

## Reactie I op Hammerstein, Ondernemingsrecht 2021/62

### Ondernemingsrecht 2021/113

#### 1. Aversie of hardnekkige weerstand?

Waar komt toch die weerstand vandaan tegen de vernieuwende rechtswetenschappelijke kritiek op het gebruik van de maatstaf van een “persoonlijk ernstig verwijt” bij bestuurdersaansprakelijkheid? Er zijn inmiddels minstens vier proefschriften verschenen en een veelvoud aan wetenschappelijke artikelen.<sup>1</sup> In de meeste (sociale en exacte) wetenschappen vormen de daarmee verworven wetenschappelijke inzichten, de basis voor vooruitgang. In de rechtswetenschap, althans waar het dit onderwerp betreft, is dat niet het geval en worden deze inzichten suggestief als ‘aversie’ betiteld. Dat lijkt een gevolg van ‘hardnekkige weerstand’ tegen kritiek, vooral door de (oud) magistratuur bij de Hoge Raad.

De column van oud-raadsheer van de Hoge Raad Hammerstein is daar een voorbeeld van.<sup>2</sup> Hij stelde de vraag waar toch die ‘aversie’ vandaan komt tegen het gebruik van de maatstaf. Er zouden volgens hem boeken vol over zijn geschreven zonder dat de ‘hardnekkige weerstand’ is verminderd en ook de Hoge Raad, gesteund door oud-Advocaat-Generaal Timmerman (een fervent ‘voorvechter’<sup>3</sup> van de maatstaf), zou niet genegen zijn de koers te verleggen. Of dat zo is, zal de toekomst moeten uitwijzen en naar die boeken ben ik benieuwd, want ik heb hier toch enig onderzoek naar gedaan. Hammerstein en Timmerman waren als raadsheer respectievelijk Advocaat-Generaal betrokken bij de voor de maatstaf dragende arresten *Ontvanger/Roelofsen*,<sup>4</sup> *Willemssen/NOM*<sup>5</sup> en *Spaanse Villa*<sup>6</sup> (de laatste alleen Timmerman) en de column van Hammerstein lijkt een herhaling van de column van Timmerman van twee jaar geleden in dit tijdschrift.<sup>7</sup> In 1997 schreef Timmerman in de voorganger van dit tijdschrift overigens al een instemmende noot over de introductie van de maatstaf in het door Hammerstein aangehaalde arrest *Staleman/Van de Ven*.<sup>8</sup> Wordt het niet eens tijd om de

vraag om te draaien? Vanwaar die aversie tegen kritiek op de maatstaf?

#### 2. Bange bestuurders (‘vroeger was alles beter’?)

Hoe Hammerstein naar het onderzoek van de jonge promovendus Tim Bleeker verwees, spreekt in dit verband boekdelen. Bleeker onderzocht<sup>9</sup> of het ‘bange bestuurders’-argument, ontleend aan een oude oratie van een huidig raadsheer bij de Hoge Raad,<sup>10</sup> deugt en kwam tot de conclusie dat dit niet het geval is. Hammerstein betitelde het onderzoek van Bleeker als ‘weer een poging om de gedachte van bange bestuurders om zeep te helpen’ (vroeger was alles beter?), maar accepteerde dat bestuurders zich niet laten leiden door angst voor persoonlijke aansprakelijkheid. Volgens Hammerstein was echter ‘ook zonder het argument van bange bestuurders de omstrepen maatstaf nog steeds goed bruikbaar’. Dat het argument (‘*voorkomen dat bestuurders zich door defensieve overwegingen laten leiden*’) in het voornoemde arrest *Willemssen/NOM* en in de belangrijke arresten *Hezemans Air*<sup>11</sup> en *RCI/Kastrop*<sup>12</sup> een centrale rechtvaardiging vormde voor het gebruik van de maatstaf bij aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW respectievelijk ex art. 6:162 BW, leek ineens niet meer relevant.

