

35. Empirisch onderzoek naar ‘bange bestuurders’

Onzekerheid in bestuurdersaansprakelijkheid

1. Inleiding¹

In ‘Bange bestuurders’ schreef Maarten Kroeze het volgende²:

‘Juridische regels zouden zo moeten zijn dat zij ertoe bijdragen dat bestuurders op het vlak van aansprakelijkheid niet meer te vrezen hebben van een risicovolle, maar economisch optimale beslissing dan van een risicoloze, maar suboptimale beslissing.’

Dit normatieve standpunt zou ik graag als volgt willen herformuleren: juridische regels hebben een belangrijke functie om onzekerheid te reduceren. Die onzekerheidsreductie kan de angst voor aansprakelijkheid bij bestuurders mogelijk beperken bij het nemen van beslissingen.

In deze bijdrage richt ik mij op de functies van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht om onzekerheid te reduceren. Daarbij maak ik gebruik van twee empirische studies. De eerste studie betreft een kwalitatief en kwantitatief rechtspraakonderzoek naar uitspraken bestuurdersaansprakelijkheid (2003-2013). De tweede studie betreft een casestudie onder 54 bestuurders en commissarissen. Op basis van deze studies ga ik in op het belang van onzekerheidsreductie en bespreek ik hoe bestuurders enerzijds en rechters anderzijds omgaan met onzekerheid. In het slot van mijn bijdrage kom ik terug op het door Maarten geformuleerde normatieve standpunt.

1. Deze bijdrage is grotendeels gebaseerd op de onderzoeksresultaten van mijn promotieonderzoek. Zie hiervoor N.T. Pham, *Directors' liability. A legal and empirical study*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

2. M.J. Kroeze, *Bange Bestuurders*, Deventer: Kluwer 2005.

2. Onzekerheid

Het nemen van risico's kan gezien worden als het nemen van een beslissing onder de conditie van onzekerheid. Wat een bestuurder bijzonder maakt, is dat hij of zij vanuit zijn rol en de daarbij horende verplichtingen, beslissingen neemt onder onzekerheid en de verantwoordelijkheid aanvaardt van de onzekere afloop van dergelijke beslissingen. Daarmee stelt een bestuurder zich in beginsel bloot aan persoonlijke aansprakelijkheid.

Naarmate de omvang en schaal van een vennootschap en met de vennootschap gedreven ondernemingen groter zijn, zal de druk van persoonlijke aansprakelijkheid onder bestuurders sterker gevoeld worden. Immers, de onzekerheid die een top bestuurder binnen een concern ervaart, is complexer dan die van een bestuurder van een eenmans b.v. De topbestuurder neemt veelal beslissingen met anderen in de vorm van collegiale besluitvorming. En eerder bij regel dan bij uitzondering worden beslissingen genomen door anderen al dan niet door sturing op decentrale besluitvorming. Een topbestuurder aanvaardt op deze manier niet enkel de verantwoordelijkheid voor de onzekere afloop van zijn eigen beslissingen. Hij of zij aanvaardt ook de verantwoordelijkheid voor de beslissingen van anderen waar hij of zij beperkte controle over heeft.

Dat zowel de wetgever als de rechtspraak uitgaat van een hoge drempel van aansprakelijkheid en dat bestuurders instrumenten kunnen aanwenden om de financiële gevolgen van persoonlijke aansprakelijkheid te beperken, laat onverlet dat zij nauwelijks vat hebben op het risico van een aansprakelijkheidsclaim. De onzekerheid in bestuurdersaansprakelijkheid kan, beargumenteerd, liggen in i) de onvolledige informatie over wat het werkelijke (objectieve) aansprakelijkheidsrisico is (cijfers hierover ontbreken), ii) de (subjectieve) perceptie van de bestuurder van het aansprakelijkheidsrisico en iii) de onvolledige informatie over de normen welke bij schending tot persoonlijke aansprakelijkheid leiden.

2.1 Relatieve onzekerheid

Gegevens over de werkelijke aansprakelijkheidsrisico's van bestuurders ontbreken. Het aantal gepubliceerde rechterlijke uitspraken geeft vermoedelijk slechts een fractie van de claims weer. Verzekeraars of intermediairs die vaak als het eerste aanspreekpunt van een besprongen bestuurder fungeren, houden helaas niet het aantal gemelde claims bij.³ Daarnaast, een besprongen bestuurder hoeft nog

