

Over bestuursbeleid, aansprakelijkheid en afrekening van bestuurders

F.B.J. Grapperhaus*

1 Inleiding

Wie het gevoel kent dat ambitie teweegbrengt – het erop uit willen trekken, iets willen bereiken –, zal in zijn jeugd tijdens de Nederlandse les ongetwijfeld geraakt zijn door het veelzeggende gedicht van Marsman, ‘De grijsaard en de jongeling’. Daarin is het de jongeling, die uitroept:

‘Groots en meeslepend wil ik leven! hoort ge dat, vader, moeder, wereld, knekelhuis!’

Het antwoord van de grijsaard luidt:

‘Ga dan niet ver van huis, en weer vooral ook het gespuis van vrouwen buiten uw hart, weer het al uit uw kamer ...’

Het is een oud gezegde: wie niet waagt, die niet wint. *Faites vos jeux* en wie niet speelt, blijft aan de zijlijn staan. Het stuur in handen nemen is iets anders dan op de winkel passen. Besturen betekent verantwoordelijkheid aanvaarden dat er iets gebeurt, maar ook: verantwoordelijkheid nemen voor wat er gebeurt. Dat leidt ertoe dat men wordt afgerekend voor zijn bestuur. In onze qua juridisering ver doorontwikkelde maatschappij leidt verantwoordelijkheid mogelijk ook naar aansprakelijkheid. Onder aansprakelijkheid versta ik hier: de interne aansprakelijkheid ten opzichte van de eigen vennootschap, als bedoeld in artikel 2:9 BW. De vraag is waar de grens ligt tussen afrekening en interne aansprakelijkheid: meer in algemene zin is de vraag hoe hoog de drempel is voor het afrekenen van de bestuurder op de uitvoering van zijn taken. Een complicerende factor daarbij is dat de bestuurders en hun eventuele toezichthouders niet meer binnenskamers hun eventuele afrekening in de doofpot kunnen stoppen. Illustratief in dit laatste opzicht was een bericht dat op donderdag 24 februari 2005 verscheen in *Het Financieele Dagblad* onder de kop ‘AFM onderzoekt elke crisis bedrijfsbestuur’; en waarvan de tekst als volgt luidde:

* Advocaat en partner Allen & Overy te Amsterdam.

‘Onverwachte wisselingen of onrust in de Raad van Bestuur of de Raad van Commissarissen van een onderneming zullen vanaf dit najaar altijd aanleiding zijn voor onderzoek door de Autoriteit Financiële Markten (AFM). Mededelingen van bestuurders over de toekomstige performance worden al snel aanleiding voor AFM-onderzoek.’

Men realiseer zich dat dit element van meekijkende derden ook speelt bij niet beursgenoteerde fondsen. Daar zijn het werknemers, OR en vakbonden, maar ook grote crediteuren of banken die een dergelijke kritische rol kunnen vervullen en op een afrekening of zelfs interne aansprakelijkstelling kunnen aandringen.

Het zijn de adagia, waarmee wij vanaf de papelel ons hele schoolse leven vertrouwd zijn geraakt. Het is voor de meer dan oppervlakkige beschouwer een vreemde gedachte dat juist de dynamiek, die nu eenmaal eigen is aan werkelijk besturen, aanleiding zou zijn voor achterdocht en inspectie. Toch was dat de strekking van de ‘aanzegging’ van de AFM.

De waarschuwing van de AFM lijkt een echo te zijn van het antwoord van de grijsaard aan de jongeling. En de vraag is: is dat een antwoord dat het bestuur tot nut dient? Een bestuurder die niet ver van huis gaat, neemt vrijwel geen risico en doet niet meer dan het erf bewaken.

In het navolgende poog ik een antwoord te geven op de vraag waar de grens ligt tussen dynamisch bestuursbeleid en afrekening en/of aansprakelijkheid. Daarbij versta ik onder afrekening: het wegsturen van de bestuurder zonder dat hij de vergoeding krijgt die onder de neutrale omstandigheden, zoals gedefinieerd in de kantonrechtformule, zou passen bij zijn staat van dienst.

Het is op dit punt verhelderend om vast te stellen dat de oorspronkelijke Aanbeveling 3.4 over de correctiefactor sprak van een ‘neutraal en kleurloos’ feitencomplex, dat dan zou leiden tot een correctiefactor $C = 1$, waarbij evenwel de termen neutraal en kleurloos niet gedefinieerd werden. In de huidige tekst van de Aanbevelingen is sprake van ‘risicosfeer en verwijtbaarheid’. Indien de ontbindingsgrond geheel in de risicosfeer van de werkgever valt en de verwijtbaarheid niet aan de orde is, aldus de letterlijke tekst van Aanbeveling 3.4 lid 1, is de correctiefactor C gelijk aan 1. Indien de ontbindingsgrond geheel in de risicosfeer van de werknemer valt, zonder dat er van enige verwijtbaarheid sprake is, dan is C gelijk aan nul, aldus lid 2. En wanneer er sprake is van verwijtbaarheid aan de zijde van een van de partijen dan wel van verwijtbaarheid over en weer, wordt de ernst van de verwijten via de C -factor tot uitdrukking gebracht – zo wordt bepaald in lid 3.

Hoe deze verwijtbaarheid zich verhoudt tot de interne aansprakelijkheid van de bestuurder is een andere wijze om het zojuist omschreven probleem te formuleren.¹

Bij bestuurder heb ik primair het oog op de bestuurder van vennootschappen en dan, voorzover het zou gaan om zogenoemde one-tier-structuren: uitvoerende bestuurders.² Dat neemt niet weg dat veel van hetgeen ik hierna aan de orde zal pogen te stellen mutatis mutandis ook voor bestuurders van andere rechtsvormen speelt. Het is in ieder geval de hoogste tijd eens na te gaan of, en zo ja op welk moment bestuursdynamiek aanleiding zou moeten zijn voor onderzoek en de daaruit eventueel voortvloeiende afrekening of zelfs aansprakelijkheid.

