

## Reactie

### Reactie op “Bestuurdersaansprakelijkheid bij BV’s tien jaar later” van prof. mr. H.E. Boschma en prof. mr. J.B. Wezeman, WPNR 2022/7390

#### Over een zorgvuldige en evenwichtige normering van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht

In het overzichtsartikel van prof. mr. H.E. Boschma en prof. mr. J.B. Wezeman over de stand van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht tien jaar na invoering van de Wet Flex-BV (WPNR 2022/7390) verwijzen zij veelvuldig naar de zogenoemde ‘ernstig verwijt’-eis en gebruiken zij termen als ‘ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur’ en ‘onbehoorlijke, ernstig verwijtbare taakvervulling’. Zij stellen een actueel beeld te hebben geschetst van de ontwikkelingen in de afgelopen tien jaar en spreken hun indruk uit dat de aansprakelijkheid van bestuurders zorgvuldig en evenwichtig is genormeerd. Er bestaat echter al lange tijd – en de laatste tien jaar in toenemende mate – kritiek op en onduidelijkheid over de door hen veelvuldig genoemde ‘ernstig verwijt’-maatstaf. Dit nuanceert het door Boschma en Wezeman geschetste beeld. Dat noopt mij tot een reactie waarin ik in vier samenvattende opmerkingen een beeld geef van de kritiek en onduidelijkheden en van de omvang ervan.

De kritiek op de ernstig verwijt maatstaf laat zich als volgt samenvatten:

1. De term ‘ernstig verwijt’ wordt van oudsher toegepast in het arbeidsrecht, dat voornamelijk bepaald wordt door Boek 7 BW. Het heeft wethistorisch en wetsystematisch (zowel in wetgeschiedenis, rechtspraak als literatuur) dezelfde betekenis als de ‘hoge’ (*subjectieve*) schuldgradatie ‘opzet of bewuste roekeloosheid’, waar voorbeelden als diefstal, bedrog en werkweigering onder worden geschaard.<sup>1</sup> Vaststaat dat een bestuurder niet pas (intern of extern) aansprakelijk is als deze schuldgradatie is behaald. Het sluiten van een D&O-verzekering zou anders nutteloos zijn omdat opzet en bewuste roekeloosheid niet te verzekeren zijn. Anders dan in het arbeidsrecht, wordt van de bestuurder verwacht dat hij instaat voor zijn kwaliteiten als zodanig.<sup>2</sup> Met deze *objectieve* norm wordt geabstraheerd van een op de persoon gerichte schuldgradatie (de ‘ernst van het verwijt’). Het gebruik van de term door de Hoge Raad sinds 1997 binnen bestuurdersaansprakelijkheid leidt daarom tot onduidelijkheid en is strijdig met de door de wetgever aan de Hoge Raad gegeven (mede taalkundige)<sup>3</sup> taak om te komen tot een-

vormige uitleg en toepassing van rechtsregels en rechtsbegrippen, zowel binnen afzonderlijke rechtsgebieden als in samenhang tussen afzonderlijke rechtsgebieden<sup>4</sup> (zoals Boek 2, 6 en 7 BW). Dit leidt ook tot onduidelijkheid bij de burger.

2. Het gebruik van de term en de codificatie ervan in art. 2:9 lid 2 BW is onnodig, dubbelop en strijdig met de overige tekst en systematiek van art. 2:9 BW en art. 2:248 BW. Beide bepalingen bevatten namelijk al een open toetsingsnorm, zijnde ‘(kennelijke) onbehoorlijke taakvervulling’ waarbij in de term ‘onbehoorlijk’ volgens de minister het element van ‘verwijtbaarheid’ besloten ligt. In deze toets ligt tevens besloten dat de bestuurder beleidsruimte heeft, dat de rechter steeds tot een redelijk en billijk oordeel moet komen en dat hij niet op de stoel van de ondernemer plaats moet nemen.<sup>5</sup> Met het door de Hoge Raad genoemde vereiste van het ‘ernstig verwijt’ en de door Boschma en Wezeman in hun bijdrage gehanteerde term ‘ernstig verwijtbaar