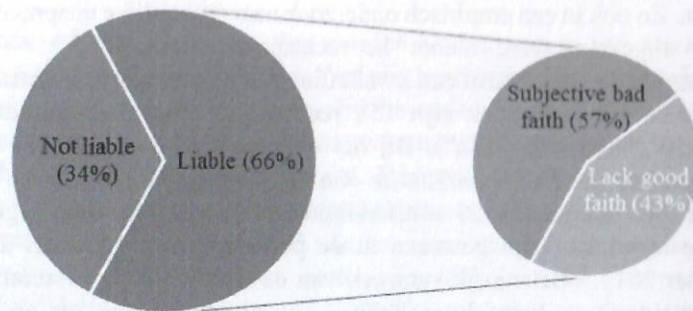
3. Dit is in gesprekken gevoerd in kader van het promotieonderzoek met verzekeraars en intermediairs aan mij bevestigd.

geen verzekerde bestuurder te zijn. Bij gebrek aan beter wordt gewerkt met schattingen. Zo ook in een empirisch onderzoek naar rechterlijke uitspraken dat in 2013-2014 uitgevoerd werd (hierna "het rechtspraakonderzoek").⁴

Genoemd onderzoek betrof een kwalitatieve en kwantitatieve – statistische – analyse. Voor het onderzoek zijn 158 rechterlijke uitspraken gecodeerd en geanalyseerd (hierna "de data"). Bij het coderen van de uitspraken zijn de omstandigheden van *Staleman/Van de Ven* als uitgangspunt genomen.⁵ In het onderzoek zijn uiteindelijk 21 omstandigheden (hierna "factoren") geformuleerd.⁶ De uitspraken zijn gewezen in de periode tussen 1 januari 2003 tot 1 september 2013.⁷ Belangrijk kenmerk van de data is dat de bestuurdersaansprakelijkheidszaken betrekking hebben op geschillen die op grond van artikelen 2:9, 6:162 en/of 2:138/248 BW zijn beslecht. In elk van de gecodeerde zaken heeft de rechter of bestuurdersaansprakelijkheid afgewezen of toegewezen. Enkel die uitspraken die zien op een einduitspraak zijn meegenomen in de analyse.⁸

De onderzoeksresultaten laten een interessante verdeling zien van uitspraken waarin een bestuurder wel of niet aansprakelijk is gehouden. Zie Figuur 1.

4. Pham (2017) hoofdstuk 3. Zie ook Pham, 'Judges predict directors' liability. A jurimetrics research', in: Rotolo (ed.), *Frontiers in artificial intelligence and applications series*, IOS Press 2015.
5. HR10 januari 1997, ECLI:NL:1997:ZC2243 (*Staleman/ Van de Ven*).
6. Onder deze factoren hangen weer subcategorieën. In Pham (2017), paragraaf 3.3.3. van hoofdstuk 3 wordt beschreven hoe de uitspraken zijn gecodeerd. De bijbehorende Appendix I bevat een lijst met alle in het onderzoek opgenomen factoren met definities van die factoren.
7. Zie Pham (2017) hoofdstuk 3, paragraaf 3.3.2 waarin uitvoerig de dataselectie en de bijzondere kenmerken van de data beschreven is.
8. Bijvoorbeeld, Hoge Raad uitspraken waarin geen eindoordeel is gevormd over de aansprakelijkheid van een bestuurder zijn bestudeerd, maar niet gecodeerd. Zij maakten dus ook niet deel uit van de statistische analyse. In enkele gevallen heb ik uitspraken na verwijzing door de Hoge Raad gevonden. Deze uitspraken na verwijzing heb ik wel gecodeerd en in de analyse meegenomen voor zover zij wel een eindoordeel bevatten over de aansprakelijkheid van de bestuurder.

Figuur 1. Rechterlijk oordeel per categorie (N=158).⁹

Figuur 1 laat zien dat in 34% van de 158 gecodeerde zaken, de rechter van oordeel was dat de bestuurder geen ernstig verwijt kon worden gemaakt en daarom niet persoonlijk aansprakelijk gehouden kon worden. In die zaken waarbij de bestuurder wel een ernstig verwijt kon worden gemaakt en dus aansprakelijk was (66%, N=104), is interessant te constateren dat in de meerderheid van de zaken sprake was van opzettelijk benadelende – daaronder ook begrepen frauduleuze – gedragingen aan de zijde van de bestuurder. In de figuur is dit aangegeven als ‘subjective bad faith’ gedragingen (57% van N=104), dat wil zeggen evident ernstig verwijtbare gedragingen. Uit de onderzoeksresultaten blijkt dan ook dat in de zaken waarbij de rechter overtuigd was van het opzettelijk benadelende gedrag van de bestuurder andere factoren geen rol leken te spelen in het eindoordeel: opzet leidde tot persoonlijke aansprakelijkheid.¹⁰ Dit laatste betekent ook dat décharge of andere verweren geen effect hebben gehad op het eindoordeel.