2 De in het geding zijnde normen

In de eerste plaats is het van belang vast te stellen wat precies de taak is van de bestuurder. Het burgerlijk wetboek is daar weinig helder over, met een definitie die zich gelijk een slang in de eigen staart bijt:

‘Behoudens beperkingen volgens de statuten is het bestuur belast met het besturen van de vennootschap.’³

Wat nu precies moet worden verstaan onder dat besturen van de vennootschap wordt in het BW zelf niet nader geëxpliciteerd. De in december 2003 gereed gekomen Code Tabaksblad was daar helderder over in de paragraaf over de taken en de werkwijze van het bestuur. Het bestuur is inderdaad belast met het besturen van de vennootschap, hetgeen volgens de Code onder meer inhoudt dat het bestuur verantwoordelijk is voor de realisatie van de doelstelling van de vennootschap, de strategie en het beleid en de daaruit voortvloeiende resultatenontwikkeling. Het bestuur legt daarover verantwoording af aan de Raad van Commissarissen en aan de Algemene Vergadering van Aandeelhouders. Het richt zich bij de vervulling van zijn taak naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming en weegt daartoe de in aanmerking komende belangen van de bij de vennootschap betrokkenen af.⁴ Het bestuur verschaft de Raad van

1 Zie verder de Aanbevelingen bij de kantonrechttersformule, onder meer te vinden in: Tekst & Commentaar Arbeidsrecht, Deventer 2004, derde druk, p. 765 e.v.

2 Zie voor een interessant artikel over de aansprakelijkheid van niet-uitvoerende bestuurders in het one-tier-model, D. Sterk, Aansprakelijkheid van niet-uitvoerende bestuursleden: you can not have your cake and eat it, Ondernemingsrecht 2003, afl. 10.

3 Artikel 2:129 lid 1 BW; artikel 2:239 lid 1 BW voor de besloten vennootschap.

4 Zie de Code Tabaksblad, paragraaf II; voor een uitvoerige bespreking van een en ander verwijst ik naar F.B.J. Grapperhaus, De positie van de bestuurder van de Nederlandse beursvennootschap, Ondernemingsrecht 2003, p. 416 e.v.

Commissarissen daarbij tijdig alle informatie die nodig is voor de uitoefening van de toezichthoudende taak van de Raad van Commissarissen. De Code vervolgt dan dat het bestuur verantwoordelijk is voor de naleving van alle relevante wet- en regelgeving, het beheersen van de risico's verbonden aan de ondernemingsactiviteiten en het is ook verantwoordelijk voor de financiering van de vennootschap. Het bestuur rapporteert over deze taken aan en bespreekt een en ander met de Raad van Commissarissen en zijn auditcommissie.

Deze nadere definitie van de inhoud van de bestuurstaak in de Code Tabaksblat geeft een duidelijk houvast voor datgene wat redelijkerwijs van bestuurders verwacht mag worden. Daarbij is enerzijds sprake van – kort gezegd – het realiseren van de door de vennootschap gestelde doelen en anderzijds van het op juiste wijze vaststellen en naleven van alle ter verwezenlijking van de doelen redelijkerwijs vereiste processen.

Evenwel is met een nadere invulling van wat de taak- en doelstellingen van het bestuur zijn nog niet gegeven waar nu precies de grens ligt tussen verwijtbaar en niet-verwijtbaar bestuursfalen, laat staan dat duidelijk wordt wanneer een bestuur mag worden afgerekend op zijn functioneren en wanneer zelfs sprake is van interne aansprakelijkheid. Anders gezegd, met de uitwerking van de bestuurstaak in de Code Tabaksblat is nog steeds niet gegeven wat nu de normen zijn waaraan het functioneren van het bestuur en het bestuursbeleid getoetst moeten worden. De Hoge Raad heeft daarvoor de afgelopen jaren enkele algemene normen gegeven, waarover de literatuur zich herhaaldelijk het hoofd heeft gebroken. Alvorens daar op in te gaan is het noodzakelijk eerst nog stil te staan bij de betekenis van artikel 2:9 BW en de verhouding tot de artikelen 6:74 en 7:661 BW.

3 Tekortkomingsnormen voor de bestuurder bij interne aansprakelijkheid: artikel 2:9, 6:74 en 7:661 BW

De bestuurder is aangesteld op basis van een overeenkomst. Bij natuurlijke personen is dat onder de huidige stand van zaken meestal een arbeidsovereenkomst. In situaties waar de grootaandeelhouder en de bestuurder een en dezelfde persoon zijn, ziet men soms dat er in het geheel geen schriftelijke overeenkomst is afgesloten.

Men zou op het eerste gezicht denken dat de aanstelling van de directeur-grootaandeelhouder als bestuurder door zichzelf in zijn hoedanigheid van grootaandeelhouder ook mogelijk is zonder dat daaraan een wederkerige overeenkomst ten grondslag ligt. In de praktijk blijkt evenwel vrijwel altijd ook hier een of andere vorm van overeenkomst tussen de bestuurder en de vennootschap te bestaan, hetgeen bijvoorbeeld kan worden afgeleid uit het

afdragen van loonbelasting en premies, dan wel het door de vennootschap ten behoeve van de bestuurder afsluiten van bepaalde, direct of indirect met werknemersbescherming gerelateerde verzekeringen. Maar ook wanneer dat niet het geval is, is er sprake van een contractuele relatie tussen de vennootschap enerzijds en de bestuurder anderzijds, eenvoudigweg gelegen in de aanvaarding door de natuurlijke persoon van de positie van bestuurder.