1. *Kamerstukken II* 1987/88, 17896, nr. 8, p. 27-28; *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 40; P. Kruit, *Arbeidsovereenkomst*, art. 7:673 BW, aant. 1.1 (online tot 1 november 2017); HR 10 mei 1996, *NJ* 1996/669 m.nt. Stein (*Roebbers/Van de Ven*) en HR 9 januari 1998, *NJ* 1998/440 m.nt. Stein (*Godfried/Tribulet*); W.A. Westenbroek, *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie* (diss. Rotterdam), IVOR nr. 108, Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 2, 4.1-4.5 en 5.2.2; D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid* (diss. Rotterdam), IVOR nr. 73, Deventer: Kluwer 2010, bijv. p. 29-30.
2. *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, nr. 6, p. 19.
3. Recht wordt geuit in taal. Zie bijv. K. Bovend’Eerdt, C. de Kluiver, L. Trapman en M. Samadi, ‘Recht en taal’, *AA* 2015, afl. 7, p. 554.
4. Zoals is bepaald in *Kamerstukken II* 2010/11, 32576, nr. 3, p. 1.
5. *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, nr. 6, p. 3-4 en 19-20 en *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, nr. 9, p. 2. In HR 10 januari 1997, *NJ* 1997/360 m.nt. Maeijer (*Staleman/Van de Ven*) komt deze objectieve ‘maatman-toets’ terug waar de Hoge Raad spreekt over “het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult” en in HR 8 juni 2001, *LJN* AB2053, *NJ* 2001/454 (*Panmo*) spreekt de Hoge Raad over onbehoorlijke taakvervulling als ‘geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – zo gehandeld zou hebben’.

onbehoorlijk bestuur' wordt gesuggereerd dat er ook zoiets bestaat als 'niet-ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur'. Dat is een contradictio in terminis. Voorts, als onbehoorlijke taakvervulling eenmaal is vastgesteld, is in beginsel het gehele bestuur hoofdelijk aansprakelijk, tenzij een bestuurder zich kan disculperen. Aan een dergelijk disculpatieberoep worden hoge eisen gesteld. De ratio hiervan is gebaseerd op het collegialiteitsbeginsel en de daarmee samenhangende collectieve verantwoordelijkheid.<sup>6</sup> De wetgever heeft de term 'ernstig verwijt' in 2013 echter gecodificeerd<sup>7</sup> in deze disculpatiemogelijkheid (art. 2:9 lid 2 BW), waarmee de wetgever suggereert dat de disculperende bestuurder vrij gemakkelijk onder aansprakelijkheid kan uitkomen. Dat is juist niet het geval (zoals ook Boschma en Wezeman terecht stellen) en de wet zou dat dus ook niet moeten suggereren. De codificatie van de term 'ernstig verwijt' is hierdoor ook strijdig met het idee dat *'De burger moet kunnen vertrouwen op wetsvoorschriften die bij onbevangen lezing op zich zelf slechts één uitlegging toelaten (...)'*<sup>8</sup> en met de wensen van de Raad van State dat *'de wet ervoor [moet] zorgen dat de belangrijkste rechten en plichten van burgers en de opdrachten van de overheid duidelijk zijn geformuleerd. (...)* en dat de *"wet burgers houvast [moet] bieden."*<sup>9</sup>

3. De door de Hoge Raad gegeven rechtvaardiging voor het gebruik van 'ernstig verwijt' deugt niet.<sup>10</sup> De eerste pijler van deze rechtvaardiging, die zowel voor interne als externe aansprakelijkheid wordt gebruikt, luidt dat voorkomen zou moeten worden dat (bange) bestuurders zich door defensieve overwegingen laten leiden. In de literatuur, zo ook door Boschma en Wezeman, wordt dit vaak in een adem genoemd met beleidsvrijheid, een terughoudende toetsing van beleid, de mogelijkheid om rekening te houden met hindsight bias en dat niet iedere fout al tot aansprakelijkheid dient te leiden.<sup>11</sup> Dit zijn echter drogredenen. Bij de invulling van de open norm van '(kennelijke) onbehoorlijke taakvervulling' moet immers al rekening worden gehouden met deze omstandigheden. Zie hiervoor. Bij 'onrechtmatige daad' is dat niet anders. Een 'verkeerd' uitgekakte beslissing is daarom niet per se een 'slechte' beslissing die tot aansprakelijkheid leidt.<sup>12</sup> Dat bestuurders uit angst voor aansprakelijkheid zich door defensieve overwegingen zouden laten leiden, is bovendien de afgelopen jaren in het geheel niet gebleken.<sup>13</sup> Ook Hammerstein, die voor de ernstig verwijt-maatstaf dragende arresten<sup>14</sup> heeft gewezen, schreef in 2021: *"Uit onderzoek blijkt niet dat bestuurders zich laten leiden door angst voor persoonlijke aansprakelijkheid."*<sup>15</sup> Evenzo Van Schilf-gaarde die in 2017 al stelde dat *'het bange*

