

# De angst voor bange bestuurders ontrafeld

Tim Bleeker<sup>1</sup>

Het zogenoemde bange bestuurders-argument vormt de hoeksteen voor een afwijkend, restrictief aansprakelijkheidsregime voor bestuurders. Dit argument komt erop neer, dat (te) veel aansprakelijkheid ertoe leidt dat bonafide bestuurders zich in onwenselijke mate risicomijdend zullen gedragen, en daarom zou voor bestuurders een hogere aansprakelijkheidsdrempel nodig zijn. In deze bijdrage wordt het bange bestuurders-argument ontrafeld, om te bezien of dit wel kan rechtvaardigen dat bestuurders jegens derden aanvullend worden beschermd tegen aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Daarbij worden de aannames die ten grondslag liggen aan het bange bestuurders-argument tegen het licht gehouden.

## 1. Inleiding

Het is niet eenvoudig een bestuurder van een vennootschap met succes aansprakelijk te stellen voor een onrechtmatige daad. Volgens de Hoge Raad gelden namelijk voor een bestuurder van een rechtspersoon die handelt in hoedanigheid van bestuurder niet alleen 'de gewone criteria van artikel 6:162 BW', maar moet de bestuurder daar bovenop persoonlijk een 'ernstig verwijt' treffen.<sup>2</sup> De uitzonderingspositie van bestuurders is volgens de Hoge Raad gerechtvaardigd, mede vanwege het 'maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen'.<sup>3</sup> Dit argument is te herleiden tot de invloedrijke oratie van Kroeze, waarin hij pleitte voor terughoudendheid in het aansprakelijk stellen van bestuurders, om 'bange bestuurders' te voorkomen.<sup>4</sup>

Het zogenoemde bange bestuurders-argument komt erop neer, dat (te) veel aansprakelijkheid ertoe leidt dat bonafide bestuurders zich in onwenselijke mate risicomijdend zullen gedragen. In de woorden van Kroeze destijds: 'bestuurders kunnen terugdeinzen voor risicovolle, maar potentieel zeer winstgevende beslissingen en kiezen voor de veiliger, maar minder winstgevende weg'.<sup>5</sup> Ook zou de aansprakelijkheid leiden tot belemmerend indekgedrag. Een hoge aansprakelijkheidsdrempel zou een daadkrachtig, risico-nemend bestuur moeten faciliteren, en zo zou ondernemerschap worden bevorderd, wat vervolgens weer zou leiden tot economische groei en werkgelegenheid.<sup>6</sup>

Inmiddels wordt door sommigen het tegengaan van onwenselijk defensief gedrag van bestuurders zelfs gezien als een 'kernpunt' van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht.<sup>7</sup> De 'ernstig verwijt'-maatstaf zou daartoe een goed

middel zijn. Tegelijkertijd oogsten zowel het bange bestuurders-argument als de ernstig verwijt-maatstaf veel kritiek.<sup>8</sup> In dit artikel ga ik in op de vraag of het bange bestuurders-argument kan rechtvaardigen dat bestuurders jegens derden worden beschermd tegen aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.<sup>9</sup> Dit doe ik door het bange-bestuurdersargument te ontrafelen: ik breng de onderliggende aannames in kaart, en vervolgens beoordeel ik per aanname of deze feitelijk juist is en in logisch correct verband staat met de conclusie dat een hogere aansprakelijkheidsdrempel in de vorm van de ernstig verwijt-maatstaf noodzakelijk is om onwenselijk defensief gedrag van bange bestuurders te voorkomen.

Hierna sta ik eerst stil bij de aannames die schuilen achter het bange bestuurders-argument (par. 2). Vervolgens bespreek ik in vogelvlucht de totstandkoming en inhoud van de ernstig verwijt-doctrine (par. 3). Daarna ga ik in op de juistheid van de afzonderlijke aannames (par. 4). Ik sluit af met een korte conclusie (par. 5.)

## 2. De aannames achter het bange bestuurders-argument

Wie goed kijkt naar het bange bestuurders-argument, ziet dat aan de conclusie die strekt tot het toepassen van een afwijkend, restrictief aansprakelijkheidsregime een aantal redeneerstappen voorafgaat:

- normale aansprakelijkheidsregels zijn te streng voor bestuurders;
- waardoor bestuurders bang worden voor aansprakelijkheid;
- door deze angst zullen bestuurders defensiever handelen;
- dit defensieve gedrag is onwenselijk;

# Er is sprake van een ketenargumentatie: de juistheid van een aanname is afhankelijk van de juistheid van de aannames die eraan voorafgaan

- e) de angst en het onwenselijk defensieve handelen kunnen worden voorkomen door het verhogen van de aansprakelijkheidsdrempel;
- f) deze drempel moet de vorm aannemen van de ernstig verwijt-maatstaf.

Er is sprake van een ketenargumentatie: de juistheid van een aanname is afhankelijk van de juistheid van de aannames die eraan voorafgaan. Ga maar na: als de aansprakelijkheidsnormen niet te streng zijn, is er voor bonafide bestuurders ook geen reden voor angst; als bestuurders niet bang zijn voor aansprakelijkheid, zal dit ook geen invloed uitoefenen op hun gedrag; als hun gedrag niet wordt beïnvloed door angst, dan heeft het aansprakelijkheidsregime ook niet de gevreesde negatieve gevolgen; enzovoorts. De aannames leunen dus op elkaar, met als gevolg dat indien reeds een van de aannames onjuist is, het bange bestuurders-argument niet langer een steekhoudende rechtvaardigingsgrond is voor de 'ernstig verwijt'-doctrine.

## Auteur

1. Mr. T.R. Bleeker is als promovendus verbonden aan het Centre for Water, Oceans and Sustainability Law (UCWOSL) van de Universiteit Utrecht. Zijn promotie-onderzoek gaat over de milieuaansprakelijkheid van leidinggevenden. De auteur bedankt Loes Lennarts voor haar opmerkingen op een eerdere versie van dit artikel.

## Noten

- 2. HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5881, NJ 2013/302, m.nt. Van Schilfgaarde (*Spaanse Villa*), r.o. 3.4.2; HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, NJ 2015/21, m.nt. Van Schilfgaarde (*Hezemans Air*), r.o. 3.5.2-3.5.3. Zie hierna par. 3.
- 3. Dit argument werd voor het eerst door de Hoge Raad genoemd in HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders (*Willemsen Beheer/NOM*), r.o. 5.3, en is herhaald in onder meer HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627, NJ 2015/22 (*RCI Financial Services*), r.o. 4.2.
- 4. M.J. Kroeze, *Bange bestuurders* (oratie

Rotterdam), Deventer: Kluwer 2005.

