

# (On)behoorlijk bestuur volgens Kant

‘Het recht is niet in de wet alleen te vinden’

## Ondernemingsrecht 2022/2

Een bestuurder kan aansprakelijk zijn ter zake van onbehoorlijk bestuur, afhankelijk van de relevante omstandigheden van het geval. Wanneer vershieten bestuurshandelingen van behoorlijk naar onbehoorlijk? Hoewel de open normen van onbehoorlijk bestuur en ernstige verwijtbaarheid uitgebreid zijn behandeld in de literatuur en jurisprudentie, laten deze zich niet eenvoudig inkaderen. In de laatste jaren klinkt daarbovenop de roep dat bestuurders hun maatschappelijke verantwoordelijkheid moeten nemen steeds luider. Bestuurders dienen zich niet alleen te richten op het maken van winst voor de aandeelhouders, maar zich eveneens de belangen van een brede kring van stakeholders aan te trekken. Grote thema's als duurzaamheid, sociaaleconomische ontwikkelingen en diversiteit zijn ook voor bestuurders niet meer weg te denken. Het wordt daardoor niet eenvoudiger om te beoordelen wanneer een bestuurder (on)behoorlijk bestuurt. De auteur meent dat de ethiek een nuttige ondersteuning vormt, omdat het recht niet alleen in de wet is te vinden. De ethiek is in het ondernemingsrecht bezig aan een opmars. Zowel in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht als in de ethiek worden grondverschillen als 'goed' (behoorlijk) en 'slecht' (onbehoorlijk) gescheiden. De auteur geeft een globaal overzicht van de categorische imperatief van Kant en zoekt naar parallellen met de wetsgeschiedenis, literatuur en jurisprudentie omtrent (on)behoorlijk bestuur.

### 1. Inleiding

Wanneer kwalificeert het handelen van een bestuurder als behoorlijk of onbehoorlijk? In de wetsgeschiedenis, de jurisprudentie en de literatuur omtrent bestuurdersaansprakelijkheid is uitgebreid aandacht besteed aan de open normen van (on)behoorlijk bestuur en ernstige verwijtbaarheid. In meer recente jaren is op bestuurders een appel gedaan om hun maatschappelijke verantwoordelijkheid te nemen. Als kritiek klinkt dat deze normen vaag en beperkend voor de bestuurder zouden zijn. Een bestuurder is immers gebaat bij een duidelijk kader. In deze discussies is de ethiek in mijn ogen onterecht onderbelicht gebleven. De laatste decennia bestond er binnen het ondernemingsrecht weinig aandacht voor de ethiek, terwijl

de 'ondernemingsrechtelijke boegbeelden uit het verleden' met regelmaat een beroep deden op ethici.<sup>2</sup> De moraal is echter bezig aan een opmars binnen het ondernemingsrecht.<sup>3</sup> De ethiek kan bestuurders relevante houvast bieden.

Ethici relateren het menselijk handelen aan de grondverschillen tussen juist en verkeerd en goed en kwaad. Open normen in het Nederlandse ondernemingsrecht zoals (on)behoorlijk bestuur, redelijkheid en billijkheid, ernstige verwijtbaarheid, wanbeleid en vennootschappelijk belang kennen dezelfde grondverschillen en zijn verweven met moraliteit. Zonder nadere duiding blijft de ethiek echter een lege huls. Als grondlegger van de hedendaagse ethiek schetst Immanuel Kant<sup>4</sup> een kader voor het behoorlijk handelen van de mens, dat eveneens voor bestuurders handvatten geeft. Ik heb daarom de vraag onderzocht of de ethiek van Kant parallellen vertoont met de relevante regels omtrent (on)behoorlijk bestuur. Na een inleiding van de rechtsfilosofie en haar verbinding met het ondernemingsrecht (par. 2) ga ik in op de categorische imperatief van Kant (par. 3). Vervolgens sta ik stil bij de belangrijke regels van (on)behoorlijk bestuur en beschrijf ik raakvlakken met de theorieën van Kant (par. 4).

Deze bijdrage is niet bedoeld om de dogmatische discussie over de verschillende tinten van onbehoorlijk bestuur en ernstig verwijt te herhalen. De ethische theorieën van Kant kunnen relevant of zelfs behulpzaam zijn voor de bestuurder die behoorlijk wil besturen. In dit artikel geef ik een globaal inzicht in de achtergrond van de categorische imperatief van Kant. Hierbij baseer ik mij op zijn teksten en vooral

1 Caspar Scholten is advocaat te Amsterdam. Met dank aan dr. mr. I. Rosenthal (universitair docent rechtstheorie aan de UvA) voor haar commentaar op dit artikel. De ondertitel is een citaat van Van der Grinten uit 'Moraal en billijkheid als bron van verbintenis', in: C.J.H. Jansen e.a. (red.), *Verspreide geschriften van W.C.L. van der Grinten* (Serie VHI deel 77), Deventer: Kluwer 2004, p. 1.

2 P. Scholten, in: G.J. Scholten e.a. (red.), *Verzamelde geschriften van wijlen Prof. Mr. Paul Scholten: in leven hoogleraar aan de Universiteit te Amsterdam deel I & II*, Zwolle: Tjeenk Willink 1949, met verwijzingen naar Kant, (Von) Gierke en Kelsen; Van der Grinten, in: *Verspreide geschriften van W.C.L. van der Grinten* (2004) met verwijzingen naar Scholten en Ulpianus; Maeijer, in: C.D.J. Bulten e.a. (red.), *Verspreide geschriften van J.M.M. Maeijer* (Serie Van der Heijden Instituut nr. 100), Deventer: Kluwer 2009, met verwijzingen naar Aristoteles, Thomas van Aquino en vooral Camus; W.J. Slagter, *Rechtvaardigheid en doelmatigheid: Enige beschouwingen over het compromiskarakter van het recht* (oratie), 1961 met verwijzingen naar Mayer, Hayek en de utilisten Bentham, Mill en Pot als voorbeeld van hoe het niet moet.

3 Zie bijvoorbeeld J.E. Soeharno, 'Cultuur van integriteit: een chefsache', in: M. Lückerath-Rovers e.a. (red.), *Jaarboek Corporate Governance 2018-2019*, Deventer: Wolters Kluwer 2018; L. Timmerman, 'Rechtvaardigheid en gerechtigheid in het (ondernemings)recht, Het (ondernemings)recht volgens prof. mr. P. van Schilfgaarde', *WPNR* 2021/7315; 'Bedrijfsadvocaten en ethiek; De butlers van de Zuidas', *De Groene Amsterdammer* 24 februari 2021, nr. 8; I. van Domselaar, 'Professionele identiteit en beroepsethiek voor advocaten: Pleidooi voor (meer) realisme', *NJB* 2020/2975; E.J. Heinrichs, 'Van de Deken: Ethisch minimalisme', *Amsterdams Bulletin* 24 maart 2021 en Jeroen Smit, 'De echte ceo verbetert de wereld, niet zichzelf', *NRC* 2 april 2021.

4 Geboren in 1724 in Königsberg en aldaar in 1804 gestorven.

op de analyses van relevante Kantgeleerden. De ethiek gaat verder dan het positieve recht. In het positieve bestuurdersaansprakelijkheidsrecht ligt de focus juist op onbehoorlijk bestuur. Om parallellen tussen de ethiek van Kant en het Nederlandse bestuurdersaansprakelijkheidsrecht te vinden, is (analoog) onderzoek nodig naar de (juridische herkomst van de) belangrijkste artikelen omtrent onbehoorlijk bestuur. Voor de duidelijkheid: ik breng geen strikte scheiding aan in de materiële toets van 'onbehoorlijk bestuur' op grond van art. 2:9, 2:138/248<sup>5</sup> en 6:162 BW, voor zover daar al verschillen tussen bestaan.<sup>6</sup>

## 2. Rechtsfilosofie en het ondernemingsrecht

Binnen de rechtsfilosofie staat de vraag 'wat recht is' centraal; op welke grond kunnen we juridische van niet-juridische regels onderscheiden? De rechtsfilosofie kent verschillende stromingen. Het rechtspositivisme<sup>7</sup> en de ethiek<sup>8</sup> vormen belangrijke tegenpolen. Zijn het positieve recht en ethiek strikt gescheiden werelden of juist nauw verbonden?<sup>9</sup> Rechtvaardigheid en doelmatigheid zijn evenals

rechtszekerheid en billijkheid als yin en yang met elkaar verbonden.<sup>10</sup> In de juridische discussies over de uitleg van (on)behoorlijk bestuur zijn visies (met tinten) van rechtspositivisten en moralisten waar te nemen, zoals ik hierna zal uitlichten.

### 2.1 Van behoorlijk naar onbehoorlijk bestuur

Bestuurders nemen namens een vennootschap besluiten en verrichten vertegenwoordigingshandelingen die in meerdere of mindere mate ingrijpend kunnen zijn. Op grond van art. 2:9 BW is een bestuurder gehouden tot een behoorlijke taakvervulling. De bestuurder is aansprakelijk voor onbehoorlijk bestuur (gedragsnorm), tenzij hem mede gelet op de interne taakverdeling van het bestuur geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen af te wenden (toetsingsnorm).<sup>11</sup> De rechter kan op basis van de omstandigheden van het geval het handelen van bestuurders als onbehoorlijk en ernstig verwijtbaar kwalificeren.<sup>12</sup> Tegelijkertijd komt de bestuurder voldoende beleidsvrijheid toe om zijn taak te kunnen uitoefenen.<sup>13</sup> Er moet 'ruimte blijven voor creativiteit, vernuft en durf en de samenleving 'is niet gediend met regelgeving die ondernemers stimuleert om telkens de voorkeur te geven aan risicomijdende beslissingen met weinig economisch voordeel'.<sup>14</sup> Door een hoge drempel voor aansprakelijkheid op te werpen, moet worden voorkomen dat bestuurders zich in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten leiden.<sup>15</sup> Maar wanneer gaat de bestuurder die drempel over? Wanneer verschiet de bonafide bestuurder van kleur naar een malafide? Een eenduidig antwoord voor bestuurders (en hun adviseurs) op deze vragen is niet eenvoudig te formuleren, terwijl het antwoord van evident belang is.<sup>16</sup>

In de literatuur is de vraag opgeworpen of de toets 'ernstig verwijt' gelijk staat aan de aansprakelijkheid van een werknemer ex art. 7:661 BW, waarvoor opzet of grove schuld vereist zijn.<sup>17</sup> Strik pleit ervoor de term 'ernstige verwijtbaarheid' uitsluitend te bezigen als toerekenings-

5 Met de inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen (*Kamerstukken I*, 34 491, A) per 1 juli 2021 gelden deze bepalingen in grote mate eveneens voor stichtingen, verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen, zeker als zij aan vennootschapsbelasting zijn onderworpen.

6 Zie hierna in par. 4 van deze bijdrage over de wetsgeschiedenis van art. 2:138/248, waarbij aansluiting is gezocht bij art. 2:9 BW en B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag* (diss.) (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 59), Deventer: Kluwer 2007, p. 66 en D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid* (diss.) (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 73), Deventer: Kluwer 2010, p. 56.