Voorts blijkt dat de ‘complexiteit’ in zaken waarbij opzet afwezig was, groter is dan in zaken waarbij opzet wel een rol speelde. Anders gezegd, de ‘onzekerheid’ in bestuurdersaansprakelijkheid heeft veeleer betrekking op de situatie waarin de bestuurder (volgens de perceptie van de rechter) niet opzettelijk benadelend handelde, maar desondanks een ernstig verwijt kan worden gemaakt. In de figuur is dit aangegeven als ‘lack of good faith’ gedragingen (43% van de 104 zaken). Hierbij dient te worden opgemerkt dat het percentage van ‘lack of good faith’ gedragingen lager ligt wanneer deze afgezet wordt tegen de totale dataset van 158 gecodeerde zaken. Dan is sprake van onzekerheid in 28% (N=44) van de 158 zaken waarbij de bestuurder uiteindelijk toch een ernstig verwijt kon worden gemaakt. Dit tegenover 38% (N=60) van de 158 zaken waarbij sprake was van ‘subjectieve bad faith’ – evident ernstig verwijtbare – gedragingen.

Op basis van hierboven beschreven empirisch onderzoek kan worden gesteld dat de onzekerheid in bestuurdersaansprakelijkheid voor *bona fide* bestuurders relatief beperkt is, namelijk slechts in 28% van de onderzochte zaken leidde de rechterlijke toetsing tot vaststelling van aansprakelijkheid. Echter, zulke rekenkundige conclusie doet geen recht aan hoe bestuurders persoonlijke aansprakelijkheid in de dagelijkse praktijk ervaren. Het standpunt van Kroeze was nu juist ingegeven – zo begrijp ik ‘Bange bestuurders’ – vanuit het idee dat de (subjectieve) perceptie van bestuurders van aansprakelijkheidsrisico’s onwenselijk kan afwijken van de (objectief) waarneembare risico’s wegens onzekere regels.

2.2 Subjectieve onzekerheid

In de rechtspraak¹¹ alsook de juridische literatuur, wordt het probleem van onwenselijk defensieve gedragingen onderkend.¹² De assumptie in genoemde uitspraken en literatuur is dat bestuurders worden beïnvloed door de perceptie van persoonlijke aansprakelijkheidsrisico’s.

In een casestudie onder bestuurders en commissarissen stond de perceptie van bestuurders van hun persoonlijke aansprakelijkheidsrisico’s centraal.¹³ Conceptueel gezien, kan van onwenselijk defensief gedrag gesproken worden wanneer bestuurders (1) onnodige voorzorgsmaatregelen treffen en/of hun (2) zorgvuldigheidsplicht verwaarlozen, primair, maar niet uitsluitend, om persoonlijke aansprakelijkheidsrisico’s te beperken.¹⁴ De eerste vorm van onwenselijk defensief gedrag kan optreden door de wens risico’s volledig te willen beheersen. In de literatuur wordt ook wel gesproken van *assurance demand*.¹⁵ De tweede vorm van onwenselijk defensief gedrag kan optreden door de wens risico’s in het geheel te vermijden. In de literatuur spreekt men

- Ik noem een aantal: HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, rov. 5.3 (*Willemsen Beheer/NOM*), HR 5 september 2014: ECLI:NL:HR:2014:262, rov. 4.2 (*RCI/Kastrop*), HR 9 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, rov. 3.5.2 (*Hezemans/Air*).
- Onder meer L. Timmerman, ‘Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid. Hoedanigheid van bestuurder doet ertoe’, *WPNR* 2016/7105, p. 324-330; N.T. Pham, ‘Understanding defensive practices in business and law’, *International Law Journal on Trade, Business and Economics* (1) 2014, p. 20-27; M.J. Kroeze, *Bange Bestuurders* (oratie), Deventer: Kluwer 2005.
- Ten behoeve van de casestudie zijn 54 topbestuurders en commissarissen van grote (beursgenoteerde) kapitaalvennootschappen geïnterviewd. Deze interviews zijn aangevuld met 10 interviews onder legal counsels, advocaten, verzekeraars en risk managers.
- N.T. Pham, ‘Bange bestuurders? Een casestudie onder Nederlandse top-level bestuurders’, in: B.F. Assink e.a. (red.), *De toekomst van het ondernemingsrecht. Het ondernemingsrecht van de toekomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 418.
- Onder meer D. Sclar & M. Housman, ‘Medical malpractice and physician liability: Examining alternatives to defensive medicine’, *Harvard Health Policy Review* (4) 2003, p. 76; Pham 2015, p. 418-419.