- 5. Kroeze 2005, par. 5.
- 6. Kroeze 2005, par. 4-8. Zie voorts B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2007, par. I.3, met name 3.d.
- 7. G. Van Solinge e.a., 'Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen', in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 3; de auteurs concluderen op basis van een hele reeks bijdragen dat het creëren van persoonlijke aansprakelijkheidsrisico's om onwenselijk bestuurlijk gedrag te voorkomen zonder dat bonafide bestuurders onnodig worden bang gemaakt, het 'kernpunt' is van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht.
- 8. Voorstanders zijn o.a. Timmerman, Van Bakkum en Assink. Kritiek komt in het bijzonder van Westenbroek, maar ook van Karapetian, Strik, Verstijlen, Van Schilfgaarde, Van Dunné, Van Veen, Tjittes e.a. Zie voor een overzicht van de voor- en tegenstanders van de ernstig verwijt-toets met vindplaatsen W.A. Westenbroek, 'Externe bestuurdersaansprakelijkheid, rechtsper-

In paragraaf 4 ga ik in op de juistheid van de afzonderlijke aannames. Maar eerst is het van belang om te begrijpen op welke manier bestuurders aanvullend worden beschermd tegen aansprakelijkheid, hoe de 'ernstig verwijt'-doctrine tot stand gekomen is, en hoe deze wordt onderbouwd.

## 3. De 'ernstig verwijt'-doctrine

De ernstig verwijt-maatstaf is geïntroduceerd in het befaamde *Staleman/Van de Ven*-arrest uit 1997<sup>10</sup> dat betrekking had op bestuurdersaansprakelijkheid jegens de rechtspersoon op grond van artikel 2:9 BW (interne bestuurdersaansprakelijkheid). Veel auteurs vonden (en vinden) de maatstaf inhoudelijk onduidelijk,<sup>11</sup> maar ondanks de kritiek in de literatuur bleef de ernstig verwijt-maatstaf aan, en werd deze in 2013 zelfs gecodificeerd in artikel 2:9 BW.

In het *Ontvanger/Roelofsen*-arrest<sup>12</sup> uit 2006 heeft de Hoge Raad deze ernstig verwijt-maatstaf vervolgens overgenomen voor de beoordeling van aansprakelijkheid van een bestuurder uit onrechtmatige daad jegens derden. De Hoge Raad overwoog dat voor de persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder door wiens toedoen de vordering van een derde onbetaald en onverhaald is gebleven, een 'persoonlijk ernstig verwijt'<sup>13</sup> is vereist. Aan de 'ernstig verwijt'-maatstaf is het woord 'persoonlijk' toegevoegd, omdat er bij de onrechtmatige daad – anders dan bij artikel 2:9 BW – geen sprake is van collegiale aansprakelijkheid: de bestuurder moet persoonlijk onrechtmatig handelen. In latere jurisprudentie is de ernstig verwijt-toets herhaald<sup>14</sup> en voorzien van nadere onderbouwing.<sup>15</sup> In de zogenoemde 5 september-arresten expliciteert de Hoge Raad dat voor de 'aansprakelijkheid van een bestuurder naast de vennoot-

soonlijkheid en toerekening', *O&F* 2018(26)3.

- 9. Bestuurdersaansprakelijkheid kent veel verschijningsvormen. Ik ga in deze bijdrage niet in op interne aansprakelijkheid. Niettemin zal het belangrijkste deel van de kritiek op het bange bestuurders-argument *mutatis mutandis* ook relevant zijn in de context van andere vormen van bestuurdersaansprakelijkheid dan de hier besproken onrechtmatige daad-variant.
- 10. HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243, NJ 1997/360, m.nt. Maeijer (*Staleman/Van de Ven*).
- 11. Zie o.a. B.F. Assink & P.D. Olden, 'Over bestuurdersaansprakelijkheid', *Ondernemingsrecht* 2005/3; en B.F. Assink, 'De Januskop van het ondernemingsrecht', *Ondernemingsrecht* 2010/50, par. 55 e.v. Zie kritisch over de introductie van de maatstaf in art. 2:9 BW Westenbroek 2017 (diss.), hoofdstuk 4 en 5.
- 12. HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659 (*Ontvanger/Roelofsen*).
- 13. In dit arrest gebruikt de Hoge Raad (in r.o. 3.5-3.6) telkens verschillende formule-

ringen voor deze toets, waarover kritisch o.a. W.J.M. Van Veen, 'Ontwikkelingen jurisprudentie Hoge Raad ondernemingsrecht', *WPNR* 2016/7102, p. 271.

- 14. Zie o.a. HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, NJ 2009/21, m.nt. Maeijer en Snijders (*Willemsen Beheer/NOM*); HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5881, NJ 2013/302, m.nt. Van Schilfgaarde (*Spaanse Villa*);
- 15. In *Ontvanger/Roelofsen* verwijst de Hoge Raad alleen naar art. 2:9 BW voor de rechtvaardiging van de toets. Toelichting waarom de maatstaf van art. 2:9 BW relevant is in het kader van art. 6:162 BW ontbreekt. Dit heeft in de literatuur de nodige kritiek opgeleverd. Zie o.a. Wezeman in diens annotatie bij *Ontvanger/Roelofsen*, *Ondernemingsrecht* 2007/36; S.N. Valk, *De Aansprakelijkheid van leidinggevenden* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2009, p. 114; Van Veen 2016, par. 3; W.A. Westenbroek, 'Externe bestuurdersaansprakelijkheid, rechtspersoonlijkheid en toerekening', *Ondernemingsrecht* 2016/24, p. 112; Westenbroek 2017 (diss.), par. 10.1 en 10.2.



© Max Dannenbaum / Getty Images

schap *hogere eisen* gelden dan in het algemeen het geval is', en dat rechtvaardigt de Hoge Raad als volgt:<sup>16</sup>

'Een hoge drempel voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover een derde wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de vennootschap en *door het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen.*' (cursivering TRB)

Er zijn dus twee argumenten te onderscheiden. Bij het eerste argument – dat er ten opzichte van de wederpartij 'primair sprake is van handelingen van de vennootschap' – zijn de nodige dogmatische en praktische kanttekeningen te plaatsen.<sup>17</sup> In dit artikel ontrafel ik echter alleen het tweede en belangrijkste argument dat de Hoge Raad aanvoert: 'het maatschappelijk belang vergt dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen'; beter bekend als het bange bestuurders-argument.