7 Binnen het rechtspositivisme staat het positieve recht – zoals vormgegeven door de bevoegde autoriteit – voorop. Volgens rechtspositivisten is het positieve recht strikt gescheiden van de moraliteit en is het zinloos om naar morele criteria te zoeken.

8 De ethiek gaat uit van universeel geldende regels, die het positieve recht te boven gaan. De ethiek kent weer verschillende (sub)stromingen. De teleologische stroming (τέλος: doel(eind) en λόγος: rede of leer) richt zich op een samenleving die gebaseerd is op regels en conventies waarin het goede leven en geluk vooropstaan. Zo beargumenteert Aristoteles in zijn *Ethica Nicomachea* dat gelukkig en deugdzaam leven het ultieme doel van het menselijk bestaan is. Mill zet in zijn utilitaristische *On Liberty* vrijheid en geluk van zoveel mogelijk mensen voorop. In het rationalisme vormt de rede daarentegen de enige bron van kennis. Plato bepleit in zijn *Ideeenleer* (εἶδος: gestalte of aanblik) dat – hoewel de materiële omgeving om ons heen steeds verandert – we alleen met kennis de zintuigelijke wereld kunnen overstijgen.

9 (Rechts)filosofen laten zich per definitie niet graag inkaderen, maar in veel handboeken wordt het rechtspositivisme behandeld alsof het de (enige) tegenstander zou zijn van de ethiek. Dat is een te beperkte voorstelling van zaken, P. Westerman, *Rechtsfilosofie Inleiding*, Van Gorcum/Open Universiteit 1998, p. 194 e.v. Ethici zijn één van de vele tegenstanders van de rechtspositivist. Deze tegenstellingen komen duidelijk aan bod in de theorieën van de rechtspositivist Austin en de ethicus Fuller. Volgens Austins utilistische beveltheorie zijn rechtsregels bevelen van een superieure autoriteit. Hij pleitte voor een strikte scheiding tussen de vragen 'wat is recht' en 'wat is rechtvaardig recht' (J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, London: John Murray, Albemarle Street 1832). Fuller meent dat bestendige wetgeving niet zou kunnen bestaan zonder moraliteit. Hij formuleerde een achttal minimale voorwaarden voor rechtvaardige wetgeving. Wetten moeten: (1) een algemene strekking (gelijke gevallen gelijk behandeld) hebben, (2) gepubliceerd zijn, (3) geen terugwerkende kracht hebben, (4) begrijpelijk zijn, (5) intern consistent zijn, (6) na te leven zijn, (7) niet vaak wijzigen en (8) uitgevoerd worden in lijn met de bedoeling (L.L. Fuller, *The Morality of Law*, rev. ed. New Haven CT: Yale University Press 1969, p. 39 e.v.).

10 Zie ook Van der Grinten, 'Moraal en billijkheid als bron van verbintenis', in: *Verspreide geschriften van W.C.L. van der Grinten* (2004), p. 1 e.v.; Slagter, in: *Rechtvaardigheid en doelmatigheid* (1961) en Maeijer, 'Billijkheid in het burgerlijk recht', in: *Verspreide geschriften van J.M.M. Maeijer* (2009), p. 39 e.v.

11 Asser/Maeijer, *Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\** 2009/448 met een verwijzing naar Assink (2007; diss.) en L. Timmerman, 'Grondslagen van geldend ondernemingsrecht (oratie)', *Ondernemingsrecht* 2009/2.

12 HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360, m.nt. Maeijer (*Staleman/Van de Ven*) en *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3 (MvT), p. 9.

13 HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21 (*Willemsen/NOM*), m.nt. Maeijer en Snijders, r.o. 5.3, waarbij de bestuurder aansprakelijk werd gesteld door een aandeelhouder/contractant en art. 2:9 BW van overeenkomstige toepassing was.

14 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3 (MvT), p. 9.

15 HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21 (*Willemsen/NOM*), m.nt. Maeijer & H.J. Snijders, r.o. 5.3.

16 Zie ook P.D. Olden, 'Bestuur en aansprakelijkheid: intuïtief door de grijze tussenzone', *Ondernemingsrecht* 2019/83.

17 Asser/Maeijer, *Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\** 2009/446.

maatstaf ex art. 2:9 lid 2 BW, zodat deze strengere toets niet zou moeten gelden voor de vraag of de taakvervulling (on)behoorlijk is.<sup>18</sup> Kroeze en Assink gaan in op de *business judgment rule* naar het recht van Delaware en de daarop geïnspireerde Duitse UMAG, die de bestuurder meer vrijheid geeft en de rechter dwingt tot een terughoudender toetsing.<sup>19</sup> Westenbroek zoekt aansluiting bij de norm voor de redelijk handelende beroepsbeoefenaar.<sup>20</sup> De kwalificatie 'ernstig verwijt' is geen feit dat bewezen kan worden, maar een normatief oordeel en heeft volgens hem verduidelijking.<sup>21</sup> Karapetian en Bleeker bepleiten de toepassing van de 'gewone aansprakelijkheidsregels' ex art. 6:162 BW zonder het vereiste van ernstige verwijtbaarheid als extra drempel voor externe bestuurdersaansprakelijkheid, omdat het argument om hiermee bange bestuurders te voorkomen, niet overtuigt.<sup>22</sup>

## 2.2 De ethiek in het ondernemingsrecht

De ethiek vormde voor verschillende richtinggevende beoefenaars van het huidige ondernemingsrecht, zoals (Paul) Scholten, Van der Grinten, Maeijer en Slagter een evident onderdeel van het recht.<sup>23</sup> Zij schreven lezenswaardige essays over de verhoudingen tussen moraal en het positieve recht, vaak in relatie tot hun geloofsovertuiging.<sup>24</sup> Hierbij zij opgemerkt dat voor Scholten en Van der Grinten de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen nog een irrelevant onderdeel van het ondernemingsrecht vormde.<sup>25</sup> Onder Maeijer kantelde dit beeld al enigszins.<sup>26</sup>

De ethiek kreeg in het ondernemingsrecht sinds de jaren negentig minder aandacht. Een oorzaak kan gelegen zijn in de ontzuiling, gecombineerd met de Angelsaksische drang naar rechtszekerheid en het laten prevaleren van

het aandeelhoudersbelang.<sup>27</sup> In de corporate governance codes van 28 oktober 1996 (Commissie-Peters) en 9 december 2003 (Commissie-Tabaksblat) lag de nadruk op het versterken van de (financiële) belangen van de aandeelhouders. In de proefschriften van Strik en Assink over onbehoorlijk bestuur wordt de ethiek niet nader uitgewerkt anders dan als (vaststaand) onderdeel van de fiduciaire plicht van de bestuurder.<sup>28</sup> Juristen met een meer rechtspositivistische insteek, zoals Westenbroek, Karapetian en Bleeker, pleiten voor duidelijkere normen dan de huidige ernstig-verwijtmaatstaf.<sup>29</sup> Timmerman en Hammerstein vragen zich in reactie daarop af of de norm van art. 2:9 BW vaag is en zo ja, of dat zo erg zou zijn.<sup>30</sup> Het ondernemingsrecht kent immers meer open normen, zoals de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW, het vennootschappelijk belang en wanbeleid in het enquêterecht.

In meer recente jaren is een duidelijke verschuiving waar te nemen in de (morele) eisen die overheden en de samenleving aan ondernemingen en hun bestuurders stellen. In internationale richtlijnen en initiatieven, zoals de Guiding Principles on business and human rights,<sup>31</sup> het VN United Nation Global Compact<sup>32</sup> en de EU-richtlijn omtrent verslaggeving van niet-financiële informatie<sup>33</sup> is steeds dezelfde boodschap voor bestuurders te lezen: neem verantwoordelijkheid voor de impact die uw onderneming heeft

18 Strik (2010; diss.), p. 26 e.v.

19 M.J. Kroeze, 'Bange bestuurders (oratie)', *Ondernemingsrecht* 2006/1, p. 4 e.v., Assink (2007; diss.), p. 75 e.v. en B.F. Assink, 'Enige beschouwingen over Duitse ontwerpwetgeving, de Amerikaanse 'business judgment rule' en ontwikkelingen in het Nederlandse vennootschapsrecht', *Ondernemingsrecht* 2005/131, p. 372-378.

20 W.A. Westenbroek, *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie* (diss.) (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 108), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 225 e.v.

21 Ibid., p. 301 e.v.

22 A. Karapetian, *Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad* (diss.), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 432, T.R. Bleeker, 'De angst voor bange bestuurders ontrafeld', *NJB* 2020/2300.

23 Zie noot 3.

24 In dit kader Maeijer, 'Interventie over de identiteit van katholieke rechtsgeleerden', in: *Verspreide geschriften van J.M.M. Maeijer* (2009), p. 543. Maeijer denkt dat de emancipatie van de katholieke jurist geslaagd is omdat hij vaak een definitief einde trachtte te maken aan het pure rechtspositivisme zonder daarbij zijn eigen levensbeschouwing of die van de kerk een overheersende positie toe te kennen.

25 Van der Grinten, 'De mythe van de aansprakelijkheid', in: *Verspreide geschriften van W.C.L. van der Grinten* (2004), p. 517 e.v.

26 Zie de vele heldere annotaties die Maeijer schreef onder toonaangevende arresten zoals Staleman/Van de Ven, Beklamel en Willemsen/NOM, waarnaar wordt verwezen in deze bijdrage en Kroeze (2005), *Bange bestuurders* (oratie), par. 6.1 e.v.

27 Voor een lezenswaardige uitzondering uit de jaren nul: J.J.A. Hamers, C.A. Schwartz & B.T.M. Steins Bisschop (red.), *Noodzaak, plicht of wenselijkheid van Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen: een multidisciplinaire verkenning*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005. MVO wordt door verschillende auteurs vanuit het ethisch perspectief als wenselijk en onontkoombaar geschetst. Eveneens interessant is het boek C.J.H. Jansen e.a., *16 Juristen en hun filosofische inspiratie*, Nijmegen: Ars Aequi 2004, waarin ook de (rechts)filosofie van Scholten wordt behandeld.

28 Strik (2010; diss.), p. 276 en Assink (2007; diss.), p. 42.

29 Westenbroek (2017; diss.), p. 511 e.v., Karapetian (2019; diss.), p. 39 e.v.

30 L. Timmerman, 'Ernstige verwijten over ernstig verwijt', *Ondernemingsrecht* 2019/45 en F. Hammerstein, 'Een persoonlijk ernstig verwijt', *Ondernemingsrecht* 2021/62 en de stevige reacties daarop van Westenbroek, Bleeker en Hammerstein (*Ondernemingsrecht* 2021/114, 115 en 116).

31 [https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf). De Verenigde Naties werken aan een bindend verdrag om het 'Ruggie-framework' uit 2011 voor transnationale ondernemingen een minder vrijblijvend karakter te geven.