9. Bron: Pham (2017), paragraaf 3.3.2, Figuur 1.

10. Pham (2017), paragraaf 2.4.1.

dan van *avoidance demand*.¹⁶ Beide vormen van defensief gedrag kan een corporate governance probleem opleveren. In beide gevallen verzuimen bestuurders uitvoering te geven aan hun taak om beslissingen te nemen en riskeren zij persoonlijke aansprakelijkheid wegens taakverwaarlozing.

De casestudie legt bloot dat *bona fide* bestuurders wel degelijk geneigd zijn om defensief te handelen wegens de angst voor persoonlijke aansprakelijkheid en de publieke blootstelling die gepaard gaat met een dergelijke gerechtelijke procedure. Bestuurders die eerder te maken hebben gehad met een (dreigende) aansprakelijkheidsclaim blijken eerder geneigd te zijn tot defensief gedrag dan bestuurders zonder deze ervaring.¹⁷ Bovendien blijken situaties waarbij het risico op reputatieschade hoog werd geacht – i.e. fraude – en situaties waarbij een aansprakelijkheidsclaim als zeker en direct persoonlijk bedreigend werd gezien – i.e. faillissement – defensief gedrag uit te lokken. Fraude en faillissement werden verder aangemerkt als de belangrijkste bronnen van defensief gedrag, omdat bestuurders menen dat zij in die situaties niet 'in control' zijn. Onder deze omstandigheden werd de kans op schade, de omvang van schade en de blootstelling aan schade (financiële schade en reputatieschade) als zeer realistisch en daarom extreem risicovol ervaren.¹⁸ Gezien het feit dat in 85% van de 158 voornoemde onderzochte zaken sprake was van faillissement, lijkt een eventuele overreactie niet onbegrijpelijk.

3. Reduceren van onzekerheid

3.1 Hoe bestuurders omgaan met onzekerheid

In de literatuur wordt ook wel gesteld dat bestuurders eerder geneigd zijn risico's te mijden dan risico's te nemen, zeker als er kans bestaat op persoonlijke afbreukrisico's.¹⁹ De literatuur veronderstelt dat hoe groter het persoonlijke afbreukrisico, een bestuurder eerder geneigd is een risicovolle beslissing te mijden, ongeacht de mogelijke voordelen die een dergelijke risicovolle beslissing met zich mee kan brengen.²⁰ Uit de in paragraaf 2.2 genoemde casestudie blijkt dat bestuurders doorgaans menen dat zij hun

16. Idem.

17. Zie voor verdere nuance Pham 2017, par. 2.4.2.4.

18. Voor een uitgebreide bespreking van de impact van fraude en faillissement op de perceptie van bestuurders van hun persoonlijke aansprakelijkheidsrisico verwijst ik graag naar Pham 2017, par. 2.4.2. en de discussieparagraaf part. 2.5.

19. K.R. MacCrimmon & D.A. Wehrung, *Taking risks. The management of uncertainty*, New York: The Free Press 1986, p. 115.

20. Deze conclusie trekken MacCrimmon en Wehrung op basis van investment games (1986, p. 115).

persoonlijke aansprakelijkheidsrisico's kunnen aanpassen. Daarbij nemen D&O verzekering en vrijwaring een centrale plaats in.²¹

Genoemde instrumenten blijken waardevol te zijn voor bestuurders, omdat zij hen in staat zouden stellen enige controle uit te oefenen op de onzekerheid van toekomstige schadeclaims. Die controle is drievoudig. Niet onbelangrijk bieden D&O en vrijwaring in de eerste plaats bestuurders psychologisch comfort. Het aansprakelijkheidsrisico wordt als het ware 'geframed' en zo-doende beheersbaar gemaakt. D&O en vrijwaring maken mogelijk dat een kleine kans op een aanzienlijk verlies – het aansprakelijkheidsrisico – kan worden beschouwd als een zeker verlies – de premie – waardoor het aansprakelijkheidsrisico draaglijker wordt (in de literatuur wordt ook wel gesproken van *risk tolerance*). In de tweede plaats bieden D&O en vrijwaring bestuurders de middelen om geschillen vroegtijdig en (zo mogelijk) buiten de rechtszaal af te wikkelen, zodat blootstelling aan de publieke opinie kan worden 'gemanaged'. Bestuurders menen dus dat met deze instrumenten invloed kunnen uitoefenen op de onzekere omvang van de financiële schade en reputatieschade mocht het aansprakelijkheidsrisico zich verwezenlijken. In de derde plaats zouden D&O en vrijwaring onvolkomenheden in het rechtssysteem corrigeren. Bestuurders blijken doorgaans ongeïnformeerd over aansprakelijkheidsnormen. Dit draagt mogelijk bij aan de perceptie onder bestuurders dat zij blootstaan aan willekeurige dreigingen van claims waarbij perverse prikkels als de bepalende factor fungeren. D&O en vrijwaring bieden in dit kader enig comfort in een wereld van 'selectieve aansprakelijkheid'. Bestuurders vertrouwen er doorgaans op dat mocht het erop aankomen, zij via de verzekeraar en/of de vennootschap in staat worden gesteld zich te verweren in een procedure.²² Mogelijk is deze derde functie de belangrijkste functie. De kans op verweer, uitleg en 'vrijspraak' blijken van zeer grote betekenis bij het herstel van de persoonlijke en professionele integriteit en het zelfvertrouwen van bestuurders.