De Hoge Raad maakt een scherp onderscheid tussen gevallen waarin er sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid en dus de ernstig verwijt-doctrine geldt, en gevallen waarin de 'gewone regels van onrechtmatige daad' gelden.<sup>18</sup> De ernstig verwijt-toets is niet 'slechts' een invulling van een der criteria van artikel 6:162 BW;<sup>19</sup> de Hoge Raad gebruikt het 'ernstig verwijt' als een totaalconcept dat verschillende elementen combineert.<sup>20</sup> Het is een zelfstandige, van de onrechtmatige daad-losstaande toets.<sup>21</sup> De ernstig verwijt-maatstaf, zo lijkt de Hoge Raad te willen

zeggen, geldt in generieke zin<sup>22</sup> voor bestuurders die handelen in hoedanigheid<sup>23</sup> als constitutief vereiste *naast* de 'gewone' regels van de onrechtmatige daad.

Gelet op de ingrijpende gevolgen van de toepassing van deze maatstaf is het van belang om de rechtvaardiging van de ernstig verwijt-doctrine kritisch te onderzoeken. Zoals gezegd is het bange bestuurders-argument een hoeksteen van deze doctrine. Ik richt me daarom nu op de onderbouwing van dit bange bestuurders-argument. Ik ga er daarbij vanuit dat de ernstig verwijt-maatstaf ook daadwerkelijk een hogere drempel voor aansprakelijkheid vormt en daarmee bescherming biedt tegen aansprakelijkheid en zodoende bange bestuurders zou kunnen voorkomen.<sup>24</sup>

#### 4. De aannames nader bekeken

##### a) 'Normale aansprakelijkheidsregels zijn te streng'

De eerste aanname die schuilgaat achter de angst voor bange bestuurders, is dat de gewone regels van de onrechtmatige daad ervoor zouden zorgen dat bonafide bestuurders niet naar behoren hun taak kunnen vervullen. Er is immers geen reden voor een afwijkend, restrictiever aansprakelijkheidsregime, als de *gewone aansprakelijkheidsregels* adequaat zijn.

Kroeze begint zijn oratie met een wijsheid van Johann Gottfried Seume: 'wie niets vreest, kan gemakkelijk een schurk worden. Maar wie te veel vreest wordt zeker een slaaf'. Hebben bestuurders te veel te vrezen? Aanhangers van het bange bestuurders-argument roepen het beeld op dat de gewone regels van de onrechtmatige daad een te

# De vereisten van artikel 6:162 BW zijn dusdanig flexibel, dat voor elk gevalstype een passende aansprakelijkheidsdrempel kan worden gevonden

streng keurslijf vormen voor bestuurders, en dat bonafide bestuurders te snel aansprakelijk kunnen worden gesteld.<sup>25</sup> Het is echter de vraag of dit zo is en bestuurders daarom daadwerkelijk bang zouden moeten zijn voor de 'gewone' onrechtmatige daad. De vereisten van artikel 6:162 BW zijn namelijk dusdanig flexibel, dat voor elk gevalstype een passende aansprakelijkheidsdrempel kan worden gevonden.

Er zijn tal van toepassingen van de onrechtmatige daad waarin aansprakelijkheid wordt beoordeeld rekening houdend met alle specifieke omstandigheden van het geval. Kijk bijvoorbeeld naar een sport- en spelsituatie<sup>26</sup> of beroepsaansprakelijkheid;<sup>27</sup> ook daar kan de beoordeling van de aansprakelijkheid van de betrokkenen verlopen via de 'gewone regels van de onrechtmatige daad'. Bij bestuurders zou dat niet anders hoeven te zijn. Zo kan bijvoorbeeld een bestuurder de nodige beleidsruimte worden gegund bij de vraag wat maatschappelijk betamelijk is in de zin van artikel 6:162 lid 2 BW.<sup>28</sup> Bij het vaststellen van schuld kan voorts rekening worden gehouden met de taak en hoedanigheid van de bestuurder en de aanwezigheid

(of juist afwezigheid) van kennis (lid 3). In de omvangsfase kan de (on)voorzienbaarheid van schade worden meegewogen (artikel 6:98 BW), enzovoorts. Vóór de invoering van de ernstig verwijt-maatstaf in het kader van bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad in 2006 werd artikel 6:162 BW nog ongeclausuleerd toegepast, en dat ging prima.

Waar komen dan de zorgen met betrekking tot excessieve aansprakelijkheid vandaan? Sommige auteurs beweren dat bestuurders steeds vaker aansprakelijk worden gesteld.<sup>29</sup> Uit empirisch onderzoek blijkt echter dat het aantal (gepubliceerde) rechtszaken tegen bestuurders nauwelijks is gewijzigd.<sup>30</sup> Maar ook al zouden er meer rechtszaken worden aangespannen tegen bestuurders, *quod non*, dan is dat op zichzelf natuurlijk geen reden om bestuurders aanvullend te beschermen tegen aansprakelijkheid.<sup>31</sup> Het zou immers kunnen dat bestuurders zich vaker hebben misdragen,<sup>32</sup> of dat crediteuren er sneller voor kiezen om naar de rechter te stappen. Een toename van rechtszaken tegen bestuurders rechtvaardigt op zichzelf dus niet het verho-

16. HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627, *NJ* 2015/22 (*RCI Financial Services*), r.o. 4.2; HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, *NJ* 2015/21 (*Hezemans Air*), r.o. 3.5.2.

17. Zie daarover o.a. F.M.J. Verstijlen, 'Bestuurdersaansprakelijkheid in het gemeene recht', in: M. Holtzer e.a. (red.) *VCL-bundel 2014-2015*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, par. 4.2 en Westenbroek 2017 (diss.), hoofdstuk 10.

18. HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5881, *NJ* 2013/302, m.nt. Van Schilfgaarde (*Spaanse Villa*), r.o. 3.4.2; HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, *NJ* 2015/21, m.nt. Van Schilfgaarde (*Hezemans Air*), r.o. 3.5.3.

19. In de literatuur heeft lange tijd een discussie gewoed of de maatstaf invulling geeft aan de onrechtmatigheidsvraag of de toerekening van de onrechtmatige daad. De Hoge Raad lijkt echter de ernstig verwijt-toets te zien als een totaalconcept waarin verschillende elementen worden gecombineerd. Zie voor een overzicht o.a. A. Karapetian, *Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, (diss. Groningen) Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 2.6; en Strik 2010, p. 33-35.

20. HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470 (*X/TMF*), *NJ* 2018/330, m.nt. van Schilfgaarde,

AA20180502, m.nt. Assink. Deze opvatting werd al eerder geopperd door Assink en Timmerman. Zie o.a. Slagter/Assink, *Compendium van het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 1036-1039 en 1134-1135; Assink 2018, p. 508-509; Timmerman 2016, par. 6.