#### 3. Secundaire aansprakelijkheid vs. verantwoordelijkheid van bestuurder

Hammerstein richtte zich liever op het (enige) door Timmerman in *Spaanse Villa* geïntroduceerde resterende argument voor behoud van de maatstaf (naar welk argument de A-G’s in *Hezemans Air* en *RCI/Kastrop* verwezen): ‘secundaire aansprakelijkheid’. Net zoals bij de werknemer zou de ‘primaire aansprakelijkheid’ jegens de werkgever en de derde, bij de rechtspersoon liggen. De kritiek op de maatstaf zou dat miskennen. Hammerstein miskent op zijn beurt juist dat (i) in de verhouding tussen bestuurder en rechtspersoon dit argument niet speelt en (ii) ten aanzien van de verhouding tussen bestuurder en derde, dit argument in de rechtswetenschappelijke kritiek op de maatstaf reeds uitvoerig en op verschillende gronden is weerlegd. Een van die gronden is het feit dat op grond van art. 6:170-172 BW de werknemer (net zoals de niet-ondergeschikte en de vertegenwoordiger) zelf verantwoordelijk en (naast de werkgever hoofdelijk) aansprakelijk blijft voor zijn onrechtmatig handelen.<sup>13</sup> Hij wordt jegens de derde dus niet beschermd. Als de werknemer niet wordt beschermd, is het dan maatschappelijk redelijk dat de bestuurder wél beschermd wordt? Ik ben benieuwd wat de vakbonden daarvan zouden vinden.

1 Zie de bronnen in W.A. Westenbroek, ‘Ernstig verwijt revisited bij Wet bestuur en toezicht rechtspersonen 2020 en de evaluatie van de Wet bestuur en toezicht 2011’, *MvO* 2021, afl. 3-4 en W.A. Westenbroek, ‘Selectieve betaling: onbehoorlijke taakvervulling en onrechtmatig of niet?’, *TvOB* 2020-2.

2 *Ondernemingsrecht* 2021/62.

3 Ook in de woorden van Y. Borrius e.a., ‘Externe Aansprakelijkheid’, in: Van Solinge e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2020-2021 (VDHI nr. 172)* 2021/1.1.4.1, voetnoot 4.

4 HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659 (*Ontvanger/Roelofsen*), r.o. 3.5.

5 HR 20 juni 2008, *NJ* 2009, 21, m.nt. J.M.M. Maeijer & H.J. Sniijders (*Willemssen/NOM*).

6 HR 23 november 2012, *NJ* 2013/302, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Spaanse Villa*).

7 L. Timmerman, ‘Ernstige verwijten over ernstig verwijt’, *Ondernemingsrecht* 2019/45.

8 L. Timmerman, HR 10 januari 1997, nr. XXX, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243, *TvVS* 1997, 25: “Dit soort open criteria is mooi”.

9 T.R. Bleeker, ‘De angst voor bange bestuurders ontrafeld’, *NJB* 2020/2300, afl. 34, p. 2520 e.v.

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

11 HR 5 september 2014, *NJ* 2015/21, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Hezemans Air*).

12 HR 5 september 2014, *NJ* 2015/22, m.nt. P. van Schilfgaarde (*RCI/Kastrop*).

13 Zie ook: Oldenhuis 2016, *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:170 BW, aant. 10.1.

Overigens wordt de werknemer ex art. 7:661 BW wél (en terecht) beschermd voor aansprakelijkheid jegens de werkgever: hij is immers ondergeschikte, dient instructies op te volgen en zit in een afhankelijke kwetsbare positie. De werknemer is daarom niet aansprakelijk jegens de werkgever tenzij sprake is van ‘opzet of bewuste roekeloosheid’, wat in het arbeidsrecht gelijkgesteld wordt met ‘ernstig verwijt’. Van een bestuurder verwachten wij op grond van boek 2 BW echter méér, en dat blijkt ook uit de wetsgeschiedenis bij art. 6:170 lid 3 BW, waar de wetgever een uitzondering voorzag voor de regresmogelijkheid van werknemer jegens werkgever voor “*een ondergeschikte die als directeur in dienst was van de aangesproken N.V.*”<sup>14</sup> Zoals Hammerstein terecht opmerkte, moet een bestuurder immers handelen met het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult. Hammerstein stelde vervolgens echter dat pas als de bestuurder daarin *ernstig* is tekortgeschoten en er sprake is van ‘bijzondere omstandigheden’, hij persoonlijk aansprakelijk wordt. Dat is vreemd: is *gewoon* tekortkomen in deze verplichting bij *gewone* omstandigheden niet voldoende? Wat is anders het nut van deze gedragsnorm of bijvoorbeeld het nut van collectieve verantwoordelijkheid als gevolg waarvan een bestuurder moet ingrijpen als hij waarneemt dat een medebestuurder zijn taken niet goed vervult? Deze en andere hogere eisen die wij aan bestuurders stellen, zijn logisch. Zij hebben nu eenmaal een grotere verantwoordelijkheid dan bijvoorbeeld werknemers, aandeelhouders en andere stakeholders, richting wie zij er ook op moeten toezien dat de rechtspersoon toepasselijke regelgeving naleeft. In een tijd naar roep voor meer ‘maatschappelijk verantwoordelijke’ en minder ‘winstgerichte bestuurders’,<sup>15</sup> wordt dat eens te meer duidelijk.