Eenmaal vastgesteld hebbende dat er altijd sprake is van een of andere contractuele relatie die ten grondslag ligt aan de verhouding tussen de vennootschap en de bestuurder, zijn voor die contractuele relatie drie normen van belang.

Allereerst is er de norm vervat in artikel 6:74 BW dat bepaalt dat iedere tekortkoming in de nakoming van de verbintenis de schuldenaar verplicht de schade die de schuldeiser daardoor lijdt te vergoeden, tenzij de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend.

Dit is de algemene norm die van toepassing is, ongeacht de wijze waarop de relatie is vormgegeven.

Wanneer de relatie tussen de vennootschap en de bestuurder is vormgegeven in een arbeidsovereenkomst, zijn de specifieke in titel 7:10 BW geformuleerde normen van toepassing. Allereerst is er de algemene norm van artikel 7:611 BW inzake het zorgvuldig werknemerschap.

Waar artikel 7:611 BW nauwelijks of geen nadere invulling geeft van wat nu precies een tekortkoming in de nakoming als bedoeld in artikel 6:74 BW is, beschouw ik dat artikel in wezen als niet meer dan een herhaling van de algemene norm van artikel 6:74 BW, toegespitst op de werknemer in titel 7:10 BW.

Belangrijker is wellicht de begrenzing die artikel 7:661 lid 1 BW geeft:

‘De werknemer die bij de uitvoering van de overeenkomst schade toebrengt aan de werkgever of aan een derde jegens wie de werkgever tot vergoeding van die schade is gehouden, is te dier zake niet jegens de werkgever aansprakelijk, tenzij de schade een gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid. Uit de omstandigheden van het geval kan, mede gelet op de aard van de overeenkomst, anders voortvloeien dan in de vorige zin is bepaald.’

Daarmee geeft dit artikel een vergaande begrenzing van de interne aansprakelijkheid van de werknemer ten opzichte van zijn werkgever. In alle andere gevallen heeft de werknemer en dus ook de werknemer-bestuurder

een *vrijbrief* voor de eventuele interne schadelijke gevolgen van zijn handelen.

Of de norm van opzet of bewuste roekeloosheid als begrenzing van interne aansprakelijkheid van de werknemer in algemene zin nog wel recht doet aan de verhouding tussen werkgever en werknemer op het werk valt te betwijfelen. Juist de toename van de verantwoordelijkheid van de werkgever naar anderen op het werk – collega-werknemers of direct bij het werk betrokkenen – maakt mijns inziens dat ook de normstelling richting de werknemer verscherpt zou moeten worden.

Ik denk daarbij in de eerste plaats aan de gevolgen van het Dierenvoedergroothandel-arrest,⁵ waar de werkgever de verantwoordelijkheid draagt voor het door collega's op het werk mogelijk maken van bepaalde werkzaamheden voor een gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer. Een werknemer die zonder geldige reden pertinent weigert mee te werken aan de reïntegratie van zijn arbeidsongeschikte collega-werknemer zou dan niet alleen in de sfeer van disciplinaire maatregelen of ontslag, maar wellicht zelfs in de sfeer van aansprakelijkheid gesanctioneerd moeten worden.

Ook op het gebied van de nieuwe regelgeving omtrent intimidatie⁶ op het werk kan men zich afvragen of de norm voor interne aansprakelijkheid in artikel 7:661 BW niet zou moeten worden uitgebreid met grove schuld. Door *het opzet of bewuste roekeloosheid-vereiste* ontspringen die werknemers de dans die hebben meegedaan zonder dat zij een leidende rol hebben gespeeld bij het pesten of anderszins intimideren op het werk, waardoor de werkgever aansprakelijk is geworden jegens de geïntimideerde werknemer. Het is niet het onderwerp van dit artikel, maar het zou op zijn minst eens het onderwerp van discussie moeten zijn.

De vraag is vervolgens hoe deze twee artikelen – artikel 6:74 en artikel 7:661 BW – zich verhouden tot de tot de bestuurder *in zijn bestuurdershoedanigheid* gerichte norm van artikel 2:9 BW.

De tekst van dit artikel luidt als volgt:

‘Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Indien het een aangelegenheid betreft die tot de werkkring van twee of meer bestuur-

5 HR 26 september 2001, JAR 2001/238.

6 Wijziging Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen: Kamerstukken II 2004/05, 30 237, nr. 3.

ders behoort, is ieder van hen voor het geheel aansprakelijk terzake van een tekortkoming, tenzij deze niet aan hem is te wijten en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.'

Voor de niet primair in Boek 2 geschoolde arbeidsrechtjurist is het op zijn minst saillant vast te stellen dat aldus de verplichting van een behoorlijke taakvervulling en de uit het eventueel niet behoorlijk besturen voortvloeiende aansprakelijkheid ruimschoots eerder in Boek 2 worden geformuleerd dan de omschrijving wat het besturen van een vennootschap nu precies inhoudt.

Zulks kan niet alleen verklaard worden uit het gegeven dat de verplichting van behoorlijke taakvervulling is opgenomen in het algemeen deel van Boek 2 inzake rechtspersonen.

De behoorlijke taakvervulling is een primaire opdracht aan de bestuurder, die direct voortvloeit uit de bestuursverantwoordelijkheid. Wie het stuur in handen neemt, is gehouden dat op verantwoorde manier te doen.⁷

Mijn inziens overschrijdt de norm van artikel 2:9 BW dan ook het bereik van artikel 6:74 BW. Dat wil zeggen dat, ook wanneer niet sprake is van een toerekenbare tekortkoming als omschreven in artikel 6:74 BW, er toch nog sprake is of kan zijn van aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW. Zo kan er in de overeenkomst tussen de bestuurder en de rechtspersoon een exoneratie zijn opgenomen voor bepaalde gedragingen van de bestuurder die weliswaar contractueel effect heeft, maar niet afdoet aan aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW.