21. Zie bijv. HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2930, *JOR* 2014/297 (*Pommé*), r.o. 4.5.3, waarin de Hoge Raad onderscheid maakt tussen enerzijds het vaststellen van een onrechtmatige daad, en anderzijds het vaststellen van een ernstig verwijt.

22. 'Voor alle handelingen die een persoon als bestuurder verricht geldt de "persoonlijk een ernstig verwijt"-norm', A.J.P. Schild, 'Ontwikkelingen bestuurdersaansprakelijkheid: een overzicht', *WPNR* 2015/7087, p. 1052. Dit algemene karakter kan ook worden afgeleid uit o.a. HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470 (*X/TMF*), *NJ* 2018/330, m.nt. Van Schilfgaarde, r.o. 3.3.2.

23. HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, *NJ* 2015/21, m.nt. Van Schilfgaarde (*Hezemans Air*), r.o. 3.5.3.

24. In de literatuur is erop gewezen dat kan worden betwijfeld of de PEV-doctrine daadwerkelijk leidt tot een hogere aansprakelijkheidsdrempel. W.A. Westenbroek, 'De waarborgfunctie van het rechtspersonen-

recht', *MvO* 2018, afl. 3/4, par. 7.5, Westenbroek 2017 (diss.), par. 10.8, voetnoot 339; Karapetian 2019, par. 2.7.

25. Zie bijv. P.D. Olden, 'Voordracht Ondernemingsrecht', *Ondernemingsrecht* 2013/81, nr. 2; M.J.G.C. Raaijmakers, 'Costa Blanca: directe aansprakelijkheid bestuurder buiten BV om', AA20130125.

26. Gedragingen die die buiten een sport- en spel situatie onvoorzichtig en daarom onrechtmatig zouden zijn geweest, moeten in de context van de sport of het spel toch worden getolereerd. Zie o.a. *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/59.

27. Daarvoor geldt de algemene norm van een 'redelijk handelende en redelijke bekwame beroepsgenoot', en per beroepsgroep kan deze norm nader worden ingevuld; W.G. Huijgen (2014), *GS Onrechtmatige daad* VI.2.1.5.; Karapetian 2019, p. 41.

28. Dit gebeurde bijv. toen de welbekende Beklamel-norm, nog voordat de ernstig verwijt-toets in beeld was, invulling gaf aan 'hetgeen maatschappelijk betamelijk is' in de zin van art. 6:162 lid 2 BW.; Westenbroek 2017 (diss.), par. 9.2.3; F.M.J. Verstijlen, 'Van bestuurders, onrecht en verwijtbaarheid', *NJB* 2013/551, afl. 11.

29. Voor een overzicht van auteurs die deze stelling innemen, zie J. van Bekkum & N. Kreileman, 'Bestuurdersaansprakelijkheidsrechtspraak. Kwantitatieve trends

2003-2017', *Ondernemingsrecht* 2019/61, voetnoot 3.

30. N.T. Pham, 'Bange bestuurders revisited', in: Van Solinge e.a. 2017, p. 83. Van Bekkum & Kreileman 2019 constateren dat in de periode 2003-2017 het aantal rechtszaken tegen bestuurders niet wezenlijk gestegen is (constant minder dan 80 gepubliceerde uitspraken per jaar, met enkele uitschieters rond 2013). De auteurs concluderen desalniettemin dat de hogere aansprakelijkheidsdrempel gerechtvaardigd is, waarover kritisch W.A. Westenbroek, 'Reactie op Van Bekkum & Kreileman, *Ondernemingsrecht* 2019/61', *Ondernemingsrecht* 2019/129, par. 4-5 en voetnoot 19.

31. Bovendien is niet gezegd dat bestuurders ook *relatief* vaker de aansprakelijk worden gesteld, aldus ook Westenbroek 2019, par. 3 onder verwijzing naar *Asser/Maeijer & Kroeze 2-1\** 2015/90.

32. Dat bestuurders niet lichtzinnig aansprakelijk worden gesteld, blijkt ook uit het onderzoek van Pham: 'One striking empirical finding of this research is the large number of "subjective bad faith" case'; N.T. Pham, *Directors' liability: A legal and empirical study* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 84; Pham in: B.F. Assink e.a. (red.), *De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders'*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 474.

gen van de aansprakelijkheidsdrempel, net zoals een toename in verkeersboetes ook geen reden is voor het verhogen van de maximum snelheid.

Ook de toegenomen regeldruk wordt aangewezen als een bedreiging voor bestuurders.<sup>33</sup> Maar de introductie van nieuwe regels betekent natuurlijk niet dat een bestuur nu 'te veel te vrezen heeft' en daarom een 'slaaf' wordt. De toegenomen regeldruk kan ook een uiting zijn van het eerste deel van het Seumes citaat: 'wie niets vreest, kan gemakkelijk een schurk worden'. Veel regels, zoals de misbruikwetgeving en de regeling voor bestuurdersaansprakelijkheid in de Mededingingswet, zijn juist ingevoerd naar aanleiding van wangedrag van bestuurders.<sup>34</sup> Kennelijk vond de wetgever dat bestuurders in bepaalde opzichten 'meer te vrezen' moeten hebben. Het handelen in strijd van wettelijke verplichtingen kan ook een onrechtmatige daad opleveren.<sup>35</sup> Als de rechter vervolgens voor bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad een algemene verzwaarde maatstaf toepast, dan wordt de (via democratische weg vastgestelde) balans verstoord.

Kortom, niets wijst erop dat de toepassing van de normale aansprakelijkheidsregels zou leiden tot excessieve bestuurdersaansprakelijkheid.

#### b) 'Door (streng) aansprakelijkheidsregels worden bestuurders bang'

De tweede aanname in de onderbouwing van het bange bestuurders-argument, is dat het (streng) aansprakelijkheidsregime bestuurders angst inboezemt. Deze aanname veronderstelt bepaalde sociaalpsychologische waarneembare effecten van een juridisch fenomeen; dus de beoordeling van de juistheid van deze aanname vergt empirisch onderzoek.