Bovengenoemde instrumenten bieden echter beperkte controle, zoals ook wordt onderkend door de bestuurders in de casestudie; de instrumenten reduceren enkel de omvang en blootstelling aan eventuele financiële schade. De kans op aansprakelijkheid en de dreiging van een rechtszaak wordt doorgaans door de bestuurders beschouwd als zijnde buiten hun invloedsfeer en mede daarom als arbitrair ervaren. Daar kan mogelijk anders tegenaan worden gekeken. In de casestudie wordt eveneens beargumenteerd dat de angst voor een aansprakelijkheidsprocedure mogelijk niet de kernoorzaak is van

21. Alle in de casestudie betrokken vennootschappen, droegen bestuurdersaansprakelijkheidsrisico's over aan een D&O verzekeraar. Ik verwijst daarnaast naar Pham 2017, p. 2.4.4.1 waarin de waarde die bestuurders toekennen aan instrumenten zoals de décharge en exoneration wordt besproken. Deze instrumenten blijken van beperkte waarde om defensief gedrag te mitigeren.

22. Zie ook Pham 2015, p. 430.

(onwenselijke) vormen van defensieve gedragingen onder bestuurders.²³ Bestuurders voelen zich mogelijk eerder onzeker over aansprakelijkheidsrisico's. Uit de casestudie blijkt dat bestuurders onbekend zijn met de werkelijke aansprakelijkheidsrisico's en dat zij ongeïnformeerd zijn over wat de aansprakelijkheidsnormen zijn bij een eventuele formele bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure. Bij dat laatste kan de rechter mijns inziens de bestuurder nog beter tegemoet komen door meer zekerheid te bieden in de wijze van beoordeling van bestuurlijk handelen.

3.2 Hoe rechters omgaan met onzekerheid

De open norm "ernstig verwijt" biedt rechters een belangrijk aangrijpingspunt om met onzekerheid in de beoordeling van bestuurlijk handelen om te gaan. Beargumenteerd kan worden dat met ernstig verwijt rechterlijke toetsing van bestuurlijk handelen contextueel – door afweging van alle relevante omstandigheden – onzekerheid kan meebrengen. Eveneens kan beargumenteerd worden dat onzekerheid juist wordt gereduceerd doordat de noodzaak tot contextuele beoordeling rechters dwingt ernstig verwijt verder van kaders te voorzien. Ik ben geneigd het tweede argument te volgen: de toepassing van de open norm ernstig verwijt draagt bij aan voorspelbaarheid van rechterlijke toetsing van bestuurshandelingen.

In het in paragraaf 2.1 genoemd rechtspraakonderzoek, wordt verondersteld dat de Hoge Raad de beoordeling van bestuurlijk handelen, geïntegreerd tracht te benaderen; door toepassing van ernstig verwijt op geschillen gebaseerd op artikelen 2:9, 6:162 en 2:138/248 BW.²⁴ Deze veronderstelling is vervolgens statistisch getest. Daarbij is naar analogie van *Staleman/ Van de Ven* een 'multi-factor' analyse uitgevoerd op mogelijke relevante omstandigheden.²⁵ Zoals beschreven in paragraaf 2.1, is de onzekerheid van rechterlijke toetsing van bestuurlijk handelen bij afwezigheid van opzet het grootst. De eigenlijke onzekerheid in rechterlijke toetsing speelt zich met andere woorden hoofdzakelijk af op het vlak van 'beleidsvrijheid'. Deze beleidsvrijheid wordt ingeperkt door een aantal factoren. Volgens het rechtspraakonderzoek zijn twee factoren het meest invloedrijk: normschending en voorzienbare schade waarvan een bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Onder een normschending wordt verstaan, een specifiek op de bestuurder gerichte norm die door de bestuurder overtreden wordt, welke norm bovendien ertoe strekt – afhankelijk van de context – de vennootschap, crediteuren of aandeelhouders van de vennootschap te beschermen. Onder voorzienbare schade wordt begrepen, door de bestuurder redelijkerwijs te voorziene schade aan – afhankelijk van de context – de vennootschap, crediteren of aandeelhouders van de vennootschap.