*bestuurders argument (inclusief verwijzing naar het voorkomen van defensief gedrag) maar beter geschrapt kan worden.*<sup>16</sup> Oftewel: de normatieve onderbouwing van deze pijler is stevig aangetast in de afgelopen tien jaar. Ten aanzien van de tweede pijler is dat niet anders. Deze tweede pijler werd door de Hoge Raad zo omschreven: *"een hoge drempel voor aansprakelijkheid (...) wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de vennootschap (...)"*, maar deze pijler is de afgelopen vijf jaar in welgeteld vier proefschriften onderuitgehaald.<sup>17</sup>

6. Kamerstukken II 2018/19, 34491, nr. 11, p. 9.
7. Uitsluitend om de formulering van art. 2:9 BW te laten aansluiten op de in rechtspraak gebruikte terminologie, zonder dat daarmee een koerswijziging was beoogd, zie Kamerstukken II 2008/09, 31763, nr. 3, p. 8-9.
8. HR 11 november 1960, NJ 1961, 35 en J.M. Polak, 'De conclusies van Langemeijer', in: J.F. Glastra van Loon e.a. (red.), *Speculum Langemeijer, 31 rechtsgeleerde opstellen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 409.
9. Jaarverslag Raad van State 2018, persbericht 11 april 2019, p. 1.
10. In HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21 m.nt. Maeijer en Snijders (*Willemsen/NOM*), HR 23 november 2012, NJ 2013, 302 m.nt. Van Schilf-gaarde (*Spaanse Villa*), HR 5 september 2014, NJ 2015, 21 m.nt. Van Schilf-gaarde (*Hezemans Air*) en HR 5 september 2014, NJ 2015, 22 m.nt. Van Schilf-gaarde (*RCI/Kastrop*).
11. Zo ook door Boschma en Wezeman in hun bijdrage en Timmerman in WPNR 2017/7140 en WPNR 2018/7189. In L. Timmerman, 'Kroniek van het vennootschapsrecht', *NJB* 2003, afl. 31, p. 1633-1639 stelde Timmerman - in lijn met de wethistorische betekenis van 'ernstig verwijt' - nog dat de terughoudendheid in toetsing moet worden gevonden *"in eisen van een hoge mate van schuld"*.
12. Westenbroek diss. 2017, par. 3.7.4.
13. Zie W.A. Westenbroek, 'Toetsingsintensiteit bij Bestuurdersaansprakelijkheid', in: R. Schutgens e.a. (red.), *Toetsingsintensiteit, Een vergelijkende studie naar het variëren van de toetsingsintensiteit door de rechter*, Radboud Universiteit Nijmegen, Serie Staat en Recht nr. 54, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 573.
14. HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006, 659 (*Ontvanger/Roelofsen*) en voormeld *Willemsen/NOM*.
15. F. Hammerstein, *Ondernemingsrecht* 2021/62 (die hierin overigens behoud van de maatstaf bepleitte) met reactie Westenbroek en Bleeker en naschrift Hammerstein in *Ondernemingsrecht* 2021/113-115.
16. P. van Schilf-gaarde, '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, p. 485-492.
17. T.R. Bleeker, *Milieuaansprakelijkheid van leidinggeven-den*, (diss. Utrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. III. 7.3.3 en IV.3.3.2; J.E. van Nuland, *Beleidsbepaling en aansprakelijkheid* (diss. Maastricht), VDHI nr. 170, Deventer: Wolters Kluwer 2021, bijv. p. 181, 193, 198 en par. 4.3.1; A. Karapetian, *Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad* (diss. Groningen), R&P nr. INSR11, Deventer: Wolters Kluwer 2019, bijv. p. 20, 40 en par. 2.3.2.4; Westenbroek diss. 2017, par. 10.5.3.