#### 4. Verzekering, verwijtbaarheid en de reden voor de ‘aversie’

Tot slot, Hammerstein stelde dat bestuurders zich niet laten leiden door angst voor persoonlijke aansprakelijkheid aangezien zij toch al geen groot risico lopen omdat de schade meestal betaald wordt door anderen, zoals de verzekeraar. Wat er van de (vreemde) opmerking zelf ook zij, het enkele bestaan van een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering laat zien dat bij bestuurders sneller aansprakelijkheid kan ontstaan dan bij werknemers. Daarvoor is die verzekering juist en anders zou die verzekering ook niet nodig zijn: daadwerkelijk ernstig verwijtbaar handelen, opzet en bewuste roekeloosheid kunnen niet verzekerd worden, want dat is in strijd met de goede zeden. Dit betekent uiteraard niet dat een bestuurder ‘zomaar’ aansprakelijk is voor alles wat er misgaat. Een bestuurder kan niet alles weten of overzien, staat niet in voor resultaten, moet soms risico’s nemen en is afhankelijk van informatie

<sup>14</sup> Van Zeven, Pon & Olthoff 1981, *PG Boek 6 BW*, p. 728.

<sup>15</sup> J.A. Winter e.a., ‘Naar een zorgplicht voor bestuurders en commissarissen tot verantwoordelijke deelname aan het maatschappelijk verkeer’, *Ondernemingsrecht* 2020/86 en de reacties daarop in *Ondernemingsrecht* 2021/3 e.v.

die hem bereikt. Er is daarom niet zomaar sprake van ‘onbehoorlijke taakvervulling’, een ‘fout’ of onrechtmatigheid. Onbehoorlijk (of onrechtmatig) impliceert dat de bestuurder *verwijtbaar* moet hebben gehandeld,<sup>16</sup> oftewel: een toerekenbaar (gewoon) verwijt kan worden gemaakt. Is dat het geval, dan leidt dat tot aansprakelijkheid voor de causale (mogelijk verzekerde) schade. Dat geldt voor ieder rechtssubject en dat is in het maatschappelijk verkeer niet onredelijk. Een positieve noot om af te sluiten: enkele ongelukkige uitzonderingen daargelaten, wordt dit in de rechtspraak ook onderkend bij de weging van feiten. De ‘ernstig verwijt’-maatstaf draagt daar echter niets aan bij, maar compliceert die rechtspraak. Daar zijn rechtspersonen, bestuurders en derden niet bij gebaat en onder meer dát verklaart de aversie tegen de maatstaf.

Winand Westenbroek<sup>17</sup>

## Reactie II op Hammerstein, Ondernemingsrecht 2021/62

### Ondernemingsrecht 2021/114

#### 1. Inleiding

De Hoge Raad heeft geoordeeld dat voor de aansprakelijkheid van een bestuurder van een rechtspersoon op grond van onrechtmatige daad ‘hogere eisen’ gelden dan in het algemeen geval is.<sup>1</sup> Sinds het Ontvanger/Roelofsen-arrest uit 2006, geldt dat een bestuurder (die handelt in hoedanigheid<sup>2</sup>) pas aansprakelijk is wanneer hem persoonlijk een *ernstig verwijt* treft.<sup>3</sup>

Deze ernstig-verwijt-doctrine wordt echter geplaagd door een niet-afnemende stroom van kritiek. In *Ondernemingsrecht* 2021/62 vraagt Fred Hammerstein zich hardop af “waar toch de aversie vandaan [komt] tegen het gebruik van de maatstaf van een ‘persoonlijk ernstig verwijt’ in het kader van de aansprakelijkheid van een bestuurder van de rechtspersoon?” Op deze vraag tracht ik in deze reactie antwoord te geven.<sup>4</sup>

<sup>16</sup> *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, nr. 6, p. 3-4.

<sup>17</sup> Mr. dr. W.A. Westenbroek is advocaat te Amsterdam, verbonden aan Erasmus School of Law en gepromoveerd met *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie* (diss. Rotterdam:;) (IVOR nr. 108), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

<sup>1</sup> HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, *JOR* 2014/296, m.nt. Kroeze (*Hezemans Air*), r.o. 3.5.2.

<sup>2</sup> HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5881, *NJ* 2013/302, m.nt. Van Schilfgaarde (*Spaanse Villa*).

<sup>3</sup> HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, *Ondernemingsrecht* 2007, 36, m.nt. Wezeman (*Ontvanger/Roelofsen*).

<sup>4</sup> In deze reactie richt ik me op de ernstig-verwijt-maatstaf in het kader van artikel 6:162 BW. Zie voor kritiek op deze maatstaf in de context van zowel artikel 6:162 BW als artikel 2:9 BW: W.A. Westenbroek, *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2017.