Wanneer de relatie vennootschap-bestuurder is vormgegeven in een arbeidsovereenkomst ziet men deze exoneratie zelfs terug als wettelijke norm: in dat geval zal de bestuurder als werknemer slechts aangesproken kunnen worden ingeval sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid, terwijl artikel 2:9 BW een dergelijke relativering van de aansprakelijkheid niet kent.

Toch lijkt de norm die de Hoge Raad formuleerde voor artikel 6:74 BW en artikel 2:9 BW, dezelfde te zijn. Zo besliste hij in het Staleman/Van de Ven-arrest,⁸ dat om te kunnen spreken van aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW vereist is dat de bestuurder van zijn handelen of nalaten een ernstig verwijt is te maken. Dezelfde norm formuleerde de Hoge Raad bij de toerekenbare tekortkoming onder de arbeidsovereenkomst in het Debrot-

7 Zie voor een systematische behandeling van artikel 2:9 BW onder meer J.B. Wezeman, *Aansprakelijkheid van bestuurders* (diss. Groningen) 2001, p. 65-73.

8 HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360.

arrest:⁹ van toerekenbare tekortkoming is sprake wanneer de bestuurder van zijn handelen of nalaten een ernstig verwijt is te maken. Toch brengt een beroep op artikel 6:74 BW de rechtspersoon in de problemen, in verband met het bepaalde in artikel 7:661 BW. Als gezegd bepaalt dit artikel dat de werknemer jegens de werkgever alleen aansprakelijk is, wanneer de schade niet het gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid.

In wezen is dit artikel niet anders dan een uitwerking van het bepaalde in artikel 6:170 lid 3 BW. Volgens deze bepaling kan de werkgever voor zijn werknemer aan een derde toegebrachte en vervolgens door de werkgever aan deze derde te vergoeden schade, slechts op de werknemer regres nemen ingeval die werknemer opzet of bewuste roekeloosheid is te verwijten.¹⁰

Daarmee legt artikel 7:661 lid 1 BW de lat voor de interne aansprakelijkheid hoger dan artikel 6:74 BW. Nu bepaalt de slotzin van artikel 7:661 lid 1 BW dat uit de omstandigheden van het geval, mede gelet op de aard van de overeenkomst, anders kan voortvloeien. Verhulp¹¹ stelt dat de aard en de beloning van de opgedragen werkzaamheden, alsook de aard en de duur van het dienstverband daarbij een rol kunnen spelen. De vraag is nu of de slotzin van artikel 7:661 lid 1 BW tot de conclusie moet leiden dat het feit dat de werknemer een bestuurder is, is te kwalificeren als een bijzondere omstandigheid die een uitzondering oplevert op de hoofdregel van datzelfde artikel, met andere woorden: leidt het bestuurderschap op zichzelf ertoe dat de norm voor de betreffende werknemer strenger is en hij zich bij interne aansprakelijkheid ten gevolge van het tekortschieten in de uitoefening van zijn contractuele taken niet kan beroepen op het niet aanwezig zijn van opzet of bewuste roekeloosheid?

Onder verwijzing naar het Debrot-arrest zou men dit betoog mogelijk met succes kunnen voeren. Daarin is immers duidelijk bepaald dat niet opzet of bewuste roekeloosheid, maar ernstige verwijtbaarheid de norm is. Aan de

9 HR 4 februari 1983, NJ 1983, 543.

10 De volledige tekst van artikel 6:170 lid 1 BW luidt als volgt: 'Voor schade, aan een derde toegebracht door een fout van een ondergeschikte, is degene in wiens dienst de ondergeschikte zijn taak vervult aansprakelijk, indien de kans op de fout door de opdracht tot het verrichten van deze taak is vergroot en degene in wiens dienst hij stond, uit hoofde van hun desbetreffende rechtsbetrekking zeggenschap had over de gedragingen waarin de fout was gelegen.' De tekst van artikel 6:170 lid 3 BW luidt: 'Zijn de ondergeschikte en degene in wiens dienst hij stond, beiden voor de schade aansprakelijk, dan behoeft de ondergeschikte in hun onderlinge verhouding niet in de schadevergoeding bij te dragen, tenzij de schade een gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid. Uit de omstandigheden van het geval, mede gelet op de aard van hun verhouding, kan anders voortvloeien dan in de vorige zin is bepaald.'

11 E. Verhulp, in: *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*, Deventer 2004, derde druk, p. 110.

andere kant bedenke men dat het Debrot-arrest dateert van 1983, derhalve voor de invoering van artikel 6:74 BW en artikel 7:661 BW. Daar komt bij dat ik niet inzie waarom, wanneer de bestuurder werkzaam is op basis van een arbeidscontract hij *onder de werking van dat arbeidscontract* niet dezelfde aansprakelijkheidsbescherming zou genieten als een gewone werknemer. Juist de vergaande aansprakelijkheidsbescherming van de werknemer is een wezenlijk element van de arbeidsovereenkomst.

Daar komt bij dat Boek 2 op dit punt geen expliciete afwijking van artikel 7:661 lid 1 BW inhoudt.