4. De kritiek komt van verschillende kanten en is deels ook al langer dan tien jaar geleden geformuleerd, maar is de afgelopen vijf jaar sterk toegenomen in talloze publicaties<sup>18</sup> en in wetenschappelijk onderzoek van diverse promovendi.<sup>19</sup> Dat er ook daadwerkelijk bij de burger onduidelijkheid bestaat<sup>20</sup> als gevolg van de maatstaf, wordt geïllustreerd door een op 1 april 2016 door de Hoge Raad gewezen art. 81 Wet RO-uitspraak waarin een bestuurder de begrijpelijke maar (in het licht van de ratio van art. 2:9 BW en art. 6:162 BW) onjuiste stelling innam dat de term ‘ernstig verwijt’ dezelfde betekenis heeft als ‘opzet of bewuste roekeloosheid’.<sup>21</sup> Zelfs Van Schilfgaarde, die in 1986 aan de wieg stond van de latere introductie van de maatstaf, constateerde in 2017 dat het ernstig-verwijtcriterium ‘voor aansprakelijkheid, zowel intern als extern, vaag is, weinig zekerheid biedt, tot interpretatieproblemen leidt bij het huidige art. 2:9 BW en veel van haar onderscheidende kracht zal verliezen.’<sup>22</sup> Ook de Tweede Kamer (van VVD en CDA tot SGP en Groen-Links) heeft in 2019 en 2020 nog meerdere vragen gesteld vanwege onduidelijkheden rondom de ‘ernstig verwijt’-maatstaf. Hier werd bijvoorbeeld gevraagd (1) “‘wat de Minister precies onder “ernstig verwijt” verstaat. Is dat dezelfde definitie als die welke in het arbeidsrecht wordt gehanteerd, waarbij wordt gedoeld op opzet en roekeloosheid? Of denkt hij aan een andere definitie in dit wetsvoorstel?”, (2) ‘[kan] er überhaupt sprake (...) zijn van een niet-ernstig verwijtbare manier van het onbehoorlijk vervullen van je taak. Zit er niet een soort tegenstrijdigheid in?’, (3) ‘Is het niet een pleonasme om te spreken over het op een ernstig verwijtbare manier onbehoorlijk vervullen van je bestuurstaken?’, (4) ‘Bestaat er een verschil 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?’, (5) ‘wat is de functie en de betekenis van de begrippen ernstig verwijt en onbehoorlijk bestuur?’, (6) ‘zijn de normen van art. 2:9 BW voor iedereen duidelijk?’ en (7) aangezien de norm van art. 2:9 BW en art. 2:248 BW hetzelfde is, maar de term ‘ernstig verwijt’ niet in art. 2:248 BW voorkomt: ‘wordt er in art. 2:9 BW en art. 2:138 en 2:248 BW ten onrechte verschillende terminologie gebruikt?’<sup>23</sup> Maar de minister ontweek deze vragen, mogelijk omdat hij niet terug naar de tekentafel wilde. Ter tegemoetkoming heeft de minister wel toegezegd de term ernstig verwijt in de toekomst onderdeel te laten zijn van een evaluatie waarbij hij aan de rechterlijke macht de impliciete opdracht heeft gegeven in de tussentijd duidelijkheid te geven over de term.<sup>24</sup> Een aansporing die de Hoge Raad zich zou moeten aantrekken<sup>25</sup> en waarbij de rechtswetenschap zou kunnen ondersteunen.

Ik heb de bijdrage van Boschma en Wezeman met interesse gelezen en het geeft een goed beeld van de laatste ontwikkelingen in de rechtspraak van de Hoge Raad. Hun stellingen dat zij een actueel beeld hebben geschetst op basis van de ontwikkelingen in de afgelopen tien jaar op het terrein van aansprakelijkheid van bestuurders, en dat deze aansprakelijkheid zorgvuldig en evenwichtig is genormeerd, behoeven echter de nodige nuancering.

Mr. dr. W.A. Westenbroek\*

18. Zie ook bronvermeldingen in bijv. W.A. Westenbroek, ‘Ernstig verwijt revisited bij Wet bestuur en toezicht rechtspersonen 2020 en de evaluatie van de Wet bestuur en toezicht 2011’, *MvO* 2021/3-4.

19. De kritiek dateert al uit 1993. Zie onder andere J.M. Blanco Fernández, *De Raad van Commissarissen bij de NV en BV* (diss. Maastricht), IVOR nr. 19, Deventer: Kluwer 1993, bijv. p. 174-197 en is later sterk toegenomen. Zie ook Strik diss. 2010, p. 23-30, 49, 56, 87 en voorgaande voetnoten.

20. Zie daarover ook: N.T. Pham, *Directors’ liability. A legal and empirical study* (diss. Rotterdam) IVOR nr. 101, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 38 en 167: “Niet alleen weten bestuurders niet wat de werkelijke aansprakelijkheidsrisico’s zijn, zij zijn evenmin geïnformeerd over wat de aansprakelijkheidsnormen zijn bij een eventuele formele bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure.”

21. HR 1 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:540, *JOR* 2016/264 m.nt. Schild (*Stichting ATAL*).

22. Van Schilfgaarde 2017, p. 490 en 492.

23. *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 8, p. 1 en 3-4, *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 9, p. 8-10 en *Kamerstukken II* 2019/20, 34491, nr. 17, p. 3-4.

24. *Kamerstukken II* 2019/20, 34491, nr. 17, p. 11 en 13.

25. Zie ook 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. 3.4: “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 (...).”

\* Advocaat Westlegal te Amsterdam, verbonden aan de Erasmus School op Law, op 3 november 2017 gepromoveerd met het proefschrift *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie*, diss. Rotterdam, IVOR nr. 108, Deventer: Wolters Kluwer 2017. (winand.westenbroek@westlegal.nl)