32 Door middel van 10 principes over mensenrechten, arbeid, milieu en anti-corruptie stimuleert VN United Nation Global Compact bedrijven zich sterk te maken voor een betere wereld (<https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/participants>). Meer dan 250 Nederlandse bedrijven hebben zich hier thans aan gecommitteerd. Zie voor de Nederlandse variant: <https://www.mvonderland.nl>.

33 Richtlijn 2014/95/EU van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2014, waarbij het jaarverslag een geschikt middel is om op transparante wijze verantwoording af te leggen.

op haar omgeving.<sup>34</sup> De Europese Commissie werkt aan wetgeving voor grote ondernemingen om de nakoming van mensenrechten en milieuwetten in hun productieketen verplicht te onderzoeken.<sup>35</sup> Maar ook in Nederland is er veel beweging. Het eerste principe van de op 8 december 2016 gepubliceerde versie van de Corporate Governance Code gaat over de langetermijnwaardecreatie.<sup>36</sup> Het kabinet bereidt een wetsvoorstel voor een maatschappelijke BV voor, waarvoor de consultatie inmiddels is afgerond.<sup>37</sup> De rechtspraak drukt eveneens haar stempel. Na de Urgenda-zaak<sup>38</sup> is Shell door de rechtbank Den Haag in eerste aanleg veroordeeld om via het concernbeleid de CO<sub>2</sub>-uitstoot van de Shell-groep, de leveranciers en eindgebruikers uit hoofde van haar producten en activiteiten uiterlijk eind 2030 terug te brengen met netto 45% ten opzichte van het niveau van 2019.<sup>39</sup> De aandelenkoers van Shell toonde in de week volgend op de uitspraak geen opvallende koersdaling, zodat hiervan geen afschrikkend effect op haar aandeelhouders lijkt uit te gaan.<sup>40</sup> Thema's als duurzaamheid, *corporate & fiscal responsibility* en diversiteit winnen steeds meer terrein van (pure) winstoptimalisatie.<sup>41</sup>

34 Het tijdschrift *Ondernemingsrecht* wijdde een gehele editie aan duurzame governance, *Ondernemingsrecht* 2021/31-34 met bijdragen van Hijink, Garcia Nelen, De Jong, en Baks, Hijink & Rietveld. Oproepen voor een herziening van de economie (zie bijv. 'Jonge Economen willen balkenendenorm voor bedrijfsleven', *FD* 13 april 2021) en het toekennen van rechten aan het milieu (T. Middeldorp, 'Wat als een rivier rechten krijgt?', *De Correspondent* 7 mei 2016, J. van de Venis, T. Lambooy & A. Berkhuisen, 'De Waddenzee heeft ook rechten en die horen in de Grondwet te staan', *Trouw* 20 januari 2018 en J.P. Geelen, 'De roep klinkt steeds luider: 'Wil je de natuur echt beschermen, geef haar dan rechten'', *Volkskrant* 16 april 2021) krijgen steeds meer voedingsbodem. Vergelijk de kentering in de economie van de rechtlijnige school van Law & Economics naar de meer psychologisch gedreven *Behavioral Economics of Behavioral Finance*, en tevens J.B.S. Hijink, *Publicatieverplichtingen voor beursvennootschappen* (diss.) (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 74), Deventer: Kluwer 2010, p. 149 en p. 265 e.v. Enneking e.a. publiceerden eind 2015 een rechtsvergelijkend onderzoek naar de mogelijkheden van het ondernemingsrecht, het civiele aansprakelijkheidsrecht en het straf(proces)recht om maatschappelijk verantwoord ondernemen (MVO) te bevorderen, Enneking e.a., *Zorgplichten van Nederlandse ondernemingen inzake internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016.

35 <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20210122IPR96215/meps-hold-companies-accountable-for-harm-caused-to-people-and-planet>.

36 Principe 1.1 van de Nederlandse Corporate Governance Code (te vinden op <https://www.mccg.nl/>).

37 <https://www.internetconsultatie.nl/bvm>.

38 HR 20 december 2019, *NJ* 2020/41, m.nt. Spier.

39 Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, en in dezelfde week werd de Australische regering door de rechter verordonneerd om de belangen van de kinderen tegen de negatieve gevolgen van de klimaatcrisis beter te beschermen.

40 Wel kondigen steeds meer institutionele beleggers aan te stoppen met investeringen in fossiele brandstoffen: <https://nos.nl/artikel/2403152-grootste-pensioenfonds-abp-stopt-met-beleggen-in-olie-en-gasbedrijven>. Het bericht van Shell om (alleen) de uitstoot van haarzelf en haar toeleveranciers in 2030 te hebben gehalveerd leidde tot weinig enthousiasme: <https://www.nrc.nl/nieuws/2021/10/29/weinig-applaus-voor-klimaatstap-shell-a4063626>.

41 J.W. Winter e.a., 'Naar een zorgplicht voor bestuurders en commissarissen tot verantwoordelijke deelname aan het maatschappelijk verkeer', *Ondernemingsrecht* 2020/86, p. 471 e.v., waarover hierna meer in par. 4 van deze bijdrage.

Kan de ethiek handvatten geven om de open normen (on)behoorlijk bestuur en ernstige verwijtbaarheid nader in te vullen? In de in dit artikel aangehaalde wetsgeschiedenis, jurisprudentie en literatuur wordt stevast gezocht naar een werkbare balans tussen voldoende vrijheid voor de bestuurder en het maatschappelijk (rechts)verkeer dat tegen onbehoorlijk bestuur moet worden beschermd; wat zijn algemene beginselen van (on)behoorlijk bestuur? Om vast te stellen wat de redelijkheid en billijkheid eisen, moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, rechtsovertuigingen, maatschappelijke en persoonlijke belangen (art. 3:12 BW). In de ethiek wordt een antwoord gezocht op wat algemeen erkende rechtsbeginselen en -overtuigingen zijn. Paul Scholten acht het zoeken van de beginselen van het recht<sup>42</sup> het belangrijkste, intellectuele werk der rechtswetenschap.<sup>43</sup> Het beginsel moet in het positieve systeem, het geheel der rechtsordening, worden opgespoord. Dit is volgens Scholten tegelijkertijd volkomen irrationeel, omdat alleen dat als beginsel wordt erkend, hetgeen door de onderzoeker binnen zijn zedelijk bewustzijn wordt aanvaard.

De complexe vraag rijst welke objectieve, morele maatstaven voor (on)behoorlijk bestuur kunnen worden gevonden die door iedere bestuurder worden onderschreven. Ik leg mijn onderzoek naar (on)behoorlijk bestuur naast de categorische imperatief van Immanuel Kant. Vanzelfsprekend zijn er verschillende andere filosofen die voor het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht interessante theorieën hebben uitgewerkt.<sup>44</sup> Behalve dat die voer zijn voor vervolgonderzoek en het bestek van dit artikel te buiten gaan, heeft Kant met zijn categorische imperatief in zijn boek *Fundering voor de metafysica van de zeden*<sup>45</sup> een basis gelegd voor de beantwoording van de vraag welke morele maatstaven door iedereen worden onderschreven, die ook voor het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht relevant kunnen zijn. In de jurisprudentie en literatuur omtrent bestuurdersaansprakelijkheid wordt immers gezocht naar algemeen geldende, objectieve maatstaven voor (on)behoorlijk bestuur, te hanteren door bestuurders én rechters.

### 3. Kant & de categorische imperatief

Kant maakte als eerste in de wijsbegeerte een onderscheid tussen recht en zedelijkheid.<sup>46</sup> Hij abstraherde met zijn

42 Een beginsel is volgens Scholten een uitspraak die voor ons – dus mensen van een bepaalde tijd in een bepaald land levend in een bepaald rechtssysteem – onmiddellijk evident is.

43 P. Scholten, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Algemeen Deel*, Zwolle 1931, p. 87 e.v.

44 Zie in dit kader de door Gabriel genoemde filosofen in zijn pleidooi voor universele waarden, M. Gabriel, *Morele vooruitgang in duistere tijden: universele waarden voor de 21ste eeuw*, Amsterdam: Boom 2021.

45 I. Kant, *Fundering voor de metafysica van de zeden* (Inleiding, vertaling en annotaties: T. Mertens), Amsterdam: Boom 2008, oorspronkelijk verschenen in 1785 onder de titel *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Riga: Hartknoch.

46 Scholten, in: *Verzamelde geschriften van wijlen Prof. Mr. Paul Scholten* (1949), p. 282.

deontologische, metafysische filosofie<sup>47</sup> het resultaat van handeling van de gezindheid van de persoon die handelt. Hij bracht daarbij het empirisme en het rationalisme samen en achtte zowel de ervaring als de rede noodzakelijk voor de menselijke kennis.<sup>48</sup> De gulden regel – ‘Wat gij niet wilt dat u geschiedt, doet dat ook een ander niet’ – geldt als vertrekpunt voor de ethiek van vele filosofieën en religies. In *Fundering voor de metafysica van de zeden* objectiveert Kant de gulden regel en schetst hij een leidraad voor moreel handelen: ‘Het is geheel en al onmogelijk om in de wereld en zelfs daarbuiten iets te bedenken wat zonder restrictie voor goed gehouden kan worden, behalve de goede wil.’<sup>49</sup> Eigenschappen van de mens als verstand, geestigheid, oordeelsvermogen, moed, vastbeslotenheid en volharding kunnen volgens Kant goed en wenselijk zijn, maar ook uiterst kwaadaardig en schadelijk als de goede wil ontbreekt.<sup>50</sup> De goede wil en daarmee het moreel goede wordt hierbij niet enkel gevormd door de gezindheid van het subject, maar juist getoetst aan objectieve, algemene (natuur)wetten. De goede wil dient voor alle morele wezens als algemene wet te aanvaarden te zijn.

### 3.1 De universele regel

Kant geeft op verschillende wijzen invulling aan dit principe, maar formuleert de volgende universele regel: ‘handel alleen volgens die maxime waarvan u tegelijkertijd kunt willen dat zij een algemene wet wordt’.<sup>51</sup> Kant verwoordt eerst een *maxime* – het subjectieve principe van het willen;<sup>52</sup> de stelregel van het subject – die kan eindigen als categorische imperatief, tenzij deze niet als algemene, objectieve wet kan bestaan. De categorische imperatief is niet gericht op een bepaald doel (hypothetische imperatief), zoals geluk of welvaart, maar op ‘de vorm en het principe waaruit zij zelf voortkomt en het wezenlijk goede ervan bestaat in de gezindheid, wat ook het resultaat moge zijn’.<sup>53</sup>

Wat maakt een maxime nu een categorische imperatief? Kant behandelt in *Fundering voor de metafysica van de zeden* nog andere formuleringen voor de categorische imperatief, maar deze vormen steeds een afgeleide van de bo-

vengenoemde universele regel.<sup>54</sup> De algemene imperatief zou volgens Kant ook kunnen luiden: ‘handel zo alsof de maxime van uw handeling door uw wil tot algemene natuurwet moest worden’.<sup>55</sup> Bij bepaalde handelingen kan men niet willen dat deze een natuurwet worden, omdat de wil zichzelf dan zou tegenspreken<sup>56</sup> (de contradictie in de wil). Iemand misleiden om daar zelf beter van te worden, kan niet als categorische imperatief gelden, omdat de dader zelf ook niet zou willen worden misleid.<sup>57</sup> Van andere handelingen is hun maxime intrinsiek tegenstrijdig (de logische contradictie,<sup>58</sup> zoals de vierkante cirkel). De mens dient voorts zo te handelen dat het mens-zijn, zowel het eigen als dat van ieder ander, altijd als doel en nooit louter als middel gebruikt wordt.<sup>59</sup> Tot slot moet de wil van elk redelijk wezen als een algemeen wetgevende wil kunnen gelden.<sup>60</sup> ‘Het redelijk wezen moet zichzelf altijd als wetgever in een rijk van de doelen dat door vrijheid van de wil mogelijk is, beschouwen, hetzij als lid hetzij als hoofd.’<sup>61</sup> Met andere woorden; ga er steeds van uit dat je zowel wetgever als onderwerp van de wetgeving in een ideale samenleving bent. Een maxime in strijd met deze uitgangspunten kan niet kwalificeren als categorische imperatief.