In kader van een 2:9 procedure wordt doorgaans door claimanten aangevoerd dat een bestuurder statutaire regels zou hebben overtreden. Het bijzondere kenmerk van statutaire regels is dat zij op specifiekere niveau de beleidsvrijheid van bestuurders beperken. Uit het rechtspraakonderzoek blijkt dat de litigieuze bestuurshandelingen hoofdzakelijk bestonden uit het nemen van een beslissing zonder voorafgaande goedkeuring van de raad van commissarissen of de vergadering van aandeelhouders.²⁶ Echter, het schenden van een statutaire regel – bestaande uit een bestuurshandeling waaraan geen goedkeuringsbesluit van een daartoe bevoegd orgaan aan ten grondslag lag – leidt niet automatisch tot een ernstig verwijt. Zo blijkt uit bijvoorbeeld *Broekmans Beheer/ BRR Participaties*²⁷ dat sprake moet zijn van dusdanig ernstige normschendingen dat de bestuurder voor de normschending een verwijt kon worden gemaakt.²⁸ De ernst van het verwijt bestaat mijns inziens uit de omstandigheid dat de geschonden norm in de gegeven context de strekking had het belang van de vennootschap te beschermen.

Ook schending van interne beleidsregels (niet zijnde statutaire regels) die specifiek de beleidsvrijheid van de bestuurder beperken, kan een ernstig verwijt opleveren indien deze regels strekten tot bescherming van de vennootschap. Dit blijkt maar al te goed uit het kernarrest *Staleman/ Van de Ven*. In die zaak hebben twee bestuurders in weerwil van een afgesproken gematigd risicobeleid een agressief aankoopbeleid gevoerd (de aanschaf van een groot volume tweedehands auto's) met schade voor de vennootschap als gevolg. Ten slotte, wil ik opmerken dat dogmatisch gezien, in kader van een 2:9 procedure, voorzienbare schade aan de vennootschap geen vereiste is voor het aannemen van een ernstig verwijt. Dit laat onverlet dat indien wordt bewezen dat het

Ook schending van interne beleidsregels (niet zijnde statutaire regels) die specifiek de beleidsvrijheid van de bestuurder beperken, kan een ernstig verwijt opleveren indien deze regels strekten tot bescherming van de vennootschap. Dit blijkt maar al te goed uit het kernarrest *Staleman/ Van de Ven*. In die zaak hebben twee bestuurders in weerwil van een afgesproken gematigd risicobeleid een agressief aankoopbeleid gevoerd (de aanschaf van een groot volume tweedehands auto's) met schade voor de vennootschap als gevolg. Ten slotte, wil ik opmerken dat dogmatisch gezien, in kader van een 2:9 procedure, voorzienbare schade aan de vennootschap geen vereiste is voor het aannemen van een ernstig verwijt. Dit laat onverlet dat indien wordt bewezen dat het

23. Pham 2017, p. 2.5.

24. In kader van art. 2:9 BW zie o.a. HR 10 januari 1997, ECLI:NL:1997:ZC2243 (*Staleman/ Van de Ven*), rov. 3.3.1 en HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959 (*Willemsen Beheer/ NOM*), rov. 5.3; in kader van art. 6:162 BW zie o.a. HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758 (*Ontvanger/ Roelofsen*), rov. 3.5 en HR mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628 (*Hezemans Air/ Van der Meer*) rov. 3.5.2; in kader van art. 2:138/248 BW zie o.a. HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053 (*Panmo I*) rov. 3.7 en ECLI:NL:HR:AB2021 (*Panmo II*), rov. 4.7, zie ook HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:233, rov. 3.5.2 en de conclusie van A-G Wuisman 20 november 2015, ECLI:NL:PHR:2015:2290, par. 2.13.

25. Preciezer, in het onderzoek is gebruik gemaakt van logistische regressie analyse (een vorm van multivariate analyse) om rechterlijke uitspraken inzake bestuurdersaansprakelijkheid te voorspellen op basis van in het onderzoek gedefinieerde relevante juridische factoren. Over de opzet en technische details verwijs ik graag naar Pham 2017, par. 3.3.

26. Consistent met HR 10 januari 1997, ECLI:NL:1997:ZC2243 (*Berghuizer/ Papierfabriek*) en HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959 (*Willemsen Beheer/ NOM*).