In twee recente arresten¹² heeft de Hoge Raad nog eens ten overvloede de reeds in het Levison-arrest¹³ geformuleerde norm dat de arbeidsrechtelijke positie moet worden onderscheiden van de vennootschapsrechtelijke positie van de bestuurder, bevestigd. Of een ontslagbesluit gevolgen heeft voor de arbeidsverhoudingen moet worden beantwoord aan de hand van het bepaalde in de arbeidsovereenkomst, hetgeen ook is terug te voeren op de tot 1910 teruggaande wetsgeschiedenis van de wijziging van het Wetboek van Koophandel uit 1928. Mijns inziens geldt deze regel voor alle specifiek op de werknemerspositie gerichte beschermingsbepalingen, waarvan artikel 7:661 BW er één is. De bestuurder is desalniettemin gehouden aan de op hem van toepassing zijnde regels zoals die voortvloeien uit Boek 2 BW, tenzij titel 7.10 BW expliciet anders bepaalt. Zo gelden de opzegverboden ook voor de bestuurder, nu die rechtstreeks verband houden met de dienstbetrekking. Ook de norm van artikel 7:661 lid 1 BW houdt rechtstreeks verband met de dienstbetrekking; voorzover sprake is van een bestuurder/werknemer geldt mijns inziens dan ook dat artikel 7:661 BW evenzeer op hem van toepassing is *als werknemer*.

Wie meent dat het hier om een theoretische discussie gaat, omdat de bestuurder/werknemer nog altijd gemeten wordt aan de norm van artikel 2:9 BW, wijs ik op het volgende.

Bij werknemers, die vooreerst gewoon werknemer zijn, maar vanuit hun arbeidsovereenkomst de opdracht hebben gekregen als statutair bestuurder aan de slag te gaan bij een bepaalde dochtervennootschap binnen het concern, is vaak sprake van geen tot uiterst geringe bestuursvrijheid. Zij zullen als bestuurder van die dochtervennootschap vaak gehandeld heb-

12 HR 15 april 2005, JAR 2005/117 (Unidek) en HR 15 april 2005, JAR 2005/153 (Ciris/Bartelink); J.M. van Slooten wijst er in zijn Kroniek van het Sociaal Recht in NJB 2005, afl. 31, p. 16-27 e.v. op dat een op relevante punten gelijklopende uitspraak is te vinden op rechtspraak.nl onder nummer LJN: AS2032 (Van Slooten vermeldt per abuis in zijn noot het nummer AS2030); de beide uitspraken zijn besproken door P.A.M. Witteveen onder JOR 2005, 145; F.B.J. Grapperhaus in Ondernemingsrecht, p. 334-337; M.D. Ruizeveld in Het ontslag van de statutair directeur volgens de '15 april'-arresten, Sociaal Recht 2005, p. 263-268.

13 HR 13 november 1992, NJ 1993, 265, bevestigd in: HR 28 juni 2000, NJ 2000, 556.

ben op instructie van het bestuur van de moedermaatschappij en zich in veel gevallen ten gevolge daarvan gedisciplineerd weten voor aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW. Als werknemer weten zij zich vergaand gevrijwaard van interne aansprakelijkheid op grond van artikel 7:661 lid 1 BW, behoudens in geval van opzet of bewuste roekeloosheid.

Hoe dan ook, een rechtspersoon die zijn bestuurder intern aansprakelijk wil houden voor diens taakvervulling, zal op de voet van tekortkoming onder de arbeidsovereenkomst in het licht van de norm van artikel 7:661 BW al te snel op dood spoor belanden, gezien de vergaande aansprakelijkheidsbeperking die uit artikel 7:661 lid 1 BW voortvloeit.

Omdat de norm van ernstige verwijtbaarheid onder artikel 7:661 jo. artikel 6:74 BW voor de bestuurder/werknemer minder ver gaat dan die van artikel 2:9 BW, meen ik dat de rechtspersoon altijd in de eerste plaats voor het anker zal moeten gaan van artikel 2:9 BW. Dat een dergelijke keuze vooraf is aan te bevelen, kan men ook duidelijk lezen in het Moonen-arrest van de Hoge Raad waarin de raad heel nadrukkelijk onderscheid maakte tussen de voor aansprakelijkheid van de bestuurder *als bestuurder* vereiste ernstige verwijtbaarheid en voor aansprakelijkheid van de bestuurder *als werknemer* vereiste opzet of bewuste roekeloosheid.¹⁴

Dat de norm van artikel 2:9 BW verder gaat dan die van artikel 7:661 lid 1 BW is mijns inziens te billijken vanwege de in de inleiding al genoemde bijzondere bestuursverantwoordelijkheid die de bestuurder juist in die hoedanigheid heeft. Daarvoor is het van belang om eerst nog eens kort stil te staan bij de nadere invulling van de algemene bestuursopdrachten.

4 De nadere invulling van de algemene bestuursopdracht voor afrekening en aansprakelijkheid

In paragraaf 2 wees ik er reeds op dat de wettelijke omschrijving van de bestuursopdracht naar zichzelf verwijst en derhalve niet duidelijk maakt wat nu precies besturen inhoudt. Als gezegd, de Code Tabaksblat heeft daar een nadere invulling aan gegeven. Toch zijn er wel wettelijke bepalingen die deeltaken omschrijven. Zo is er artikel 2:10 BW dat de verplichte boekhouding voorschrijft en artikel 2:120 lid 4 BW dat het maken van aantekeningen van besluiten voorschrijft: aan de ene kant een voorschrift ten aanzien van de inhoudelijke invulling, aan de andere kant een voorschrift ten aanzien van de werkwijze. Een interessante verplichting in opkomst lijkt die te zijn met betrekking tot de interne risicobeheersing en controle: de Code Tabaksblat geeft aan dat hierover door het bestuur verantwoording

¹⁴ HR 10 december 1999, NJ 2000, 6.

moet worden afgelegd in het jaarverslag¹⁵ en er gaan zelfs stemmen op om dienaangaande in de wet de verplichtingen van het bestuur vast te leggen.¹⁶

Verder bevatten veel statuten van rechtspersonen goedkeuringsbepalingen, die enerzijds de bestuursbevoegdheid begrenzen door een limitatieve lijst van aan goedkeuring onderworpen besluiten te geven, anderzijds juist daarmee ook een omschrijving geven van datgene wat tot de bestuurstaken behoort. In zijn uitspraak van 29 november 2002¹⁷ heeft de Hoge Raad beslist dat, wanneer een bestuurder in strijd handelt met statutaire bepalingen die de rechtspersonen beogen te beschermen, dit gezien moet worden als een zwaarwegende omstandigheid die in beginsel de aansprakelijkheid van de bestuurder vestigt.