Noch in *Fundering voor de metafysica van de zeden* noch in de *Kritiek van de praktische rede*<sup>62</sup> besteedt Kant veel aandacht aan wat een moreel goede samenleving zou zijn. Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat Kants ethiek zich richt op de innerlijke gezindheid van de mens. Niets is minder waar.<sup>63</sup> In zijn ethiek is vrijheid een kernbegrip. Vrijheid betekent echter niet dat men kan doen wat goed uitkomt. De universele regel bevat een geobjectiveerde wederkerigheid. Vrijheid ontstaat juist als men gebonden is aan regels die ieders vrijheid borgen; elke deelnemer van de maatschappij moet op gelijke wijze een deel van zijn handelingsvrijheid inleveren.<sup>64</sup> De ethiek gaat wel verder dan het positieve recht. Volgens Kant bestaat er een belangrijk verschil tussen legaliteit en moraliteit.<sup>65</sup>

47 Δέον: plicht of hetgeen behoort, λόγος: rede of leer, μετα: na of voorbij en φυσικός: fysica als in de empirisch waarneembare werkelijkheid.

48 Kant beantwoordde in zijn werk vier vragen. 1) Wat kan ik weten? In zijn transcendentale analyse gaat Kant in op de grens van wat we kunnen weten en kennen; *sapere aude* (durf te denken). 2) Wat moet ik doen? Autonomie ontstaat niet door ons te laten leiden door begeertes of eigen geluk, T. Mertens, *Kritische filosofie en politiek, Immanuel Kant over oorlog en vrede* (diss.), Nijmegen: Gerard Noodt Instituut 1990, p. 8 e.v. 3) Wat mag ik hopen? Volgens Kant mag de mens hopen dat in de rede de zin van het menselijk willen en handelen kan worden gevonden. 4) Wat is de mens? De mens onderscheidt zich van het dier doordat hij zijn karakter, de mate van kennisverwerving en het toestaan van verlangens kan beïnvloeden.

49 *Fundering voor de metafysica van de zeden*, 393 (opening).

50 *Ibid.*, 393.

51 *Ibid.*, 421.

52 *Ibid.*, voetnoot Kant bij 400.

53 *Ibid.*, 416.

54 *Ibid.*, 436-437 en Mertens in zijn noot 52 met verwijzingen naar Reich en Patons.

55 *Ibid.*, 421.

56 *Ibid.*, 424.

57 Verschillende filosofen hebben de contradicties nader geduïd. Zie bijvoorbeeld C.M. Korsgaard, *Creating the Kingdom of Ends* (1996), p. 77 e.v., p. 96 e.v. en *Self-Constitution: Agency, Identity, and Integrity*, Oxford 2009, p. 153 e.v. en P. Kleingeld, ‘Contradiction and Kant’s Formula of Universal Law’, *The Philosophical Quarterly*, Volume 69, Issue 274, januari 2019, p. 64-81.

58 *Ibid.*, 424. Kleingeld zet uiteen hoe het gebruik van de verkeerde contradictie bij het ontrafelen van een maxime tot een andere uitkomst kan leiden, Kleingeld (2019), p. 65 e.v.

59 *Ibid.*, 429.

60 *Ibid.*, 434.

61 *Ibid.*, 434.

62 I. Kant, *Kritiek van de praktische rede*, Ten geleide, vertaling & annotaties: J. Veenbaas & W. Visser, Boom 2006 oorspronkelijk verschenen in 1788 onder de titel *Kritik der praktischen Vernunft*.

63 Mertens in zijn inleiding bij *Fundering voor de metafysica van de zeden*, p. 25.

64 *Ibid.*, 26.

65 *Ibid.*, p. 27.

Kants moraal staat op zich, al bestaat er samenhang met het recht.<sup>66</sup>

### 3.2 Vier voorbeelden

In regels 422 en 423 van *Fundering voor de metafysica van de zeden* somt Kant een aantal volmaakte en onvolmaakte plichten jegens zichzelf en anderen op. Met deze voorbeelden geeft Kant een praktische invulling van zijn conceptuele, niet altijd eenvoudig te doorgronden theoretisch kader van de categorische imperatief. In het eerste voorbeeld behandelt Kant de maxime waarbij een persoon zich van het leven zou mogen beroven omdat hij levensmoe is. Onbehagen is juist bevorderlijk voor het leven. Een zelf verkozen dood op basis van eigenliefde die zowel het leven moet bevorderen als destructief kan zijn, acht Kant in strijd met een natuurwet.<sup>67</sup> Kan de maxime van een persoon, die zijn eigen talenten verkwanselt, als algemene wet gelden? Neen, stelt Kant in zijn derde voorbeeld.<sup>68</sup> Een redelijk wezen moet willen dat alle vermogens worden ontwikkeld, omdat zij hem kunnen dienen voor allerlei (toekomstige) bedoelingen. Zou het uitgangspunt om anderen in nood pertinent hulp te weigeren en alleen voor het eigen gewin te gaan, als categorische imperatief kunnen gelden? Kant meent in zijn vierde voorbeeld van niet.<sup>69</sup> Deze maxime vormt een contradictie van de wil: de persoon in kwestie zou immers ook liefde en sympathie van anderen willen ontvangen als hij die nodig heeft. Het tweede voorbeeld citeer ik in zijn geheel, omdat het een samenvatting lijkt van het Beklamel-arrest.<sup>70</sup>

“Een ander ziet zich door nood gedwongen geld te lenen. Hij weet wel dat hij niet zal kunnen terugbetalen, maar realiseert zich ook dat hem niets geleend zal worden zonder zijn vaste belofte het op een bepaalde tijd terug te betalen. Hij heeft zin zo'n belofte te doen. Maar hij is nog zo gewetensvol zich af te vragen: is het niet ongeoorloofd en strijdig met de plicht zich op een dergelijke manier uit de nood te helpen? Stel dat hij er toch toe besloot, dan zou zijn maxime van de handeling als volgt luiden: wanneer ik meen in geldnood te verkeren, dan zal ik geld lenen en beloven het terug te betalen, hoewel ik weet dat dat nooit zal gebeuren. Dit principe van de eigenliefde of van het eigen nut is wellicht goed te verenigen met heel mijn toekomstig welbevinden, maar nu is de vraag of het terecht is. De aanspraak van de eigenliefde verander ik dus in een algemene wet en stel de vraag als volgt: hoe zou het er dan mee staan wanneer mijn maxime een algemene wet werd? Dan zie ik meteen dat zij nooit als een algemene natuurwet zou kunnen gelden en met zichzelf zou kunnen overeenstemmen, maar dat zij zich noodzakelijk zou moe-

ten tegenspreken. Want de algemeenheid van een wet op grond waarvan eenieder die meent in nood te verkeren, kan beloven wat hem invalt met de opzet deze belofte niet te houden, zou het beloven en het doel dat men ermee kan beogen, zelf onmogelijk maken. Niemand zou immers nog geloven dat hem iets beloofd was, maar zou lachen om elke dergelijke uitlating als een loze bewering.”<sup>71</sup>

De nakoming van (contractuele) verplichtingen in combinatie met het gebod om de mens altijd als doel en niet als middel te beschouwen, vormt voor Kant het fundament van een rechtvaardige samenleving.<sup>72</sup> Dit tweede voorbeeld van Kant gaat uit van het algemene principe van verborgen gebreken dat teruggaat tot Cicero.<sup>73</sup> Ik meen echter dat de relevantie subtieler is. Het is niet voor niets dat de Hoge Raad meer dan 200 jaar na *Fundering voor de metafysica van de zeden* in een standaardarrest Kant volgt (zie hierna par. 4).

### 3.3 Kant vertaald naar de hedendaagse bestuurder

In deze bijdrage behandel ik normen van (on)behoorlijk bestuur uit Boek 2 BW. Het spreekt voor zich dat Kant zijn universele regel niet heeft geschreven voor de bestuurder van een Nederlandse rechtspersoon.<sup>74</sup> De morele standaarden van Kant zijn geschreven voor de redelijke mens en niet zozeer voor een bestuurder. Een bestuurder is anno 2022 nog steeds een mens, al dan niet indirect via een vennootschap. Gebruik van een rechtspersoon als bestuurder kan de aansprakelijkheid van een natuurlijk persoon bovendien niet in de weg staan (art. 2:11 BW). Een bestuurder kan daarom leren van en handelen volgens de theorieën van Kant, al zullen interpretatie en nuance nodig zijn.<sup>75</sup> Nu een door een rechtspersoon gehouden onderneming (nog steeds) in grote mate is gebaseerd op interactie van natuurlijke personen, en aangezien natuurlijke

66 Scholten, in: *Verzamelde geschriften van wijlen Prof. Mr. Paul Scholten*, p. 282.

67 *Fundering voor de metafysica van de zeden*, 422.

68 *Ibid.*, 423.

69 *Ibid.*, 423.

70 HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 286, m.nt. Maeijer (*Beklamel*).

71 *Ibid.*, 422.

72 Mertens in zijn inleiding bij *Fundering voor de metafysica van de zeden*, p. 25.

73 Verhoeven schrijft over de historische achtergrond van het principe van verborgen gebreken in J.J. Verhoeven, 'Het gelijk van de curulische aedilen', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* (2006), p. 21. De *curulische aedilen* waren magistraten die toezicht hielden op de slavenhandel. De slavenhandelaren waren volgens Verhoeven de autoverkopers van de oudheid. Indien zij ziekten of fysieke beperkingen van tot slaaf gemaakten niet openbaarden, konden zij aansprakelijk worden gesteld.

74 De Aktiengesellschaft (1807) en de GmbH (1892) zijn in Duitsland pas na de dood van Kant geïntroduceerd. Het huidige Duitsland is ook na de dood van Kant gevormd en de eerste AG uit Genua gaat zelfs terug tot 1407.