27. Hof Arnhem 20 december 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BV0325.

28. HR 10 januari 1997, ECLI:NL:1997:ZC2243 (*Staleman/ Van de Ven*).

handelen van een bestuurder voorzienbare schade oplevert aan de vennootschap, de bestuurder een ernstig verwijt treft.²⁹

In het kader van een 6:162 procedure wordt doorgaans door crediteuren aangevoerd dat een bestuurder (i) namens de vennootschap heeft gehandeld dan wel (ii) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt en geen verhaal biedt; de typische onrechtmatige gedragingen zoals geformuleerd in *Ontvanger/ Roelofsen*.³⁰ De Hoge Raad heeft daarmee de beleidsvrijheid van de bestuurder jegens schuldeisers van de vennootschap beperkt door specifiek voor de bestuurder geldende zorgvuldigheidsnormen te expliciteren ter bescherming van die schuldeisers.³¹ Aldus dient er sprake te zijn van zulke ernstige normschendingen waarvan een bestuurder een ernstig verwijt treft om hem persoonlijk aansprakelijk te houden. In ieder geval is daarvan sprake wanneer de bestuurder wist of kon weten dat zijn handelswijze, zoals onder (i) of (ii), tot gevolg zou hebben dat de vennootschap haar verplichtingen jegens crediteuren niet zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade.

De geformuleerde zorgvuldigheidsnormen in *Ontvanger/ Roelofsen* zijn niet limitatief bedoeld. De Hoge Raad laat expliciet open dat mogelijk andere categorieën onrechtmatige gedragingen zich lenen voor het aannemen van een persoonlijk ernstig verwijt.³² Zo heeft de Hoge Raad in *Nilarco* onderkend dat een bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan treffen indien de bestuurder bij zijn doen of nalaten 'onvoldoende rekening heeft gehouden met de gerechtvaardigde belangen van schuldeisers en daardoor de verhaalsmogelijkheden van die schuldeisers beperkt'.³³ Hierbij is het zinnig om op te merken dat de aard van de onrechtmatige gedraging context gedreven kan zijn, echter het criterium van ernstig verwijt vereist dat de bestuurder dusdanig onzorgvuldig

29. Rb. Utrecht 12 december 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BB9709 (*Ceteco*), rov. 5.166-5.168, 5.171. Zie ook L. Timmerman, 'Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid. Hoedanigheid van bestuurder doet ertoe', *WPNR* 2016/7105, p. 324.

30. HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758 (*Ontvanger/ Roelofsen*), rov. 3.5.

31. Het belang van een schending van een specifiek tot de bestuurder gerichte zorgvuldigheidsnorm voor het vestigen van persoonlijke aansprakelijkheid jegens schuldeisers van de vennootschap, speelde in de beoordeling van het door de Ontvanger gestelde verwijt dat de bestuurder in strijd met art. 7 lid 4 van de Wet op de Omzetbelasting had gehandeld en dat dit handelen op zichzelf onrechtmatig is, zodat de vraag of de benadeling voorzienbaar was of behoorde te zijn, niet hoefde te worden beantwoord (rov. 3.3). Echter, art. 7 lid 4 van de Wet op de Omzetbelasting rust op de fiscale eenheid (en de betrokken vennootschappen) en niet op de bestuurder persoonlijk. Beslissend is of de bestuurder een specifieke zorgvuldigheidsnorm jegens de Ontvanger had geschonden waarvan hem terzake van de schade persoonlijk een ernstig verwijt treft (rov. 3.5).

32. HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758 (*Ontvanger/ Roelofsen*), rov. 3.5.: 'Er kunnen zich echter ook andere omstandigheden voordoen op grond waarvan een ernstig persoonlijk verwijt kan worden aangenomen.'

33. HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9577 (*Nilarco*), rov. 3.3.

heeft gehandeld jegens de schuldeisers van de vennootschap dat als gevolg daarvan voor de bestuurder redelijkerwijs voorzienbaar was dat daaruit schade zou ontstaan voor die schuldeisers.