Het negeren van statutaire goedkeuringsvoorschriften betekent enerzijds dat de bestuurder zich niet houdt aan de afspraken omtrent de verdeling van bevoegdheden en verantwoordelijkheden, anderzijds dat hij zich onttrekt aan het door de vennootschap als noodzakelijk geformuleerde toezicht.

Het negeren van statutaire goedkeuringsbepalingen is daarmee een omstandigheid die, in de hierna nader te bespreken normstelling van de Hoge Raad, kan leiden tot een ernstig verwijt aan de bestuurder en in dat geval in beginsel in strijd is met een bestuuroptreden dat van een redelijk handelend bestuurder verwacht mocht worden.

Anders is het met het niet op juiste wijze invullen van de verantwoordelijkheden die de Code Tabaksblat formuleert: de realisatie van de doelstellingen, de strategie en het beleid en de daaruit voortvloeiende resultatenontwikkeling. Een bestuurder die zich hier niet aan houdt, kan niet *at face value* gezegd worden zijn taakvervulling niet naar behoren te hebben gedaan conform het voorstel van artikel 2:9 BW.

Ik destilleer uit de uitspraak van de Hoge Raad inzake Berghuizer Papierfabriek aan de ene kant en de nadere invulling in de Code Tabaksblat wat besturen inhoudt aan de andere kant, een aantal hoofdregels dat in algemene zin voor de bestuurder geldt. In de eerste plaats moet de bestuurder zich houden aan de bevoegdheidsbegrenzings- en toezichtregels die binnen de vennootschap gelden of redelijkerwijs zouden moeten gelden en aldus actief meewerken aan het systeem van *checks and balances*. In de tweede plaats dient hij zich te houden aan interne dan wel van buiten

15 Code Tabaksblat, best practice bepaling II 1.4: het management moet in het jaarverslag verklaren dat de interne risicobeheersings- en controlesystemen adequaat en effectief zijn.

16 Zie daarover E. de Jong, Interne controle: the next banana skin?, column in Ondernemingsrecht 2005, afl. 14.

17 HR 29 november 2002, JOR 2003/2, Berghuizer Papierfabriek.

komende regels en procedures. In de derde plaats moet hij zich houden aan geformuleerde inhoudelijke beleidslijnen – dit zijn de door de Code Tabaksblat geformuleerde strategie en het beleid.

In de vierde en bepaald niet laatste plaats, moet hij bij dit alles op het moment van handelen het belang van de vennootschap in het oog houden; het gaat er immers om, zoals de Code Tabaksblat terecht formuleert, dat hij streeft naar realisatie van de doelstelling van de vennootschap.

Het is daarmee niet gezegd dat het niet naleven van deze hoofdbeginselen consequenties heeft voor zijn positie. Daarvoor is het noodzakelijk vast te stellen wat de algemene norm is voor onbehoorlijke taakvervulling.

5 Ernstige verwijtbaarheid: de normstelling uit het Staleman/Van de Ven-arrest van de Hoge Raad (NJ 1997, 360)

Volgens Asser/Maeijer¹⁸ is van aansprakelijkheid als in artikel 2:9 BW bedoeld pas sprake bij een onmiskenbare tekortkoming in handelen of nalaten van de bestuurder, waarbij het dan gaat om een tekortkoming waarover geen redelijk oordelend en verstandig ondernemer twijfelt. Die toets lijkt de Hoge Raad evenwel te ver te gaan, zoals blijkt uit een arrest uit 2003. In deze Skipper-Club-zaak had het hof in rechtsoverweging 9 van zijn arrest onder meer overwogen dat een op artikel 2:9 BW gebaseerde aansprakelijkheid slechts kan worden aangenomen in het geval dat de betrokken bestuurder als zodanig (en derhalve niet als aandeelhouder) zo onmiskenbaar en duidelijk in de vervulling van zijn taken is tekort gekomen dat daarover geen redelijk oordelend ondernemer zou kunnen twijfelen.

In het daaropvolgende arrest uit 2003 overweegt de Hoge Raad dan over de aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW:

‘Voor deze aansprakelijkheid is vereist dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Of van een ernstig verwijt sprake is, dient te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval [laatstelijk HR 29 november 2002, nr. Co1/096, RvdW 2002, 195; Berghuizer Papierfabriek]. De bewoordingen van de hiervoor in 3.3 weergegeven rechtsoverweging 9 van het Hof lijken erop te wijzen dat het Hof aldus een te strenge maatstaf heeft aangelegd.’¹⁹

¹⁸ Asser/Maeijer, Rechtspersonen, 2000, 2-III, nr. 321.

¹⁹ HR 4 april 2003, JOR 2003, 134.