75 Norman E. Bowie heeft in zijn *Review of Business Ethics* een praktische vertaalslag gemaakt van Kants ethiek voor bestuurders en managers van ondernemingen: N.E. Bowie, *Review of Business Ethics: A Kantian Perspective*, 2nd edition, Cambridge: Cambridge University Press 2017. Zie vooral p. 10-22 voor de vraag waarom zijn theorieën al dan niet relevant zou kunnen zijn voor ondernemers. Zie tevens de korte, maar interessante bijdrage van Kattenberg: P.A.P.E. Kattenberg, 'Een heel paard half: Immanuel Kant en corporate story', in: Hamers e.a., *Noodzaak, plicht of wenselijkheid van Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen* (2005), p. 13-17.

personen morele wezens zijn,<sup>76</sup> wordt een onderneming eveneens gedreven door moraal.<sup>77</sup> Mocht in de toekomst *artificial intelligence* de menselijke bestuurder kunnen helpen of zelfs vervangen, dan zou de universele regel van Kant de thans bekende nadelen van *artificial intelligence* (zoals vooringenomenheid en discriminatie) wellicht kunnen wegnemen.<sup>78</sup> Hoe interessant ook, valt het laatste buiten het bestek van dit artikel.

### 3.4 Kritiek op Kant en de Hoge Raad

Kant bracht een revolutie teweeg in de ethiek, maar er is veel (terechte) kritiek op zijn theorieën, naast de inhoudelijke kritiek van bijvoorbeeld Hegel en Nietzsche.<sup>79</sup> Zowel de anti-slavernij- als de vrouwenbeweging baseerde zich op Kant als voorvechter van vrijheid en gelijkheid, maar Kant hield er racistische en seksistische ideeën op na.<sup>80</sup> In zijn latere werk uitte Kant kritiek op het Europese kolonialisme en de slavernij,<sup>81</sup> maar zijn visie op de subordinatie van de vrouw liet hij nooit los.<sup>82</sup> Uit het door Kleingeld aangehaalde Aletta Jacobs-arrest van de Hoge Raad – zijn jurisprudentie speelt voor dit artikel een belangrijke rol – volgt dat de Hoge Raad ook een ontwikkeling heeft doorgevoerd. Jacobs werd nog in 1883 door de Hoge Raad het kiesrecht ontzegd omdat de wetgever met ‘Nederlander’ niet kon hebben bedoeld het stemrecht aan ‘Nederlandsche vrouwen’ toe te kennen.<sup>83</sup> Een ander typerend voorbeeld is de reactie van de Hoge Raad op de Ariërv

klaring.<sup>84</sup> Die verklaring is in 1940 door de meerderheid van de leden getekend, waarmee het noodlot van de Joodse president mr. Lodewijk Visser is bezegeld. Pas in 1988 verklaarde de toenmalige president van de Hoge Raad mr. Ras in een openhartig interview: ‘Men heeft daarover vergaderd en men heeft gemeend die verklaring wel te moeten tekenen, omdat dat niet in strijd was met het volkenrecht. De redenering is ook typisch: een juridische redenering in een tijd waarin alle juridische categorieën eigenlijk van onderschikte betekenis waren.’ In het vervolg van deze bijdrage leg ik vanzelfsprekend de verbinding tussen de categorische imperatief en de verantwoordelijkheid of aansprakelijkheid van iedere bestuurder (van welk geslacht of achtergrond ook).

## 4. Kant en (on)behoorlijk bestuur

### 4.1 Onbehoorlijk bestuur; een historisch kader

De relevante regels voor het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht (waaronder art. 2:9 BW) kennen hun oorsprong in art. 45, 47 en 47c WvK (oud) dat gold voor de naamloze vennootschap en mede is geïnspireerd door art. 31 Wet op de Coöperatieve Vereenigingen:<sup>85</sup>

“De bestuurders zijn niet verder verantwoordelijk, dan ter zake van de behoorlijke uitvoering van den aan hen opgedragen last, zij zijn uit kracht der verbindtenissen van de vennootschap aan derden niet persoonlijk verbonden.”<sup>86</sup>

In zijn commentaar uit 1863 – slechts 59 jaar na het overlijden van Kant – noemde Kist drie voorbeelden waarin de bestuurder wel aansprakelijk is voor door derden geleden schade, namelijk (1) indien de bestuurders de statuten overtreden (bijvoorbeeld bij doeloverschrijding), (2) wanneer zij handelen namens de vennootschap vóór de bekendmaking van de oprichtingsakte en (3) wanneer zij namens de vennootschap handelen, terwijl zij weten of moeten weten dat het kapitaal van de vennootschap een verlies van 75%<sup>87</sup> had ondergaan.<sup>88</sup> In 1929 schrijft Visser in zijn commentaar op art. 47c lid 1 WvK:

“Die behoorlijke taakvervulling brengt niet mede, dat hij in te staan heeft voor de voordeligen afloop der door hem namens de vennootschap aangegane transacties,

76 Dit betekent overigens niet dat mensen van nature goed zijn, maar dat zij anderen vanuit morele optiek (kunnen) benaderen, Mertens in zijn inleiding bij *Fundering voor de metafysica van de zeden*, p. 11.

77 Bowie (2017), p. 82 e.v.

78 In dit verband wordt verwezen naar J.B.S. Hijink, ‘Robots in de boardroom’, *Ondernemingsrecht* 2019/3, p. 10-17.

79 Zie P. Kleingeld, ‘Contradiction and Kant’s Formula of Universal Law’, *The Philosophical Quarterly*, Volume 69, Issue 274, januari 2019, p. 64-81, met een bloemlezing van de verschillende lezingen en weerlegging van de kritiek van onder andere Hegel, Korsgaard en O’Neill. Voor een analyse van de kritieken (ofwel reacties) van Hegel, Schmitt, Habermas en Rawls op Kants pleidooi voor wereldvrede, zie de inleiding van Mertens in I. Kant, *Naar de eeuwige vrede*, inleiding T. Mertens, vertaling T. Mertens & E. van Elden, in de serie: Kleine Klassieken (2012), oorspronkelijk verschenen in 1795 onder de titel *Zum ewigen Frieden*.

80 Zie bijvoorbeeld in I. Kant, *Opmerkingen over het gevoel van het schone en het verhevene*, vertaling: I. Kamphof, Uitgeverij Damon Vof, 2006, oorspronkelijk verschenen in 1764 onder de titel *Beobachtungen über das Gefühl des Schönen und Erhabenen*.

81 Kant, *Naar de eeuwige vrede* (1795).

82 Kleingeld heeft hierover lezenswaardige artikelen geschreven (P. Kleingeld, ‘On Dealing with Kant’s Sexism and Racism’, in: *SGIR Review* 2019, 2, 2, p. 3-22 en P. Kleingeld, ‘Kant’s Second Thoughts on Colonialism’, in: K. Flikschuh & L. Ypi (red.), *Kant and Colonialism: Historical and Critical Perspectives*, Oxford University Press 2014, p. 43-67). Met Kleingeld meen ik dat de visie van Kant op seksuele en raciale verschillen steeds moet worden onderzocht, de onuitgesproken aannames van Kant zoveel mogelijk moeten worden onthuld en de invloed hiervan op zijn theorieën moet worden gereconstrueerd. Van een heel ander kaliber, maar in 1984 zijn de gedachten van Van der Grinten over de positie van de (werkende) vrouw reeds gedateerd, ‘Discriminatie en burgerlijk recht’, in: *Verspreide geschriften van W.C.L. van der Grinten* (2004), p. 123 e.v.

83 HR zitting van 18 mei 1883, *Weekblad van het Regt* 7 augustus 1883, nr. 4917, te vinden op de website van de Universiteit Maastricht, zie: <https://weekblad.archive.library.maastrichtuniversity.nl/Bladeren?DocumentID=18830807>.

84 R. Van Iperen, ‘Rechtvaardigheid is veel meer dan wat er in onze wetboeken staat’, *Vrij Nederland* 14 april 2021.

85 D.A.M.H.W. Strik, ‘Ernstige verwijtbaarheid: tussen onrechtmatigheid en toerekenbaarheid. Over de ‘inkleuring’ van art. 6:162 BW door art. 2:9 BW’, *Ondernemingsrecht* 2009/156.

86 J.G. Kist, *Beginselen van Handelsrecht volgens de Nederlandsche Wet* (Derde Deel), ‘s-Gravenhage: Boekh. v. Gebr. Belinfante 1863, p. 195.

87 In een latere versie van art. 47 WvK is dit percentage verlaagd naar 50% en moest van een dergelijk verlies aankondiging worden gedaan in een daartoe ter griffie van de arrondissementrechtbank aan te leggen register en in een “officieel” dagblad, J.G. Kist & L.E. Visser, *Beginselen van Handelsrecht volgens de Nederlandsche Wet* (Derde Deel), ‘s-Gravenhage: Boekh. v. Gebr. Belinfante 1914, p. 479.

88 Kist (1863), p. 195 en 196.

maar betekent alleen, dat hij zijn taak heeft te verrichten volgens redelijke eisen van inzicht, zorgvuldigheid en toewijding, dat hij bij de vervulling daarvan handelt, zoals men in de gegeven omstandigheden van een goed bestuurder mag verwachten.”<sup>89</sup>

Het streven naar behoorlijk bestuur heeft kenmerken van de universele regel. De redelijke eisen van inzicht, zorgvuldigheid en toewijding vergen dat een bestuurder op basis van zijn ervaring en de rede tot juiste besluitvorming dient te komen. De toepassing van de morele wet kan ook niet plaatsvinden zonder de empirische kennis van het onderwerp dat voorligt.<sup>90</sup>

Het commentaar van Visser op art. 36g WvK toont bovendien gelijkenissen met de door Kant geïnitieerde combinatie van het rationalisme en het empirisme. Net als Kant voorstelt, moet het resultaat van de (rechts)handeling (*voordeligen afloop*) geabstraheerd worden van de (goede) wil van de bestuurder die de handeling namens de vennootschap verricht. In de woorden van Kant: ‘Het is ons niet te doen om redenen aan te nemen voor hetgeen gebeurt, maar wetten voor hetgeen behoort te gebeuren.’<sup>91</sup> Die goede wil wordt ingegeven door ‘objectief praktische wetten’. De redelijke eisen van inzicht, zorgvuldigheid en toewijding, maar met name het meer objectieve *maatman-criterium* van een goed bestuurder (*zoals men van een goed bestuurder in de gegeven omstandigheden mag verwachten*), zijn daarbij volgens de wetgever bepalend. Bowie beargumenteert dat het uitgangspunt van ‘*Good ethics is good business*’ in lijn is met het uitgangspunt van Kant dat moreel handelen om de juiste redenen moet gebeuren, namelijk omdat moreel handelen in de kern juist en noodzakelijk is (en niet omdat hierdoor goede resultaten worden geboekt).<sup>92</sup> Zo moet een winkelier volgens Kant zijn onervaren klant niet afzetten, maar als prudente koopman een vastgestelde prijs voor iedereen hanteren.<sup>93</sup> Goed ondernemingsbestuur veronderstelt eveneens integriteit en transparantie.<sup>94</sup> Moreel leiderschap kan als onmisbare tegenkracht tegen de corrumperende werking van macht worden beschouwd.<sup>95</sup>

