

Reactie op Scholten, Ondernemingsrecht 2022/2

Ondernemingsrecht 2022/46

Al meer dan 30 jaar bestudeer ik filosofen en filosofische gedachten, reden waarom ik geen aansporing nodig had om het boeiende artikel van C.J. Scholten, '(On)behoorlijk bestuur volgens Kant', te lezen.¹ Bij de strekking van het artikel heb ik enkele aarzelingen, die ik hier kort uiteen zal zetten.

Naast allerlei andere bijzonder interessante theorieën, heeft Immanuel Kant een model ontwikkeld waarmee, kort gezegd, morele dilemma's tot een oplossing (zouden) kunnen worden gebracht. Het gaat er niet om of de betrokken persoon (bestuurder) een (voorgenomen) handeling goed of fout dan wel leuk of niet leuk vindt, maar of zijn 'maxime' (persoonlijke gedragsregel) waaraan hij zijn handeling toetst een universeel karakter heeft, dus in alle vergelijkbare gevallen voor iedereen geldt (en daarmee een categorische imperatief wordt). In eerste instantie is het degene die handelt (de bestuurder) die dat moet zien te bepalen. Dat model wordt door Scholten aanbevolen als een leidraad voor iedere bestuurder die behoorlijk bestuur nastreeft. Mijn gedachte is dat het model in de praktijk alleen een hulpmiddel zou *kunnen* zijn bij voorgenomen beslissingen of handelingen waaraan een belangrijk ethisch aspect, een moreel dilemma, is verbonden. De vraag daarbij is of in dat soort gevallen wel sprake is van een echt dilemma dat Kantiaans zou moeten worden opgelost, of van een (andersoortige) afweging van betrokken belangen.

In de kern gaat het bij aansprakelijkheid voor onbehoorlijk bestuur om een systeem waarbij overtreding van een bepaalde norm, de norm dat bestuurders hun taak behoorlijk moeten vervullen, wordt afgestraft. Dat systeem is van overheidswege gecreëerd. Onderdeel daarvan is de gedachte dat van aansprakelijkheid pas sprake is als de bestuurder die in die hoedanigheid wordt aangesproken, een ernstig verwijt kan worden gemaakt. We willen immers geen 'bange bestuurders' en geen onnodig risicomijdend gedrag. In advisering over dit onderwerp gaat het, voor zover ik dat kan overzien, veelal om de vraag waar de grens ligt, in welke gevallen die (mogelijk) overschreden moet worden geacht en vergelijkbare vragen van juridisch-technische en praktische aard.

Er zijn grofweg twee categorieën te onderscheiden als het gaat om de persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen. De ene categorie bestaat uit bestuurders die 'goed fout' zijn geweest, bijvoorbeeld door gepleegd bedrog, diefstal of enig ander delict waarvan iedereen op zijn/haar klompen kan aanvoelen dat sprake is

van een forse overtreding van de norm. De andere categorie bestaat uit bestuurders die (te) slordig of (te) onvoorzichtig zijn geweest, te grote risico's hebben genomen, of (anderszins) 'dom' gedrag hebben vertoond, maar zonder kwaadaardige bedoelingen.

Immanuel Kant, die een vrij radicale, innerlijke zedenleer heeft ontworpen, heeft kwaadaardige bestuurders niets te leren. Kwaadaardige bestuurders zullen in de regel calculerend van aard zijn, en die laten zich hoogstens afschrikken door het risico op zware sancties in termen van schadevergoeding, boetes en gevangenisstraf. De vraag is of de zedenleer van Kant relevant zou kunnen zijn voor de tweede categorie bestuurders. Ik ben geneigd die vraag ontkennend te beantwoorden, in de eerste plaats op grond van het feit dat bij veel beslissingen die bestuurders nemen risico's wel een rol spelen, maar (evident) zedelijke (morele) aspecten niet of nauwelijks. Verder is het zo goed als onmogelijk om in algemene zin – en dan ook nog in praktische zin concreet – vast te stellen wat het begrip 'behoorlijk bestuur' inhoudt, laat staan op voorhand. Aan de hand van rechtspraak en literatuur kunnen we in hoofdzaak een redelijk goed beeld krijgen van wat als onbehoorlijk bestuur wordt aangemerkt, en welk bestuurlijk doen en nalaten daarom beter kan worden vermeden.

Ter afronding merk ik op dat de (eerste) beoordeling of een maxime een universeel karakter heeft, een subjectieve beoordeling van de bestuurder vooronderstelt. Dat betekent dat diens (diepe) morele of religieuze overtuigingen een rol zouden kunnen spelen, bijvoorbeeld als het gaat om de 'natuurlijke' verhouding tussen mannen en vrouwen. Wat betekent dat bijvoorbeeld in het geval dat een bestuurder enkel mannen in leidinggevende posities wil benoemen? Zou hij aan zijn maxime niet als vanzelfsprekend een universeel karakter kunnen toekennen? Ik vermoed dat Kant zelf, indien hiermee geconfronteerd, deze vraag gezien zijn opvatting over vrouwen² met een volmondig 'ja' zou hebben beantwoord. Bij een (heden-daagse) beoordeling achteraf (bijvoorbeeld door een tot oordelen geroepen rechter) naar het al dan niet universele karakter van de maxime laat de conclusie zich raden.