De Leidse onderzoeker Pham heeft de empirische handschoen opgepakt: voor haar promotieonderzoek heeft ze kwalitatief en kwantitatief rechtspraakonderzoek gedaan naar bestuurdersaansprakelijkheid, en heeft ze 54 Nederlandse *top-level* bestuurders gevraagd naar hun perceptie van de persoonlijke aansprakelijkheidsrisico's. Uit haar onderzoek blijkt dat het merendeel van de bestuurders een onjuist beeld heeft van het aansprakelijkheidsregime, en dat de meeste bestuurders de aansprakelijkheidsrisico's overschatten.<sup>36</sup> Op de vraag of bestuurders ook daadwerkelijk angst ervaren voor aansprakelijkheid, gaf haar studie 'geen concluderend antwoord'.<sup>37</sup> Wel blijkt uit haar onderzoek dat eventuele angst voor aansprakelijkheid die een deel van de ondervraagde *top-level* bestuurders ervaren kon worden herleid tot 'zeer specifieke omstandigheden', zoals negatieve eerdere ervaringen met persoonlijke aansprakelijkheid of een dreigend faillissement.<sup>38</sup>

Uit de studie van Pham maak ik op dat de angst voor aansprakelijkheid geen algemeen fenomeen is, en dat bestuurders bang kunnen zijn voor aansprakelijkheid *ongeacht* of de aansprakelijkheid een reële bedreiging vormt of niet.<sup>39</sup> Dat leidt tot de conclusie dat de aanname B – dat de angst van bange bestuurders wordt *veroorzaakt* door (al dan niet te strenge) aansprakelijkheidsregels – ongefundeerd is.

#### c) 'De angst van bestuurders beïnvloedt hun gedrag'

De angst – voor zover aanwezig – die bestuurders – al dan niet terecht – voelen voor persoonlijke aansprakelijkheid, is natuurlijk pas relevant wanneer de angst het *gedrag* van bestuurders ook daadwerkelijk beïnvloedt. Is dat niet zo, dan blijven de gevreesde negatieve effecten van het aansprakelijkheidsregime uit en is dus ook geen 'hogere drempel' nodig. De derde aanname die schuilt achter het bange bestuurders-argument, is dat bestuurders vanwege hun angst voor aansprakelijkheid risicomijdend handelen.

Welke aanwijzingen zijn er voor de gevreesde effecten op het gedrag van bestuurders? Aanhangers van het bange bestuurders-argument erkennen dat 'hard empirisch bewijs' voor het defensieve gedrag van bestuurders ontbreekt.<sup>40</sup> In de literatuur wordt vooral analogisch of anekdotisch bewijs geleverd.<sup>41</sup> Kroeze verwijst in zijn oratie bijvoorbeeld naar Amerikaanse studies over *defensive medicine*: daaruit zou blijken dat artsen voorzichtiger te werk gaan vanwege de grote aansprakelijkheidsrisico's.<sup>42</sup> Het is echter zeer de vraag of deze analogie opgaat: Nederland is Amerika niet, de aansprakelijkheidsregimes zijn verschillend, en bestuurders zijn geen artsen. Ook de andere rapporten waar Kroeze naar verwijst in zijn oratie bevatten geen empirisch bewijs dat bestuurders daadwerkelijk defensiever handelen uit angst voor aansprakelijkheid.<sup>43</sup>

In haar empirische onderzoek vindt Pham ook 'geen concluderend antwoord op de vraag of de vrees om aansprakelijk te worden gehouden tot onwenselijk defensief gedrag leidt'.<sup>44</sup> Wel geeft de *casestudy* een indruk van welke condities defensief gedrag bij bestuurders kunnen uitlokken.<sup>45</sup> Het gaat hierbij volgens Pham om omstandigheden waarbij bestuurders het aansprakelijkheidsrisico als 'zeker' en direct persoonlijk ervaren, zoals bij beschuldigingen van fraude en dreigend faillissement. Verder kunnen negatieve of positieve ervaringen met eerdere aansprakelijkstellingen defensief gedrag bij bestuurders uitlokken of juist verminderen.<sup>46</sup> Bij deze uitkomst moet nog worden opgemerkt dat Pham onderzoek deed naar de *perceptie* van bestuurders met betrekking tot hun angst voor aansprakelijkheid en eventuele gedragseffecten.<sup>47</sup> Het is een weergave van de subjectieve ervaringen van (een specifieke

**Het is onzeker of bestuurders daadwerkelijk defensiever handelen uit angst voor aansprakelijkheid, en als aansprakelijkheidsregels deze invloed al uitoefenen op het gedrag van bestuurders, dan lijkt dit – gelet op het beschikbare empirische onderzoek – geen algemeen fenomeen**

groep) bestuurders, en niet van het werkelijke causale verband tussen aansprakelijkheid en defensief gedrag.<sup>48</sup>

Kortom, het is onzeker of bestuurders daadwerkelijk defensiever handelen uit angst voor aansprakelijkheid, en als aansprakelijkheidsregels deze invloed al uitoefenen op het gedrag van bestuurders, dan lijkt dit – gelet op het beschikbare empirische onderzoek – geen algemeen fenomeen. Oftewel, ook voor aanname C ontbreekt empirisch bewijs.

#### d) 'Defensief bestuurlijk gedrag is onwenselijk'

Tot zo ver kwam aan bod dat bestuurders niet bang hoeven te zijn voor de 'gewone onrechtmatige daad'; dat de angst van bestuurders niet correspondeert met de daadwerkelijke aansprakelijkheidsrisico's; dat het onzeker is of bange bestuurders zich daadwerkelijk 'bang' gedragen; en dat eventuele angst en defensief gedrag bij bestuurders kunnen worden herleid tot specifieke omstandigheden. Maar stel desondanks dat alle eerdere aannames toch juist zouden zijn – dus dat bonafide bange bestuurders uit angst voor te strenge aansprakelijkheidsregels defensiever gedrag vertonen – is dit defensieve gedrag dan (altijd) onwenselijk?

Als gezegd vrezen voorstanders van de ernstig verwijt-doctrine dat het defensieve gedrag van bestuurders onder andere leidt tot minder winstgevende bedrijven, minder economische groei en minder werkgelegenheid, daarom zou het algemene belang erbij gebaat zijn dat het defensief bestuurlijk gedrag wordt voorkomen. Er zijn ongetwijfeld situaties waarin het goed is dat bestuurders voortvarend en onverschrokken te werk kunnen gaan. Echter, er mag niet worden vergeten dat defensief bestuurlijk gedrag niet inherent slecht is. Zo schrijft Assink, helaas weggestopt in een voetnoot, dat 'angst niet altijd onwenselijk [is], met name niet wanneer het gaat om het tegengaan van niet-bonafide gedrag'.<sup>49</sup> Dit belangrijke inzicht speelt naar mijn idee een te kleine rol in de bange bestuurders-discussie.<sup>50</sup>

Er zijn namelijk legio situaties denkbaar waarin het risicozoekend bestuurlijk gedrag botst met het algemene

belang. Bijvoorbeeld, het is ongetwijfeld lucratief voor een onderneming als bestuurders af en toe risico's nemen met betrekking tot milieu- of veiligheidsbeleid. Maar als bestuurders – al dan niet aangemoedigd door een restrictief aansprakelijkheidsregime – ten aanzien van deze kwesties bereid zijn om grote risico's te nemen, zal dat ongetwijfeld resulteren in meer milieurampen en bedrijfsongevallen. Soms is het dus niet onwenselijk als bestuurders risico's uit de weg gaan. In dergelijke situaties gaat het bange bestuurders-argument in zijn geheel niet op.