Visser noemt in zijn commentaar voorts een ‘drempel’ voor bestuurdersaansprakelijkheid (vergelijk het Willemssen/NOM-arrest). Niet elke aansprakelijkheid van de

vennootschap leidt automatisch tot aansprakelijkheid van de bestuurder:

“Niet in alle gevallen, waarin de vennootschap uit hoofde van onrechtmatige daad kan worden aangesproken, zal de bestuurder mede verbonden moeten zijn. (...) De grenslijn zal aldus moeten worden getrokken, dat de bestuurder naast de vennootschap persoonlijk aansprakelijk is, zodra zijn handeling in strijd is geweest met eigen, persoonlijke rechtsplichten, hij zich aan kwade trouw of onachtzaamheid heeft schuldig gemaakt. (...)”<sup>96</sup>

Een bestuurder heeft dus een zekere mate van beoordelingsvrijheid, maar die kent grenzen. In lijn met Kant ontstaat echte vrijheid juist als we gebonden zijn aan regels. Kant stelt dat immoreel handelen irrationeel is.<sup>97</sup> Een vennootschap met een immoreel handelend bestuurder zou dan uiteindelijk aan het kortste eind moeten trekken. Bowie geeft als voorbeeld de Russische beursgenoteerde bedrijven van na de val van de Sovjet Unie.<sup>98</sup> Zij hadden een slechte naam op het gebied van accurate financiële verslaggeving. Toen de eerste bedrijven transparanter werden en juiste cijfers leverden, werden buitenlandse investeerders aangetrokken met een hogere beurswaarde voor de Russische bedrijven tot gevolg. Hierop volgden andere bedrijven. Bovendien blijkt omkoping puur economisch gezien inefficiënt en verhoogt zij de kosten van een bedrijf.<sup>99</sup> Het ‘te kwader trouw’-element van art. 47c lid 1 WvK is in strijd met de contradictie van de wil. De bestuurder zou zelf ook niet willen dat hij overeenkomstig (want: slecht) wordt behandeld.

Om te bepalen wat onbehoorlijk bestuur omvat, is de wetgeschiedenis van art. 2:138/248 BW relevant. De wetgever heeft immers aansluiting gezocht bij art. 2:9 BW (toen nog art. 2:8 BW):<sup>100</sup>

“Getoetst moet worden of de desbetreffende bestuurs-handelingen (of nalatigheden) op dat moment als on-

89 J.G. Kist & D.L.E. Visser, *Beginselen van handelsrecht volgens de Nederlandsche Wet. De Naamlooze vennootschap volgens de wet van 2 juli 1928*, Stb. No 216 (Supplement op Deel III), 's-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1929, p. 236.

90 Bowie (2017), p. 3 met verwijzing naar B. Herman, *The Practice of Moral Judgment*, Cambridge, MA: Harvard University Press 1993, p. 232.

91 *Fundering voor de metafysica van de zeden*, 427.

92 Bowie (2017), p. 3 e.v., 130 e.v.

93 *Fundering voor de metafysica van de zeden*, 397.

94 Kattenberg (2005), p. 15.

95 A. Brenninkmeijer, *Moreel leiderschap*, Amsterdam: Prometheus 2019, p. 15.

96 Visser in zijn commentaar op art. 47c lid 1 WvK in J.G. Kist & D.L.E. Visser, *Beginselen van handelsrecht volgens de Nederlandsche Wet. De Naamlooze vennootschap volgens de wet van 2 juli 1928*, Stb. No 216 (Supplement op Deel III), 's-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1929, p. 247 en 248.

97 Bowie (2017), p. 8 e.v., p. 82 e.v.

98 *Ibid.*, p. 13.

99 *Ibid.*, p. 172 e.v. en P. Vaaler & N.E. Bowie, ‘Transaction Cost Economics, Knowledge Transfer and Universal Business Norms in Multinational Enterprises’, *International Journal of Strategic Change Management*, 2 (2010): 269-297.

100 *Kamerstukken II 1980/81*, 16 631, nr. 3 (MVT), p. 3. De wetgeschiedenis van het toenmalige art. 2:8 BW – toen de bestuurdersaansprakelijkheid in het algemene gedeelte van het ‘nieuwe’ boek 2 BW werd opgenomen – biedt weinig inzicht over (on)behoorlijk bestuur, C.J. Van Zeven, W.G. Belinfante & O.W. van Ewijk, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 2. Algemene Bepalingen*, Deventer-Antwerpen: Kluwer 1962, p. 138 en 541. Wel interessant zijn de passages over de verdeling van de aansprakelijkheid bij een meerhoofdig bestuur. Zie p. 628 voor de voorloper van art. 2:138 BW, waarbij ‘grove schuld’ en ‘grove nalatigheid’ nog de drempels waren.



behoorlijk moeten worden beschouwd. Bij de benadering van deze vraag moet de rechter uiteraard steeds rekening houden met alle feiten en omstandigheden van het geval en tot een redelijk en billijk oordeel komen. Van de rechter kan evenwel niet worden gevraagd dat hij op de stoel van de ondernemer plaats neemt. Daarnaast moet worden bedacht dat de grens tussen onbehoorlijk bestuur en bestuur dat weliswaar nadelig voor de vennootschap en haar schuldeisers is uitgekapt, doch dat niet als onbehoorlijk bestuur mag worden aangemerkt, niet steeds even gemakkelijk is te trekken. Er is dus als het ware een «grijze zone». De erkenning van dit feit mag er evenwel niet toe leiden dat de toetsing vervlakt en dat alleen in gevallen van uitzonderlijk onbehoorlijk bestuur aansprakelijkheid van de bestuurders wordt aangenomen.”<sup>101</sup>

Hier lijkt zich een discrepantie voor te doen tussen de universele regel van Kant en de ondergrens van behoorlijk bestuur. Immers, om als categorische imperatief te kunnen kwalificeren moet het handelen van een redelijk handelend persoon als algemene wet kunnen gelden. In beginsel zou dit handelen dus boven alle twijfel verheven moeten zijn, al wordt het absolute karakter van de universele regel genuanceerd (zie ook hierna over de omstandigheden van het geval). De grens tussen behoorlijk en onbehoorlijk bestuur blijkt in ieder geval niet absoluut te zijn; er is volgens de wetgever sprake van een grijze zone. Het ‘bereik’ van de categorische imperatief gaat samen met de bovengrens van behoorlijk bestuur, maar lijkt dus niet synchroon te lopen met de ondergrens van behoorlijk bestuur: het schemergebied waar behoorlijk bestuur overgaat in onbehoorlijk bestuur. In de memorie van antwoord wordt erop gewezen dat de term ‘kennelijk onbehoorlijke taakvervulling’ (aldus vergelijkbaar met het begrip ‘onbehoorlijk bestuur’ van art. 2:9 BW) een minder strenge toetssteen vormt dan de begrippen ‘grove schuld’ en ‘grove nalatigheid’.<sup>102</sup> De drempel voor onbehoorlijk bestuur is zodoende verlaagd voor behoorlijk bestuur en meer opgeschoven richting de universele regel.

#### 4.2 Kant en de omstandigheden van het geval

Als relevante omstandigheden van het geval voor het oordeel ‘ernstig verwijt’ noemt de Hoge Raad in zijn standaardarrest Staleman/Van de Ven de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten, de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico’s, de taakverdeling binnen het bestuur, alsmede het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die

is berekend voor zijn taak welke hij nauwgezet vervult.<sup>103</sup> Mede op basis van zijn essay *Over het vermeende recht om uit menslievendheid te liegen*<sup>104</sup> wordt beweerd dat de stelregels van Kant absoluut zijn. In dat artikel beargumenteert Kant dat je nooit mag liegen, zelfs niet in levensbedreigende situaties. Solomon legt in reactie hierop echter uit waarom juist liegen in de filosofie tot belangrijke zonde wordt bestempeld. Want wat zou filosofen onderscheiden van dichters en verhalenvertellers als ze niet de waarheid verkondigen?<sup>105</sup> Gabriel nuanceert dit beeld voorts met het voorbeeld van een politieagent in dienst van een onrechtvaardige staat, die aanbelt in een zoektocht naar een vervolgte familie.<sup>106</sup> Mag degene die opendoet en de familie herbergt, vanuit ethisch perspectief antwoorden met een leugen dat de familie hier niet woont? Het antwoord luidt neen. Maar de vraag of de familie bescherming behoeft tegen de onrechtvaardige staat moet ondubbelzinnig met ‘ja’ worden beantwoord. Hier ontstaat aldus een ethisch dilemma, waarbij het doel van de politieagent niet mag worden gerealiseerd, omdat het kwaadaardig is. Gabriel betoogt dat er in casu geen sprake is van een leugen, omdat met het achterhouden van de waarheid geen voordeel wordt behaald ten koste van een ander met een gerechtvaardigd belang. In het verlengde van dit voorbeeld zijn er verschillende schrijvers die hebben beargumenteerd dat Kants universele regel niet absoluut is en dat hij wel degelijk oog had voor context en specifieke relaties; en dus de omstandigheden van het geval.<sup>107</sup> In de regel zijn er meerdere stelregels (*maximes*) op eenzelfde situatie van toepassing die de test van de categorische imperatief kunnen doorstaan. Op dat moment zou de bestuurder vrij zijn in zijn keuze; de context speelt dan dus wel een rol in de ethiek van Kant.<sup>108</sup>

#### 4.3 Onbehoorlijk bestuur volgens Kant

Wat zou volgens Kant kwalificeren als onbehoorlijk bestuur? Op basis van de universele regel en de contradictie van de wil valt in ieder geval te denken aan diefstal, misleiding waaronder misleidende jaarcijfers of een prospectus, oneerlijke mededinging en kartelvorming, bewuste

<sup>101</sup> Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 3 (MvA), p. 4.

<sup>102</sup> Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 21.

<sup>103</sup> HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360, m.nt. Maeijer (*Staleman/Van de Ven*), r.o. 3.3.1. De in acht te nemen relevante omstandigheden doen denken aan de *original position*, ofwel de sluier van onwetendheid, van de door Kant geïnspireerde Rawls. Rawls beargumenteert dat indien men een samenleving mag ontwerpen terwijl men onwetend is over zijn (toekomstige) maatschappelijke positie, de samenleving rechtvaardig en gelijkwaardig zal zijn. Een bestuurder wordt beoordeeld door een rechter, terwijl er rekening mee wordt gehouden in welke positie eerstgenoemde verkeert, J.B. Rawls, *Een theorie van rechtvaardigheid*, vertaald door F. Bestebeurtje, Lemniscaat 2006, p. 64 e.v. en in het verlengde hiervan Van Domselaar over het objectieve, systematische toetsingskader van de rechter met verwijzing naar Kant: I. van Domselaar, ‘The Perceptive Judge’, in: A. Amaya & C. Michelon (red.), *The Faces of Virtue in Law* (2020), p. 73.

<sup>104</sup> ‘Über ein vermeintes Recht aus Menschenliebe zu lügen’ uit 1797.

