenis) laat zien dat de rechter altijd al de instructie is gegeven objectief te toetsen aan de hand van de 'maatman-bestuurder', rekening houdend met beleidsvrijheid en het gevaar van *hindsight bias*. Een achteraf verkeerd uitgekakte bestuursbeslissing leidde reeds daarom (ook vóór de 'ernstig verwijt'-maatstaf) niet tot het oordeel 'onbehoorlijke taakvervulling' en dus evenmin tot aansprakelijkheid. Zie Kamerstukken II 1983/84, 16631, nr. 6, p. 3-4 en 19-20; Kamerstukken II 1983/84, 16631, nr. 9, p. 2.

73 W.A. Westenbroek, 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, WPNR 2018, afl. 7189, p. 302-308. Zie ook Van Dunné 2019, p. 75.

74 Kamerstukken II 2015/16, 34491, nr. 3, p. 1.

75 Welk beginsel de minister ook onderschrijft in zijn brief van 20 mei 2019, Kamerstukken II 2018/19, 34491 ('Ik meen dat het beginsel van collectieve verantwoordelijkheid terecht het uitgangspunt voor alle rechtspersonen is'), kennelijk zonder in te zien dat vasthouden aan de 'ernstig verwijt'-maatstaf dit beginsel doorkruist.

76 Zie W.J. Slagter, Compendium voor het ondernemingsrecht,

Deventer: Kluwer 1993, p. 61; F.J.W. Löwensteyn, Pitlo. Rechtspersonenrecht, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 76 en F.J.W. Löwensteyn & M.J.G.C. Raaijmakers, Pitlo. Rechtspersonenrecht, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 72 en 290; L. Timmerman, Grondslagen van geldend ondernemingsrecht (oratie Rotterdam), Ondernemingsrecht 2009/2, nr. 28-29; A.F. Verdam, Van collegiaal bestuur, bestuursbesluiten, aantastbaarheid en delegatie, en het besluit van een bestuurslid onder het nieuwe artikel 2:129a lid 3, Ondernemingsrecht 2013/102; Y. Borrius, Taakverdeling en aansprakelijkheid binnen bestuur en raad van commissarissen, in: M. Lückerath-Rovers e.a. (red.), Jaarboek Corporate Governance 2012-2013, Deventer: Kluwer 2013, par. 8.2; Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/28 en 29.

77 Kamerstukken II 2008/09, 31763, nr. 3 p. 8. Zie ook Kamerstukken II 1980/81, 16631, nr. 3, p. 3: 'Indien het bestuur zijn taak niet behoorlijk heeft vervuld, kunnen de bestuurders worden aangesproken'; Kamerstukken II 1983/84, 16631, nr. 6, p. 19: 'elke bestuurder, ongeacht de interne taakverdeling binnen het bestuur en zijn plaats daarin, [heeft] voor het financiële beleid en de preventie van onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur een gelijke verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid. Deze aansprakelijkheid is dan ook een hoofdelijke, met dien verstande dat een mogelijkheid tot individuele disculpatie bestaat.'

78 Kamerstukken II 1983/84, 16631, nr. 6, p. 36.

79 Gebr. Belinfante, Ontwerpen van wetten op de vennootschappen en andere. Wijziging en aanvulling van de bepalingen omtrent de Naamloze Vennootschap en de regeling van de aansprakelijkheid voor het prospectus, 's-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1929, p. 87 en 214 en C.J. van Zeben, W.G. Belinfante & O.W. van Ewijk, Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 2. Algemene Bepalingen, Deventer/Antwerpen: Kluwer 1962, p. 138, 436 en 541.

80 Zie daarover Kamerstukken II 2015/16, 34491, nr. 4, p. 2 en mijn commentaar op het wetsvoorstel WBTR 2020 in Westenbroek 2017, par. 3.6.5 en hoofdstuk 8 (denk aan bijv. een stichting die een schoolkrant uitgeeft of een kleine amateurvoetbalvereniging). De leden van de PvdA-fractie vroegen mijns inziens dan ook terecht of het wenselijk is dat regels die nu met name voor BV's en NV's gelden, ook gaan gelden voor kleinere (niet-commerciële of informele) stichtingen en verenigingen (Kamerstukken II 2017/18, 34491, nr. 6, p. 5).

81 Zie p. 28-29, 102-103, 109 en 111-112 van het Evaluatierapport.

82 Kamerstukken II 2018/19, 34491, nr. 12.

83 Kamerstukken II 2019/20, 34491, nr. 17, p. 12.

84 Kamerstukken II 2019/20, 34491, nr. 17, p. 11.

85 Kamerstukken II 2019/20, 34491, nr. 17, p. 13.

86 Strik 2020, par 3.4.

87 Cassatieberoepen die betrekking hebben op de functie en betekenis van de 'ernstig verwijt'-maatstaf of de ratio en systematiek van art. 2:9 BW nu nog afdoen met art. 81 Wet RO (zoals HR 1 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:540), lijkt mij gelet op de brede kritiek en de in deze bijdrage omschreven parlementaire geschiedenis uit den boze.

88 Jaarverslag Raad van State 2018, persbericht 11 april 2019, p. 1.

89 Kamerstukken II 2015/16, 34491, nr. 3, p. 1.

90 Kamerstukken II 2017/18, 34491, nr. 6, p. 9.

91 Toch is het amendement enigszins begrijpelijk vanuit een staatsrechtelijk perspectief. In het oorspronkelijke voorstel van de WBTR 2020 zou art. 2:9 BW grondig worden aangepast en opgesplitst. Op 9 november 2018 diende de minister echter een nota van wijziging in, waarin deze ambitieuze doelstelling is losgelaten en art. 2:9 BW ongewijzigd bleef. Zie Kamerstukken II 2017/18, 34491, nr. 7. Strikt genomen was art. 2:9 BW dus geen onderwerp meer dat door de invoering van de WBTR 2020 werd geraakt en was er dus ook geen reden om de invoering van de WBTR 2020 hierop tegen te houden of te wijzigen.

92 Van Dunné 2019, par. 4.5.2.

93 J.A. Winter e.a., Naar een zorgplicht voor bestuurders en commissarissen tot verantwoordelijke deelname aan het maatschappelijk verkeer, Ondernemingsrecht 2020/86.

94 Zie de reactie van H.J. de Kluiver, Over de verantwoordelijke onderneming. Naar een Paradise by the dashboard light?, Ondernemingsrecht 2020/126, par. 2.4.

95 Zie mijn reactie: W.A. Westenbroek, Een maatschappelijke verantwoordelijkheid voor ondernemingen en (bange?) bestuurders of coronawetenschap in crisistijd? Over onder andere Booking.com en Unilever..., Ondernemingsrecht 2021/3.

96 Westenbroek 2017, par. 1.1.

97 Boschma e.a. 2014, p. 159; Westenbroek 2019, par. 4.

98 Waar ik in Ondernemingsrecht 2019/129 voor waarschuwde.

99 Zie Westenbroek 2021.