Bovendien is het in sommige gevallen simpelweg niet aan de bestuurder om te bepalen of het betamelijk is een risico te nemen. Het lijkt een open deur, maar kennelijk is het toch nodig om te benadrukken: een bestuurder behoort zich, net als iedere andere (rechts) persoon, binnen de grenzen van het recht te begeven.<sup>51</sup> Een bestuurder van een vennootschap mag bijvoorbeeld niet in de dienstauto door rood licht rijden omdat hij inschat dat de vennootschap is gebaat bij deze (mogelijk risicovolle) gedraging. Waar het gaat om de naleving van rechtsnormen komt het bestuur geen beleidsruimte toe;<sup>52</sup> en waar beleidsruimte ontbreekt,

## Waar het gaat om de naleving van rechtsnormen komt het bestuur geen beleidsruimte toe en dan ligt het ook niet voor de hand voor de rechter om marginaal te toetsen of een verhoogde aansprakelijkheidsdrempel toe te passen

33. Zie o.a. Kroeze 2005, met name par. 8.2; en T.A. Keijzer, 'Ondernemingsrecht', in: Assink e.a. 2017, p. 137 die spreekt van 'regulatorische overreacties'.

34. Zie in dit verband ook de voorbeelden van Westenbroek 2019, par. 4. Kroeze 2005, par. 8.1 wijst erop dat veel regelgeving is opgesteld naar aanleiding van een schandaal, en in voetnoot 38 erkent hij dan ook dat de meeste reacties 'op zichzelf beschouwd niet te ver gaan'. Hij vreest echter dat door de combinatie van reacties de wetgever dan 'op alle niveaus en bloc' reageert op misstanden. Hij toont echter niet aan dat deze vrees gegronsd is.

35. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/44.

36. Pham 2017 (diss.), par. 2.4-2.6; Pham 2015, p. 421-422. Volgens Pham is de onduidelijkheid van aansprakelijkheidsregels een belangrijke oorzaak voor de discrepan-

tie tussen angst en risico, waarover hierna meer; Pham in Assink e.a. 2017.

37. Pham 2017 (diss.), p. 167.

38. Pham spreekt van 'very specific circumstances'. Pham 2017 (diss.), p. 39. Zie voorts N.T. Pham "'Bange Bestuurders?'" Een casestudie onder Nederlandse top-level bestuurders', in: B.F.J. Assink e.a. (red.) *De toekomst van het ondernemingsrecht, het ondernemingsrecht van de toekomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, par. 4.2.

39. Hierop wijst ook Kroeze 2005, par. 8.6.

40. A. Hammerstein, 'Verhoogde drempel/ verzwaarde maatstaf', in: Assink e.a. 2017, p. 384: 'ik weet dat hiervoor geen hard empirisch bewijs bestaat'. Zie voorts Assink e.a. 2011, par. 1; Timmerman 2016, p. 324, die bij gebrek aan empirisch bewijs 'vertrouwt op gezond verstand'.

41. Bijv. Kroeze 2015, par. 6.2, wijst op uitspraken van individuele bestuurders en

media-uitingen. Anderen laten de empirische gegrondheid van de effecten in het midden, zoals bijvoorbeeld Assink 2017 (diss.), par. 1.3.d.

42. Kroeze 2005, par. 4.

43. De opmerking uit het CPB-rapport waarnaar Kroeze verwijst in voetnoot 14 gaat over een reeks van omstandigheden die een hapering in de Amerikaanse conjunctuur kunnen verklaren, niet over de invloed die de angst voor aansprakelijkheid uitoefent op het gedrag van Nederlandse bestuurders. Het rapport uit 2004 van het Nederlands Centrum van Directeuren en Commissarissen waar Kroeze in par. 6.1 naar verwijst, is geen wetenschappelijk onderzoek maar een rondgang van een belangenorganisatie onder haar eigen leden. Het onderzoek betreft een amalgaam van factoren, de precieze invloed van aansprakelijkheid op het gedrag van

bestuurders blijft onduidelijk.

44. Pham 2017 (diss.), p. 167.

45. Pham 2017 (diss.), par. 2.4-2.6; Pham in Assink e.a. 2017, p. 476.

46. Pham 2017 (diss.), par. 2.4.2.

47. Pham 2017 (diss.), par. 2.3.2, 2.5.

48. Pham 2017 (diss.), p. 21, voetnoot 31.

49. B.F. Assink, 'Feitelijke, indirecte en nieuwe bestuurder', in: Assink e.a. 2017, p. 189, voetnoot 3.

50. De wenselijkheid van risicomijdend gedrag werd ook belicht door o.a. Pham 2015, par. 4.3.

51. Vrij naar K. de Roo, 'De nalevingsplicht van het bestuur van rechtspersonen', *Ondernemingsrecht* 2018/2, p. 3. Aldus ook: Hammerstein 2017, p. 383; instemmend, Assink 2007 (diss.), p. 9.

52. Zie de Roo 2018, par. 1 met verdere verwijzingen.

ligt het ook niet voor de hand voor de rechter om marginaal te toetsen of een verhoogde aansprakelijkheidsdrempel toe te passen.