Baseert de curator, namens de gezamenlijke schuldeisers, zijn vordering op art. 2:138/248 lid 1 terzake van het boedeltekort, dan dient de curator te bewijzen dat de bestuurder zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling kan pas worden gesproken bij een tekortschieten van een bestuurder in een dusdanig ernstige mate dat hem daarvan een verwijt kan worden gemaakt.³⁴ Hoewel de Hoge Raad zich nog niet expliciet heeft uitgelaten dat ernstig verwijt van toepassing is in het kader van een 2:138/248 procedure, zijn in de rechtspraak echter wel belangrijke aanknopingspunten te vinden.³⁵ Het ernstig verwijt bestaat mijn inziens uit de omstandigheid dat het handelen van de bestuurder voorzienbare schade voor schuldeisers tot gevolg heeft. In de woorden van de wetgever, 'dat onverantwoordelijk is gehandeld met de wetenschap – objectief te bepalen – dat de schuldeisers daarvan de dupe zouden kunnen worden'.³⁶

Uit het rechtspraakonderzoek blijkt dat de curator zijn claim vaker op grond van art. 2:138/248 lid 2 dan op lid 1 baseert. Artikel 2:138/248 lid 2 is immers vrij strak wettelijk ingekaderd en biedt daardoor de curator mogelijk meer houvast en wegens de wettelijke bewijsvermoedens een lichtere bewijslast. Onder lid 2 heeft de wetgever twee specifiek tot de bestuurder gerichte normen geformuleerd: de verplichting tot het voldoen aan de boekhoudplicht (art. 2:10 BW) en de publicatieplicht (art. 2:394 BW). Kennelijk kent de wetgever aan deze twee specifieke normen groot gewicht. Schending van deze normen heeft – bij afwezigheid van een onbelangrijk verzuim – tot gevolg het onweerlegbare vermoeden dat er sprake is van een onbehoorlijke taakvervulling en het weerlegbare vermoeden dat deze onbehoorlijke taakvervulling de oorzaak is geweest van het faillissement. Hoewel de bestuurder nog kan ontsnappen aan aansprakelijkheid door aan te tonen dat andere omstandigheden dan zijn onbehoorlijk handelen de oorzaak zijn geweest van het faillissement, bleek uit het rechtspraakonderzoek dat slechts in één zaak een dergelijk verweer

34. Zie concl. A-G Wuisman, 20 november 2015, ECLI:NL:PHR:2015:2290, par. 2.13.

35. HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:233, rov. 3.5.2.; Hof Leeuwarden 30 januari 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BC3428 (*Bokma Reclamebureau B.V.*), rov. 13; HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053 (*Panmo I*) rov. 3.7 en ECLI:NL:HR:AB2021 (*Panmo II*), rov. 4.7. Zie verder Pham 2017, par. 3.2.4.

36. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 p. 4 en 13. Ook in *Panmo I* en *Panmo II* zijn dezelfde bewoordingen gebruikt (HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053 (*Panmo I*) rov. 3.7 en ECLI:NL:HR:AB2021 (*Panmo II*), rov. 4.7.). Zie ook de noot van B.F. Assink bij Hof Leeuwarden 30 januari 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BC3428, *JOR* 2008/89 (*Bokma Reclamebureau B.V.*).

succesvol was, namelijk die in *Blue Tomato*.³⁷ Kennelijk is de schending van de boekhoudplicht of de publicatieplicht zo'n ernstige normschending waarvoor een bestuurder een verwijt kan worden gemaakt. De ernst van het verwijt bestaat mijns inziens uit de omstandigheid dat de genoemde geschonden normen een groot belang dienen in het beschermen van crediteuren van de vennootschap.

4. Slot

Ik heb beargumenteerd dat de regels van bestuurdersaansprakelijkheid een belangrijke functie hebben om onzekerheid te reduceren. Onzekerheidsreductie kan mogelijk de angst voor aansprakelijkheid bij bestuurders beperken bij het nemen van beslissingen. Rechters spelen een belangrijke rol bij die onzekerheidsreductie. De resultaten van het rechtspraakonderzoek geven aanwijzing dat het criterium van ernstig verwijt met zich meebrengt dat er voor het aannemen van bestuurdersaansprakelijkheid, sprake moet zijn van ernstige normschendingen door de bestuurder dan wel dat zijn handelen voorzienbare schade tot gevolg heeft – afhankelijk van de context – voor de vennootschap, crediteuren of aandeelhouders van de vennootschap. Uit het rechtspraakonderzoek blijkt bovendien dat de enkele omstandigheid dat een bestuurder een risicovolle beslissing (en achteraf gezien mogelijk een excessief hoog risico) neemt, het zeer onwaarschijnlijk is dat hij voor zulk een risicovolle beslissing een ernstig verwijt kan worden gemaakt en aansprakelijk gehouden kan worden. De resultaten van het rechtspraakonderzoek bieden aanknopingspunten voor het verder uitbouwen van het normatieve standpunt van Maarten hoe rechtspraak ertoe kan bijdragen 'dat bestuurders op het vlak van aansprakelijkheid niet meer te vrezen hebben van risicovolle, maar economisch optimale beslissing'.

37. HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773 (*Blue Tomato*).