<sup>105</sup> R.C. Solomon, ‘Self, Deception, and Self-Deception in Philosophy’, in: C. Martin (red.), *The Philosophy of Deception*, Oxford University Press 2009.

<sup>106</sup> Gabriel (2021), p. 129 e.v.

<sup>107</sup> Bowie (2017), p. 14 e.v. C.M. Korsgaard, *Creating the Kingdom of Ends* (1996), p. 136 e.v.

<sup>108</sup> *Ibid.*, p. 14 e.v.

contractbreuk, en meer in algemene zin: handelen te kwader trouw, met grove schuld en opzet. Steeds (immorele) handelingen of praktijken, waarvan de bestuurder niet wil of kan willen dat de door hem te besturen rechtspersoon zelf de dupe wordt en die tegelijkertijd in strijd zijn met de op de rechtspersoon van toepassing zijnde wetten, algemene rechtsbeginselen en gebruiken. Een hieromtrent geformuleerd maxime kan niet kwalificeren als categorische imperatief, omdat zij in strijd zou zijn met de regels omtrent *fair play* of afbreuk doet aan het *level playing field* waarbij voor geen van de deelnemers een uitzondering gerechtvaardigd is.<sup>109</sup> A-G Mok verwijst in zijn conclusie bij het arrest Staleman/Van de Ven naar de hierboven genoemde wetsgeschiedenis als hij ingaat op de vraag wat als onbehoorlijk bestuur kwalificeert. Daarbij behandelt hij een aantal schrijvers, waarin kantiaanse ethiek lijkt te resoneren.<sup>110</sup> Mok verwijst naar Sanders en Westenbroek (regelmatig nemen van foutieve beslissingen zodat het bestuur incompetent of te kwader trouw is) en Maeijer (nemen van beslissingen zonder deugdelijke voorbereiding en onderzoek naar wederpartijen). Slagter noemt vijf elementen: (1) eventuele risico's mogen niet de continuïteit van de onderneming in gevaar brengen, (2) rekening houden met gegevens die bekend (hadden kunnen) zijn, maar niet beoordelen op achteraf gebleken feiten, (3) bijhouden van behoorlijke boekhouding en tijdig opmaken van de jaarrekening, (4) niet in strijd handelen met de beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur (niet misleiden en persoonlijke belangen behartigen) en (5) in beginsel niet in strijd handelen met dwingend recht. Van Schilfgaarde wijst op de inspanningsverplichting van art. 2:9 BW: net als een werknemer moet een bestuurder naar beste vermogen zijn taak verrichten. De A-G vat samen:

“dat er sprake is van een onbehoorlijke taakvervulling door bestuurders, indien dezen onverantwoordelijk hebben gehandeld met de – objectief te bepalen – wetenschap dat de vennootschap daarvan de dupe zou kunnen worden.”

Kant beantwoordt met zijn categorische imperatief onder meer de vraag hoe we ons handelen zo kunnen inrichten dat we anderen geen onacceptabele schade berokkenen.<sup>111</sup> De samenvatting van de A-G lijkt op het spiegelbeeld van de universele regel; een bestuurder handelt onbehoorlijk indien hij met de objectief te bepalen wetenschap de vennootschap benadeelt. Een daarop gebaseerde maxime zou in strijd zijn met universele regels en dus diskwalificeren als categorische imperatief. Dit betekent volgens de A-G overigens niet dat de rechter de aanwezige alternatieven moet afwegen, want daarmee zou de rechter te veel op de stoel van de bestuurder gaan zitten.

Het pleidooi van Kroeze en Assink voor de invoering van een Nederlandse *business judgment rule* kan tot verdere toenadering tot Kant leiden.<sup>112</sup> De rechter zou een ondernemersbeslissing pas inhoudelijk mogen toetsen als de eisende partij aantoont dat een beslissing niet te goeder trouw en niet in het belang van de vennootschap is genomen. Om een stelregel voor behoorlijk bestuur te formuleren moet er wel nog een schepje bovenop: de bestuurder die aantoont dat hij te goeder trouw is en in het belang van de vennootschap en de daarbij geldende maatschappelijke belangen (zie hierna) heeft gehandeld op het moment van het nemen van de beslissing, handelt behoorlijk. De bestuurder wordt hierbij niet afgerekend op het behaalde resultaat, maar op zijn bewezen goede wil in het licht van de op het moment van de beslissing geldende omstandigheden van het geval. De bestuurder zou er dan goed aan doen om bij complexe besluiten of besluiten waarvan hij kan verwachten dat die materiële gevolgen voor de rechtspersoon hebben, zijn beweegredenen (inclusief intenties) te onderbouwen en schriftelijk vast te leggen vóór of ten tijde van de besluitvorming. Het besluit wordt alleen genomen voor zover de uitvoering te verenigen is met de wet, de algemeen erkende rechtsbeginselen, rechtsovertuigingen en maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval betrokken zijn. Een besluit (of maxime) langs deze lijnen kan de toets van de categorische imperatief mijns inziens doorstaan.

Het in par. 3 geciteerde tweede voorbeeld van Kant (over de niet terugbetaalde lening) leest natuurlijk als de Beklamele-norm, een van de grondregels van het Nederlandse bestuurdersaansprakelijkheidsrecht. Hoewel het voorbeeld van Kant geschreven is voor de contractant zelf (in zijn voorbeeld een kredietnemer), gaat het Beklamele-arrest (hierin staat de koper centraal) uit van hetzelfde universele rechtsbeginsel. Een bestuurder is volgens het Beklamele-arrest<sup>113</sup> van de Hoge Raad aansprakelijk jegens derden indien hij de vennootschap heeft vertegenwoordigd bij het aangaan van een overeenkomst, terwijl hij wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet, of niet binnen een redelijke termijn, aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade ten gevolge van die toerekenbare tekortkoming. Volgens Kant moet overeenkomstig handelen worden veroordeeld. Anders zou de eigenliefde prevaleren boven het goede vertrouwen van de geldlener (of koper) met een destructie van het systeem als gevolg. De geldgever (of verkoper) zou een toekomstige belofte niet meer geloven of met gelijke munt terugbetalen. Het rechtsverkeer zou niet kunnen worden gefundeerd op grond van (dreigende) leugens. Het ligt het voor de hand dat Kant om dezelfde redenen de Ontvanger/Roelofsen-norm zou kunnen billijken. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad, kort gezegd, dat een bestuurder aansprakelijk kan

109 Ibid., p. 11 e.v., met verwijzing naar C. Korsgaard, *Creating the Kingdom of Ends*, Cambridge: Cambridge University Press 1996.

110 R.o. 3.3.2.2 e.v. voor de vindplaatsen van de genoemde schrijvers.

111 Gabriel (2021), p. 123.

112 Zie par. 2 van deze bijdrage.

113 HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 286, m.nt. Maeijer (*Beklamele*).

zijn jegens derden, indien hij bewerkstelligt of toelaat dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt (verhaalsfrustratie).<sup>114</sup> Tot slot kan het Berghuizer Papierfabriek-arrest<sup>115</sup> over interne bestuurdersaansprakelijkheid in de sleutel van het hierboven genoemde eerste (suicide als ongeoorloofde tegenstelling van het zelfbehoud) en derde voorbeeld (verkwisting van talent) van Kant worden geplaatst: een bestuurder die in strijd handelt met een statutaire bepaling die de rechtspersoon beoogt te beschermen, is op basis van dit arrest in beginsel aansprakelijk jegens de vennootschap.

#### 4.4 De universele regel van Van der Grinten

De wetsgeschiedenis van het huidige art. 2:9 BW is beknopt.<sup>116</sup> Het meest in het oog springt het door de minister in de inleiding van de wetsgeschiedenis aangehaalde citaat van Van der Grinten, dat moralistisch van aard is:

“Het economisch leven heeft ook behoefte dat deze rechtsvorm aangepast kan worden aan de telkens wisselende eisen van het concrete geval. Een starre rechtsvorm, ingekapseld in vele dwingende wettelijke voorschriften, die geen bewegingsvrijheid laten, kan maatschappelijk geen voldoening schenken. Het werkelijk leven is in zijn behoeften eindeloos gevarieerd. Het recht heeft in zoverre een dienende taak, dat het de vormen moet bieden, welke aan de maatschappelijke behoeften voldoen (...) Intussen [mag] niet vergeten [...] worden de leidende taak [van het recht] omdat het rechtvaardigheid en orde in het maatschappelijk leven moet brengen.”<sup>117</sup>

In 1949 formuleerde Van der Grinten een norm, waarop volgens hem heel het buitenwettelijke recht was terug te voeren:

“Gij zult in het maatschappelijk verkeer handelen, zoals een redelijk mens tegenover zijn medemens betaamt.”<sup>118</sup>

Jansen, Kortmann en Van Solinge noemen in hun inleiding in *Verspreide geschriften van W.C.L. van der Grinten* dat Van der Grinten met deze norm verder zou gaan dan de categorische imperatief van Kant.<sup>119</sup> Ik deel hun wens, maar niet hun conclusie. Allereerst lijkt de norm van Van der

Grinten een directe afgeleide van de universele regel.<sup>120</sup> Verder stelt Van der Grinten in het kader van de marginale toetsing door de rechter het maatman-criterium bij de toepassing van de goede trouw, dat: ‘(...) een handelen slechts onoorbaar is, indien geen redelijk handelend mens zou kunnen menen dat de handeling oorbaar is’.<sup>121</sup> Dit uitgangspunt lijkt op een negatief geformuleerde en minder vergaande variant van de universele regel.

#### 4.5 De vennootschappelijke imperatief van Maeijer

In het verlengde van art. 2:9 BW is sinds 2013 wettelijk vastgelegd dat een bestuurder bij de vervulling van zijn taak zich naar het belang van de vennootschap en de door haar gehouden onderneming richt (art. 2:129/239 lid 5 BW). Maeijer is bepalend geweest voor de invoering van de open norm van het vennootschappelijk belang, een leidraad voor behoorlijk bestuur. In zijn oratie uit 1964 duidt Maeijer het vennootschappelijk belang aan als het belang dat de vennootschap heeft bij haar gezonde bestaan, uitgroei en voortbestaan met het oog op het door haar te bereiken doel.<sup>122</sup> Maeijer lijkt niet alleen een leerling van Van der Grinten, Petit en Jurgens,<sup>123</sup> maar eveneens van Kant. Maeijer stelt dat de interne verhoudingen worden beheerst door de ‘objectieve goede trouw’ en hij loopt vooruit op de redelijkheid en billijkheid van het in het nieuwe BW in te voeren art. 2:8 BW. Volgens hem gaat het hier om dezelfde normen van ongeschreven recht.<sup>124</sup> Net als in de categorische imperatief van Kant zoekt Maeijer naar universeel geldende principes om de aanvullende werking van de goede trouw in te vullen: niet op subjectieve wijze, maar op grond van algemeen erkende rechtsbeginselen, met de levende rechtsovertuigingen en de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval betrokken zijn.<sup>125</sup> Maeijer biedt bestuurders in Nederland al vroeg een breed kader om zich juist met andere belangen dan (alleen) die van de aandeelhouders bezig te houden. Maeijer gaat zelfs in op de door de overheid vanwege het algemeen belang te benoemen commissaris, die hij overigens niet noodzakelijk acht.<sup>126</sup>

De open norm van art. 2:129/239 lid 5 BW is een imperatief voor de bestuurder om voor de behoorlijke uitvoering van zijn taak rekening te houden met meer belangen (voor zover die er zijn) dan winst voor de aandeelhouders.<sup>127</sup> In de Cancun-beschikking oordeelt de Hoge Raad dat bestuurders zich naar het belang van de vennootschap en

114 HR 8 december 2006, *Ondernemingsrecht* 2007, 36, m.nt. Wezeman (*Ontvanger/Roelofsen*).

115 HR 29 november 2002, *JOR* 2003/2, m.nt. Bartman (*Berghuizer Papierfabriek*).

116 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3 (MvT), p. 9 e.v. Hetzelfde geldt voor de wetsgeschiedenis van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen, *Kamerstukken I*, 34 491, C (MVA).