Mr. dr. K. Frielink³

¹ C.J. Scholten, '(On)behoorlijk bestuur volgens Kant', *Ondernemingsrecht* 2022/2.

² Vgl. Shirley Robin Letwin, *On the History of the Idea of Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, p. 146. Het recht van de man om door zijn echtgenote te worden gehoorzaamd is volgens Kant gebaseerd op de "natural superiority of the faculties of the Husband compared with the Wife, in the effectuation of the common interest of the household".

³ Karel Frielink is advocaat te Curaçao en docent Verdiepend ondernemingsrecht.

Naschrift

Ondernemingsrecht 2022/47

Wanneer verschiet het handelen van een bestuurder van behoorlijk naar onbehoorlijk en biedt de ethiek van Kant relevante handvatten om het grensgebied te kaderen? Een interessant vraagstuk, en daarom heb ik de reactie van Frielink op mijn artikel met veel belangstelling gelezen. In dit naschrift plaats ik een aantal kanttekeningen.

Frielink onderscheidt twee categorieën van bestuurdersaansprakelijkheid: bestuurders die ‘goed fout’ zijn geweest en de twijfelgevallen. Mijn artikel is inderdaad niet geschreven voor de eerste categorie. Bestuurders die te kwader trouw handelen zullen niet de categorische imperatief doorstaan.¹ Het wordt interessant bij de tweede categorie. In de wetsgeschiedenis over onbehoorlijk bestuur wordt verwezen naar de ‘grijze zone’. De categorische imperatief, zo schreef ik, lijkt niet synchroon te lopen met de ondergrens, maar is mijns inziens wel relevant voor de bovenkant van dit schemergebied. Het tweede, praktische voorbeeld van Kant vormt de facto een samenvatting van het Beklamel-arrest.² Ook deel ik Frielinks mening niet dat het onmogelijk is om het begrip ‘behoorlijk bestuur’ in te kaderen. In de literatuur is over dit onderwerp inderdaad weinig te vinden, maar dat betekent niet dat hiervoor geen stelregels te bedenken zijn.³ In mijn artikel noem ik een aantal algemene beginselen van behoorlijk bestuur op basis van de ethiek van Kant in samenhang met de jurisprudentie. Te denken valt aan de nakoming van (contractuele) verplichtingen, het betrachten van transparantie, het zorgvuldig adresseren van tegenstrijdige belangen, het gebod om de mens altijd als doel en niet als middel te beschouwen en de nakoming van een maatschappelijke verantwoordelijkheidsplicht.⁴ Deze geboden kunnen ook de tweede categorie bestuurders de nodige handvatten bieden om aansprakelijkheid te voorkomen.

Frielink merkt tot slot op dat de vaststelling of een maxime⁵ een universeel karakter heeft, ‘een subjectieve beoordeling van de bestuurder vooronderstelt’. Hij verwijst daarbij naar de seksistische opvattingen van Kant. Een

maxime op grond waarvan alleen mannen op leidinggevende posities worden benoemd zou volgens Kant als categorische imperatief slagen, zo stelt Frielink. Hij lijkt de categorische imperatief te verwarren met de gulden regel: ‘wat gij niet wilt dat u geschiedt, doet dat ook een ander niet’. De categorische imperatief is er nu juist op gericht om maximes van de persoon die handelt te toetsen aan objectieve wetten, die a priori bestaan. Deze wetten moeten voor alle morele wezens als algemene wet te aanvaarden te zijn.⁶ In mijn artikel plaats ik uitgebreid kanttekeningen bij de seksistische (en racistische) denkbeelden van Kant, die – ook in de tijd van Kant – niet door alle morele wezens als algemene wet te aanvaarden zijn. Zijn ethiek is niet eenvoudig te doorgronden, maar het maatschappelijk belang van het werk van Kant, de grondlegger van de hedendaagse ethiek, blijft onverkort groot.

Mr. C.J. Scholten⁷

1 Het absolute karakter van de categorische imperatief wordt overigens genuanceerd door Kantgeleerden, zie par. 4.2 van mijn artikel in *Ondernemingsrecht 2022/2*.

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

3 Zie ook het door mij veelvuldig aangehaalde boek van Bowie: N.E. Bowie, *Review of Business Ethics: A Kantian Perspective*, 2nd edition, Cambridge: Cambridge University Press 2017. Bowie, een autoriteit op het gebied van *business ethics*, geeft praktische handvatten voor *good management* op basis van de ethische theorieën van Kant.

4 Zie bijvoorbeeld HR 10 januari 1997, *NJ* 1997/360, m.nt. Maeijer (*Staleman/Van de Ven*), Hof Amsterdam (OK) 26 mei 1983, *NJ* 1984/481, m.nt. Maeijer en *JOR* 2022/56, m.nt. Leijten (*Linders/Hofstee*), HR 4 april 2014, *JOR* 2014/290, m.nt. De Haan (*Cancon*). In het bestuursrecht zijn eveneens de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de rechtspraak gevormd.

5 De stelregel van het subject.

6 Fundering voor de metafysica van de zeden, 427.

7 Caspar Scholten is advocaat te Amsterdam.