De Hoge Raad meende derhalve dat de eis dat ‘geen redelijk oordelend ondernemer zou kunnen twijfelen aan de onjuistheid’ te ver ging: de drem-pel van aansprakelijkheid wordt dus al eerder door de bestuurder overschreden. Toch blijkt anderzijds uit de jurisprudentie dat bestuurdersaansprakelijkheid wegens onbehoorlijke taakvervulling ex artikel 2:9 BW ook niet al te snel moet intreden. De Hoge Raad heeft dit erkend in het al genoemde Staleman/Van de Ven-arrest (NJ 1997, 360). Hierin oordeelde de Hoge Raad dat voor aansprakelijkheid op de voet van artikel 2:9 BW vereist is dat aan de bestuurder een *ernstig verwijt* kan worden gemaakt. Of het handelen of nalaten van de bestuurder als ernstig verwijtbaar moet worden gekwalificeerd moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval, aldus de Hoge Raad. Op die omstandigheden kom ik in de volgende paragraaf terug.

Bij de invulling van de ernstige verwijtbaarheid staat in ieder geval voorop dat van een bestuurder mag worden verwacht dat hij op zijn taak berekend is en die nauwgezet vervult, zo blijkt uit het Staleman/Van de Ven-arrest. In de recente Laurus-beschikking²⁰ overwoog de Hoge Raad dat het oordeel van de Ondernemingskamer dat van wanbeleid ex artikel 2:350 BW sprake is geweest in een aansprakelijkheidsprocedure onder omstandigheden die bewijsrechtelijke betekenis kan hebben dat de rechter voorshands bewezen acht dat de aangesproken persoon tegenover de rechtspersoon zijn taak niet heeft vervuld *op de wijze waarop een redelijk bekwame en redelijk handelende functionaris die taken in de gegeven omstandigheden had behoren te vervullen*.

Hiermee heeft de Hoge Raad naar mijn mening bevestigd dat het antwoord op de vraag of er sprake is van ernstige verwijtbaarheid wordt bepaald door een voor de eiser/claimant wat minder strenge norm dan de door Asser/Maeijer – zie de eerste zin van deze paragraaf – en het Hof in de Skipper-Club-zaak benoemde norm.

In een arrest dat ging over de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator²¹ besliste de Hoge Raad iets soortgelijks ook reeds voor de curator als in de Laurus-zaak werd geformuleerd: de maatstaf is of de curator wel of niet heeft gehandeld zoals in redelijkheid mocht worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator.

Om te kunnen spreken van een behoorlijke taakvervulling moet dus allereerst sprake zijn van een op zijn taak berekende bestuurder, die zijn werkzaamheden nauwgezet vervult. Die nauwgezette vervulling moet vervolgens geschieden overeenkomstig hetgeen de redelijke bekwame en

20 HR 8 april 2005, JOR 2005/119 m.nt. Brink.

21 HR 19 april 1996, NJ 1996, 727 (Van Schuppen).

redelijke handelende ‘maatman’-bestuurder zou doen. Hoe die ‘maatman’-bestuurder zou handelen, hangt af van de omstandigheden van het geval.

In een bijzonder interessante beschouwing heeft Assink²² zich kritisch uitgelaten over het door de Hoge Raad ook op de bestuurder toepassen van de norm van de redelijk bekwame en redelijk handelende maatman-bestuurder. Hij stelt dat, waar de taakvervulling van een curator veel meer door regels geleid en van protocollen voorzien is, het te rechtvaardigen is dat voor de curator een ‘maatman’-norm wordt geformuleerd. Er is immers, zo begrijp ik uit zijn betoog, juist gezien de veelheid aan regelgeving waaraan de curator zich bij zijn handelen moet houden en de geringe beleidsvrijheid die hij heeft, een zeer geringe bandbreedte voor de bekwaamheid en het handelen van curatoren, zodat men tamelijk eenvoudig een dergelijke ‘maatman’-norm voor zich ziet. Daarmee is het minder bezwaarlijk dat de *ex post* oordelende rechter zich achteraf een oordeel aanmeet over wat naar redelijke bekwaamheid en redelijke handelwijze van de curator verwacht had mogen worden.

Assink is niet enthousiast over een dergelijke *ex post*-beoordeling aan de hand van dezelfde maatman-norm binnen het kader van artikel 2:9 BW:

‘Wat het gevoerde ondernemingsbeleid betreft ligt een dergelijke maatstaf mijns inziens niet voor de hand. Zo bestaat het “objectief juiste” hier in de regel niet. De rechter kan hier niet goed bepalen wat handelen “zoals het hoort” inhoudt of wat dé te varen koers moet zijn, terwijl het gevaar van “wijsheid achteraf” hier levensgroot aanwezig is.’

Vervolgens pleit Assink voor het invoeren van een rationaliteitstoetsing²³ bij de vraag of sprake is van aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW: van een ernstig verwijt en dus onbehoorlijke taakvervulling kan volgens hem dan pas sprake zijn bij een irrationele en verwijtbare bestuurlijke handelwijze, waarbij ik overigens aantekenen dat irrationeel gedrag al snel verwijtbaar zal zijn.

Ik ben het niet met zijn betoog eens.

In de eerste plaats behoren bij een toetsing *ex post* door de rechter of de bestuurder heeft gehandeld zoals van een redelijke bekwame en redelijk

22 B.F. Assink, Enige gedachten omtrent interne bestuurdersaansprakelijkheid, *Ondernemingsrecht* 2005, afl. 11/12, p. 905 e.v.