In paragraaf drie constateerde ik dat de ernstig verwijt-maatstaf in beginsel wordt toegepast voor alle soorten bestuurlijk gedrag. Maar de aanvullende bescherming van bestuurders tegen persoonlijke aansprakelijkheid mag vanzelfsprekend niet ertoe leiden dat de bestuurder vrijuit gaat bij normschendend- of onwenselijk onvoorzichtig bestuurlijk gedrag.<sup>53</sup> Cohen Jehoram constateert bijvoorbeeld dat bestuurders best wat banger zouden mogen zijn voor de aansprakelijkheid voor inbreuken op intellectuele eigendomsrechten: *'Het is voor bestuurders die daadwerkelijk leidinggeven aan [het opzettelijk op commerciële schaal inbreuk maken op intellectuele eigendomsrechten], blijkens lagere jurisprudentie vaak te gemakkelijk de aansprakelijkheidsdans te ontspringen door zich achter de rechtspersoon te verschuilen. De lagere doorbrekingsjurisprudentie is te terughoudend en biedt kwaadwillenden nog te vaak een veilige haven; daar waar zij niets te vrezen hebben.'*<sup>54</sup>

Kortom, risiconemend gedrag is niet altijd wenselijk en de beleidsvrijheid van bestuurders is niet onbeperkt. Soms is het prima – of sterker nog: zelfs de bedoeling – dat angst voor aansprakelijkheid leidt tot defensief handelen van bestuurders. Dus, voor zover aansprakelijkheidsregels al invloed hebben op het gedrag van bestuurders, mogen die regels er niet toe leiden dat bestuurders ondernemingsrisico's durven te nemen die andermans rechten schenden of strijd opleveren met de wet of de maatschappelijke betamelijkheid. Omdat risicomijdend bestuurlijk gedrag alleen in specifieke situaties onwenselijk is, kan het bange bestuurdersargument de algemene toepassing van de ernstig verwijt-maatstaf in bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad niet rechtvaardigen.

*e) 'Door de aansprakelijkheidsdrempel te verhogen voorkomen we bange bestuurders'*

Tot zo ver rammelen alle besproken aannames die ten grondslag liggen aan het bange bestuurders-argument. Maar zelfs als wordt aangenomen dat het gewone aansprakelijkheidsregime van de onrechtmatige daad te streng is, dat bestuurders daardoor bang zijn én bang hielden, en dat defensiever handelen in alle gevallen onwenselijk is, is de invoering van een algemene, hogere aansprakelijkheidsdrempel voor externe bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad alsnog geen oplossing voor het bange bestuurders-probleem.

Allereerst kan de ernstig verwijt-doctrine de angst voor persoonlijke aansprakelijkheid onder bestuurders

**De zwaarbevochten verhoogde aansprakelijkheidsdrempel voor bestuurders heeft kennelijk niet het beoogde angstremmende effect gehad**

niet volledig wegnemen, omdat deze verhoogde aansprakelijkheidsdrempel bestuurders alleen beschermt tegen (bepaalde vormen van) civiele aansprakelijkheid.<sup>55</sup> De mogelijkheden om de bestuurder bestuursrechtelijk of strafrechtelijk te sanctioneren blijven onaangetast.<sup>56</sup> Belangrijker: het verhogen van de aansprakelijkheidsdrempel kan vermoedelijk zelfs niet de angst wegnemen die bestuurders ervaren voor *civiele* aansprakelijkheid. Uit het onderzoek van Pham blijkt immers dat de angst die bestuurders ervaren voor persoonlijke aansprakelijkheid losgezongen is van het daadwerkelijke aansprakelijkheidsrisico. Op basis van het rechtspraakonderzoek met jurisprudentie uit de periode 2003-2013, concludeert Pham dat de risiconemende of ondeskundige bestuurders, bij afwezigheid van andere belastende omstandigheden, geen persoonlijke aansprakelijkheid te vrezen hebben. Zelfs wanneer de bestuurder achteraf gezien een (excessief) hoog risico neemt, is het volgens Pham 'zeer onwaarschijnlijk dat hem voor zulk een risicovolle beslissing een ernstig verwijt gemaakt kan worden'.<sup>57</sup> Kortom, bestuurders worden niet lichtzinnig aansprakelijk gesteld, en bonafide bestuurders hebben niets te vrezen.<sup>58</sup> Echter: bestuurders blijken slecht op de hoogte te zijn van aansprakelijkheidsregels, en overschatten de risico's. In het overgrote deel van de door Pham bestudeerde rechtszaken was de ernstig verwijt-doctrine al van kracht, en toch bleken er bonafide bestuurders onder omstandigheden bang te zijn voor persoonlijke aansprakelijkheid. De zwaarbevochten verhoogde aansprakelijkheidsdrempel voor bestuurders heeft kennelijk niet het beoogde angstremmende effect gehad.

Als de angst van bestuurders niet op feiten is gebaseerd, of als de angst niet leidt tot risicomijdend gedrag, heeft het natuurlijk ook geen zin om de aansprakelijkheidsdrempel te wijzigen; net zoals het mensen met vlieg-angst ook niet zal helpen om stevigere vliegtuigen te maken. De slotsom is dat het verhogen van de aansprakelijkheidsdrempel geen oplossing is voor de problemen die aanhangers van het bange bestuurders-argument voorzien.

*f) 'Voor de bescherming van bestuurders, moet de ernstig verwijt-maatstaf worden gehandhaafd'*

Hiervoor heb ik betoogd dat kan worden betwijfeld of het verhogen van de aansprakelijkheidsdrempel kan voorkomen dat bestuurders uit angst voor aansprakelijkheid risicomijdend handelen. Maar stel dat – om welke reden dan ook – het toch geboden zou zijn om bestuurders aanvullend te beschermen tegen persoonlijke aansprakelijkheid, dan alsnog is het niet noodzakelijk om de ernstig verwijt-doctrine te handhaven.

In de literatuur is er meermaals op gewezen dat bestuurders hechten aan normen die duidelijk zijn.<sup>59</sup> Als dat waar is, dan moet de ernstig verwijt-doctrine een doorn in het oog van bestuurders zijn. De inhoud van de maatstaf is 'notoir onduidelijk',<sup>60</sup> en ook over het toepassingsbereik ervan bestaat grote verwarring.<sup>61</sup> Met andere auteurs meen ik dat de rechtszekerheid en de behoefte van bestuurders aan een duidelijk toetsingskader belangrijke argumenten vormen voor het loslaten van de 'ernstig verwijt'-doctrine.<sup>62</sup> Waarom moeilijk doen als het makkelijk kan? De beoogde bescherming van bestuurders kan

ook op een andere, overzichtelijkere en dogmatisch zuiverdere manier worden bereikt.

Zoals eerder opgemerkt, bieden de 'gewone' vereisten van de onrechtmatige daad reeds de ruimte om voor ieder situatie een aansprakelijkheidsdrempel op maat te vinden. Het leerstuk is ruim, maar zeker niet vaag. Iedere vereiste van de onrechtmatige daad heeft een duidelijke functie, en de vereisten kennen een preciezere invulling al naar gelang de situatie. Het is mij dan ook onduidelijk waarom voor ieder gevalstype en bij iedere beroepsbeoefenaar – van arts tot advocaat, en vele andere partijen van wie het onwenselijk is als ze defensief handelen<sup>53</sup> – de beoordeling van de persoonlijke aansprakelijkheid wél kan verlopen via de 'gewone' regels van de onrechtmatige daad, maar bij bestuurders niet. Voor het verhogen van een aansprakelijkheidsdrempel, indien al gewenst, is dus geen afwijkend, restrictief aansprakelijkheidsregime nodig.