117 *Verspreide geschriften van W.C.L. van der Grinten* (2004), p. 325.

118 Van der Grinten, in: *Verspreide geschriften van W.C.L. van der Grinten* (2004), p. 3. Het citaat is in de MvT aangepast omwille van de leesbaarheid.

119 *Verspreide geschriften van W.C.L. van der Grinten* (2004), XXIV.

120 Zie par. 3: ‘handel alleen volgens die maxime waarvan u tegelijkertijd kunt willen dat zij een algemene wet wordt’.

121 Van der Grinten, ‘Handelen te goeder trouw’, in: *Verspreide geschriften van W.C.L. van der Grinten* (2004), p. 68.

122 J.M.M. Maeijer, ‘Het belangenconflict in de Naamloze Vennootschap (oratie)’, in: *Verspreide geschriften van J.M.M. Maeijer* (2009), p. 144.

123 *Ibid.*, p. 161 e.v.

124 *Ibid.*, p. 146, p. 147 en in het bijzonder noot 37.

125 Maeijer, ‘De corrigerende werking van de goede trouw, in het bijzonder binnen rechtspersonen’, in: *Verspreide geschriften van J.M.M. Maeijer* (2009), p. 250.

126 *Verspreide geschriften van J.M.M. Maeijer* (2009), p. 157.

127 Zie ook Kattenberg (2005), p. 16.

het bestendige succes van de met haar verbonden onderneming dienen te richten; belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken, naast de belangen van de aandeelhouders dus ook die van werknemers, klanten, leveranciers.<sup>128</sup> Het oordeel doet denken aan een combinatie van het derde (verkwisting van eigen talent) en vierde voorbeeld (weigering van hulp aan derden) van Kant. Het bestuur van de vennootschap moet haar belangen in brede zin dienen (inclusief het ontwikkelen van haar talenten) en het maken van winst (eigenliefde) is niet de enige norm. Het respecteren van de rechten van alle stakeholders (waaronder werknemers, maar ook bijvoorbeeld (afhankelijke) leveranciers in de productieketen) komt overeen met de kernpunten van de ethiek van Kant.<sup>129</sup> De uitkomst hiervan zou bovendien moeten zijn dat werknemers afdoende verdienen en zinvol werk zouden moeten verrichten om hun talenten te ontwikkelen.<sup>130</sup> Een mens moet immers altijd als doel en nooit louter als middel gebruikt worden.

#### 4.6 De maatschappelijke verantwoordelijkheid als categorische imperatief

In mei 2020 riepen vijftienvintig Nederlandse hoogleraren op tot een codificatie van een zorgplicht voor bestuurders en commissarissen<sup>131</sup> opdat de vennootschap op verantwoordelijke wijze deelneemt aan het maatschappelijk verkeer.<sup>132</sup> Daartoe wordt de vennootschap uitgedaagd om een bestaansgrond (*purpose of raison d'être*) te formuleren en om een verantwoordingsplicht op te nemen in het financiële jaarverslag.<sup>133</sup> De professoren stellen voor het bovengenoemde art. 2:129/239 lid 5 als volgt te wijzigen (onderstreping professoren):

“Bij de vervulling van hun taak richten de bestuurders zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Daarbij zorgen zij dat de vennootschap deelneemt aan het maatschappelijk verkeer als een verantwoordelijke vennootschap.”<sup>134</sup>

Deze oproep van de professoren doet denken aan het vierde voorbeeld van Kant. Hierin beargumenteert hij dat het enkel uit zijn op eigen gewin zonder enige bijstand aan zijn naasten in nood aan te bieden, niet kan opgaan als categorische imperatief. Het voorstel sluit ook goed aan bij de categorische imperatief van Kant om een ander nooit als middel te gebruiken; ieder mens is een doel op zich-

zelf. Er bestaat kritiek op het voorstel, die een rechtspositivistische insteek lijkt te hebben. Zo zou deze oproep onvoldoende onderbouwd zijn,<sup>135</sup> te laat,<sup>136</sup> onnodig,<sup>137</sup> te vaag<sup>138</sup> en leiden tot minder beleidsvrijheid en een verlaging van de drempel voor bestuurdersaansprakelijkheid. Een vaker gehoorde kritiek op het stakeholdersmodel is ook dat belangen van de verschillende stakeholders met elkaar zouden kunnen conflicteren.<sup>139</sup> Met Bowie meen ik echter dat voor zover er verschillende *maximes* voorliggen die de toets van de categorische imperatief doorstaan, de bestuurder de vrijheid heeft om een keuze te maken. Ik zou in elk geval met een beroep op Kant willen bepleiten dat een maxime waarbij de maatschappelijke verantwoordelijkheid voor bestuurders anno 2021 met voeten wordt getreden zowel een logische contradictie als een contradictie van de wil oplevert.<sup>140</sup> Of zoals Kant het zelf treffend verwoordde:

“Omdat de aarde bolvormig is, kunnen mensen zich niet tot in het oneindige verspreiden, maar moeten zij uiteindelijk toch elkaars nabijheid dulden, en niemand heeft oorspronkelijk meer recht om op een bepaalde plaats op de aarde te zijn dan de ander.”<sup>141</sup>

Zo zal het veronachtzamen van de belangen van werknemers, het ontbreken aan belastingmoraal en het vernietigen van natuurlijke (hulp)bronnen, mogelijk op korte termijn winst voor de vennootschap opleveren, maar de kans neemt toe dat werknemers vertrekken, de autoriteiten onderzoek zullen doen en de natuurlijke (hulp)bronnen verder van huis moeten worden gezocht en derhalve duurder en schaarser zijn. De besluitvorming en (rechts)handelingen daartoe zijn dus niet in het belang van de vennootschap, intrinsiek onlogisch en onbehoorlijk. Bedrijven moeten voor hun eigen continuïteit immers rekening houden met een groter, langetermijnbelang. Eventuele schade die de vennootschap en derden anders lijden, kan bovendien tot bestuurdersaansprakelijkheid leiden, waardoor deze maxime contrasteert met de (goede) wil van de bestuurder. Immoreel leiderschap is irreëel, zodat de maatschappelijke verantwoordelijkheid juist in de wet zou moeten worden verankerd.

128 HR 4 april 2014, *JOR* 2014/290, r.o. 4.2.1, m.nt. De Haan (*Cancun*).

129 Bowie (2017), p. 41 e.v.

130 *Ibid.*, p. 68 en 146 en D. Arnold & L. Hartman, 'Worker Rights and Low Wage Industrialization: How to Avoid Sweatshops', *Human Rights Quarterly* 2006, 28, no. 3, p. 682 e.v.

131 Bulten en Jansen schreven al eerder over eenzelfde kader voor de commissaris, 'De taak van de commissaris in een duurzame wereld', *Ondernemingsrecht* 2019/69.

132 J.W. Winter e.a. (2020), p. 471 e.v.

133 *Ibid.*, p. 473, met een toevoeging voor art. 2:66/177 BW en wijziging van art. 2:391 lid 1 BW.

134 *Ibid.*, p. 472.

135 H.J. de Kluiver, 'Over de verantwoordelijke onderneming. Naar een Paradise by the dashboard light?', *Ondernemingsrecht* 2020/126.

136 P.F. van der Heijden, 'Oostenwind, of: van zacht recht naar harde handhaving', *Ondernemingsrecht* 2021/2, die expliciet verwijst naar een veel verder gaande internationale roep om ethisch verantwoord handelen van bestuurders.

137 W.A. Westenbroek, 'Een maatschappelijke verantwoordelijkheid voor ondernemingen en (bange?) bestuurders of coronawetenschap in crisistijd?', *Ondernemingsrecht* 2021/3.

138 A.J. Kaarls, 'Vage praatjes vullen geen gaatjes', *Ondernemingsrecht* 2021/4.

139 M. Jensen, 'Value Maximization, Stakeholder Theory, and the Corporate Objective Function', *Journal of Applied Corporate Finance*, 2001, 14(3), p. 12.

140 Zie ook Bowie over de kantiaanse principes voor een moreel bedrijf, Bowie (2017), p. 84 e.v.

141 Kant, *Naar de eeuwige vrede* (1795), p. 79. De oproep van Kant in dit boek voor een volkerenbond wordt gezien als een belangrijk fundament voor Volkerenbond en zijn opvolger, de Verenigde Naties.

## 5. Tot slot

'Het recht is niet alleen in de wet te vinden.' Voor de grondleggers van het Nederlandse ondernemingsrecht vormde de ethiek een evidente verbinding met het positieve recht. De ethische essays van Scholten, Van der Grinten, Maeijer en Slagter zijn voor elke beoefenaar van het ondernemingsrecht een verrijking. De ethiek is binnen het ondernemingsrecht een aantal jaren naar de achtergrond verdwenen, maar maatschappelijk verantwoord ondernemen en ethisch handelen door bestuurders zijn actuele thema's. Zonder concrete invulling kan verwijzing naar 'ethiek' een lege huls zijn. In dit artikel heb ik mij verdiept in de categorische imperatief van Kant. In de wetsgeschiedenis, jurisprudentie en literatuur over (on)behoorlijk bestuur wordt niet of nauwelijks verwezen naar zijn ethiek, maar er zijn parallellen te vinden en lessen te leren. Kant gaf tweehonderd jaar vóór de Hoge Raad al een Beklamel-oordeel. De universele regel omvat een leidraad voor iedere bestuurder die behoorlijk bestuur nastreeft: handel alleen volgens die maxime waarvan je tegelijkertijd kunt willen dat zij een algemene wet wordt. De nakoming van (contractuele) verplichtingen, het betrachten van transparantie en het gebod om de mens altijd als doel en niet als middel te beschouwen zijn daarvoor belangrijke uitgangspunten.

Het werk van vooraanstaande ethici, zoals Kant, geeft concrete, objectieve handvatten voor de nadere invulling van de open norm van (on)behoorlijk bestuur. *Fundering voor de metafysica van de zeden* is daarom voor elke ondernemingsrechtelijke jurist een aanrader.