Ook de laatste aanname is dus ongefundeerd: het bange bestuurders-argument biedt geen steun voor het handhaven van de ernstig verwijt-doctrine.

## 5. Slotsom

Het bange bestuurders-argument vormt de hoeksteen voor een afwijkend, restrictief aansprakelijkheidsregime voor bestuurders. De aannames die aan dit argument ten grondslag liggen, blijken echter ongefundeerd. In dit artikel kwam achtereenvolgens aan bod dat (a) niet gebleken is dat de 'gewone onrechtmatige daad' een te streng keurslijf zou zijn voor bestuurders; (b) dat eventuele angst van bestuurders voor persoonlijke aansprakelijkheid niet correspondeert met de werkelijke aansprakelijkheidsrisico's; (c) dat er geen bewijs is dat bestuurders zich daadwerkelijk anders gedragen vanwege

angst voor persoonlijke aansprakelijkheid; (d) dat het niet altijd onwenselijk (soms zelfs de bedoeling) is dat bestuurders defensief handelen; (e) dat het verhogen van de aansprakelijkheidsdrempel het gepercipieerde probleem van bange bestuurders niet verhelpt; en (f) dat voor de bescherming van bestuurders tegen aansprakelijkheid (als die ondanks de onjuistheid van de andere aannames toch wenselijk wordt geacht) geen afwijkend aansprakelijkheidsregime nodig is.

Omdat de aannames van elkaar afhankelijk zijn voor hun juistheid, komt het bange bestuurders-argument al onder druk te staan wanneer een van de schakels in de ketenargumentatie onjuist is. In dit artikel betoog ik dat er niet slechts sprake is van één zwakke schakel, maar dat het bange bestuurders-argument bestaat uit een hele reeks van rammelende aannames.

De wankele onderbouwing van het argument is problematisch, want mede vanwege de angst voor bange bestuurders wordt de ernstig verwijt-maatstaf in de onrechtmatige daad gehandhaafd; die maatstaf maakt bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad nodeloos ingewikkeld, en geeft bestuurders meer bescherming tegen aansprakelijkheid dan hun toekomt.

Ik ben niet de eerste die zijn pijlen richt op het bange bestuurders-argument en de ernstig verwijt-doctrine, vele andere auteurs gingen mij voor.<sup>64</sup> Van Schilfgaarde schreef in 2017 dat 'het bange bestuurders argument (inclusief de verwijzing naar het voorkomen van defensief gedrag) maar beter geschrapt [kan] worden'.<sup>65</sup> Daar ben ik het roerend mee eens, en ik hoop dat het ontrafelen van dit argument eraan zal bijdragen dat de discussie over bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad niet langer wordt vertroebeld door de angst voor bange bestuurders. •

53. In dezelfde zin Westenbroek 2019, par. 4 en 5.

54. T. Cohen Jehoram, 'Intellectueel eigendomsrecht: De (nog) niet zo bange bestuurder bij IE-inbreuken', in: Assink e.a. 2017, p. 99.

55. Bovendien kunnen bestuurders (die niet opzettelijk of bewust roekeloos hebben gehandeld) schadeclaims verhalen op hun werkgever op grond van art. 6:170 BW. Daarnaast kunnen bestuurders zich verzekeren voor bestuursfouten.

56. Aldus ook B.J. De Jong in Van Solinge e.a. 2017, p. 73; en Karapetian 2019, p. 46. Sommige ondernemingsrechtjuristen pleiten ervoor om de aansprakelijkheidsdrempel van andere rechtsgebieden in lijn te brengen met de privaatrechtelijke PEV-toets, zie bijv. J. van Bakkum 'Risikoaansprakelijkheid

leidinggevend voor persoonlijke bestuursrechtelijke boetes', *Ondernemingsrecht* 2013/114. Zij zien echter over het hoofd dat de verschillende aard en functie van de betreffende rechtsgebieden aan een dergelijke convergentie in de weg staan (en dat de PEV-toets zelfs in het privaatrecht omstreden is). Zie uitvoerig T.R. Bleeker, 'Bestuurdersaansprakelijkheid in het milieu-bestuursrecht', in: T.R. Bleeker e.a., *Sanctivering van ondernemingen en bestuurders in het bestuursstrafrecht* (Preadviezen Jonge VAR 17), Den Haag: Boom Juridisch 2019, hoofdstuk 5.

57. Pham in Van Solinge e.a. 2017, par. 4-6; N.T. Pham, 'Empirisch onderzoek naar "bange bestuurders"', in: Assink e.a. 2017, par. 2.1 en 4. Pham wijst erop dat een groot deel van de rechtszaken waarin bestuurders

succesvol aansprakelijk worden gesteld er sprake is van opzettelijk benadelende – daaronder ook begrepen frauduleuze – gedragingen aan de zijde van de bestuurder. Pham 2017 (diss.), par. 3.3; Pham in Assink e.a. 2017, p. 474-475.

58. Pham in Van Solinge e.a. 2017, par. 5.6.

59. Pham in Assink e.a. 2017; Karapetian 2019, p. 40; Y. Borrius, 'Enkele reflecties', in: Assink e.a. 2011, p. 113. Zelfs Kroeze wijst – ironisch genoeg – de onduidelijkheid met betrekking tot de ernstig verwijt-maatstaf juist aan als een van de oorzaken van bange bestuurders; Kroeze 2005, par. 8.3.

60. Deze formulering werd gebruikt in Assink 2010, par. 5.3.

61. Kritisch over de hoedanigheidstoets vanwege gebrek aan scherpte, zie o.a. R.P.J.L. Tjittes, 'Handelen in hoedanigheid',

in: B.F. Assink e.a. (red.), *De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders'*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 374-375; Karapetian 2019, par. 2.4; Verstijnen 2015, p. 333-334.

62. Westenbroek 2019, par. 4 en 5; Tjittes 2017; Verstijnen 2015, p. 333; Karapetian 2019, p. 59.

63. Aldus ook Karapetian 2019, p. 41.

64. Zie voetnoot 7. Zie met name de lezenswaardige en kritische proefschriften van Westenbroek en Karapetian.

65. Van Schilfgaarde in Assink e.a. 2017, p. 490-492, en opnieuw in zijn annotatie bij *X/TMF, NJ* 2018/330.