23 Een herhaling van een eerder gezamenlijk geuite opvatting, in: B.F. Assink & P.D. Olden, Over bestuurdersaansprakelijkheid. De reikwijdte van de maatstaf ‘ernstig verwijt’, vrijetekening en vrijwaring nader bezien, *Ondernemingsrecht* 2005, afl. 1, p. 9-16.

handelend bestuurder in de gegeven omstandigheden verwacht mocht worden, wel degelijk het eigen karakter van ondernemen en alle daarbij behorende, niet streng aan regels en protocollen gebonden beleidsoverwegingen, te worden meegenomen. Het gegeven dat het bestuursbeleid minder onderhevig is aan die regelgeving en protocollen, zoals dat wel het geval is bij de curator – dit punt ben ik overigens geheel met Assink eens –, betekent alleen maar dat de rechter in zijn toetsing of er al dan niet sprake is geweest van een redelijke bekwame en redelijk handelend bestuurder, des te terughoudender moet zijn. Men bedenke daarbij dat de vraag of sprake is van een redelijk gehandeld hebbende bestuurder afhangt van tal van omstandigheden, waarvan de Hoge Raad er een aantal in het Staleman/Van de Ven-arrest nader benoemt (zie par. 6).

In de tweede plaats lijkt mij de door Assink gesuggereerde rationaliteitstoetsing niet deugdelijk. Men kan zich immers situaties indenken waarin de bestuurder wel degelijk op rationele wijze gehandeld heeft, maar desalniettemin een ernstig verwijt kan worden gemaakt van het door hem gevoerde beleid. Men denke aan de situatie waarbij de bestuurder geheel rationeel aan zijn eigen belang voorrang heeft gegeven boven dat van de vennootschap: is de bestuurder daarmee vrijgepleit van onbehoorlijke taakvervulling, nu zijn handelen op zichzelf genomen de rationaliteitstoetsing kan doorstaan?

Overigens zal het voor de bestuurder of zijn advocaat achteraf, wanneer de zaken verkeerd zijn gelopen, hoe dan ook niet moeilijk zijn alsnog een ratio te construeren voor een bepaald gevoerd ondernemingsbeleid, waarmee de drempel van de rationaliteitstoetsing wel erg hoog zal worden.

Een derde bezwaar tegen de suggestie van Assink is dat, zoals hijzelf overigens ook aangeeft, ook bij de rationaliteitstoetsing uiteindelijk door de rechter een oordeel wordt geveld over het gevoerde ondernemingsbeleid respectievelijk de daaraan ten grondslag gelegen hebbende overwegingen. De rechter oordeelt namelijk toch of het gevoerde beleid wel of niet rationeel is geweest.

6 De nadere invulling van de normstelling van het ernstig verwijt in het arrest Staleman/Van de Ven

Of het handelen of nalaten van de bestuurder hem ernstig valt te verwijten dient te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval, aldus de Hoge Raad. Die omstandigheden noemt hij uitdrukkelijk in het arrest NJ 1997, 360: het gaat daarbij om (1) de aard van de activiteiten, (2) het daaruit voortvloeiende risico, (3) de taakverdeling binnen het bestuur, (4) geldende richtlijnen en (5) gegevens waarover de bestuurder beschikt of behoort te beschikken – dit alles als gezegd op basis van inzicht en de zorg-

vuldigheid die mogen worden verwacht van een terzakekundige en op zijn taak berekende bestuurder.²⁴

Het Drostebox-effect van de bekwaamheid en taakvervulling die van een bestuurder verwacht mogen worden

In het Staleman/Van de Ven-arrest heeft de Hoge Raad door de aldaar geformuleerde omstandigheden waaraan moet worden getoetst of sprake is van ernstige verwijtbaarheid ex artikel 2:9 BW, ongemerkt een zeker Drostebox-effect naar binnen laten sluipen. Het antwoord op de vraag welk inzicht en welke zorgvuldigheid verwacht mogen worden van de bestuurder in kwestie hangt immers ook weer af van de aard van de activiteiten, het daaruit voortvloeiende risico, de taakverdeling binnen het bestuur, de geldende richtlijnen en de gegevens waarover het bestuur beschikt of behoorde te beschikken. Om dit Drostebox-effect te voorkomen is het derhalve onvermijdelijk eerst de feitelijke situatie ten aanzien van de andere door de Hoge Raad gereleveerde omstandigheden vast te stellen en aan de hand daarvan te bepalen welk inzicht en welke zorgvuldigheid in die omstandigheden verwacht mochten worden van de betreffende bestuurder – waarmee men in wezen langs andere weg ook weer op de Laurus-norm terecht komt.

Is de door de Hoge Raad gegeven lijst van omstandigheden limitatief?

Mijns inziens is de door de Hoge Raad gegeven opsomming van omstandigheden niet limitatief. Van den Ingh²⁵ wees er al op dat ook de financiële positie van de rechtspersoon een bepalende omstandigheid is. Voorts zou ik menen dat niet alleen de taakverdeling binnen het bestuur, maar ook de verhouding tot het toezichthoudende orgaan van belang is. In die situaties, waarin besluitvorming conform statutaire bepalingen juist gezamenlijk met commissarissen tot stand is gekomen, is de gedeelde verantwoordelijkheid van de toezichthouder ook van invloed op de vraag of al dan niet voldaan is aan de behoorlijke taakvervulling van artikel 2:9 BW.

Overigens is daarmee gegeven dat een bestuurder, waar mogelijk, juist een *double check* van zijn bestuursbeslissingen van enige importantie zou moeten doen, hetzij bij collega-bestuurders, hetzij bij de toezichthouder of de aandeelhouder. Daarbij heb ik niet het oog op een, ook vrij vergezochte, reflexwerking van het genoemde Berghuizer Papierfabriek-arrest,²⁶ als wel

24 Mist de bestuurder het inzicht of de bekwaamheid die van iemand in zijn positie mogen worden verwacht, dan kan hij zich daar ter disculpatie niet op beroepen, aldus Huizink, Rechtspersonen, Artikel 9, Aant. 4, hetgeen mij een juist standpunt lijkt.

25 F.J.P. van den Ingh, Collegiaal bestuurder toezicht, Tijdschrift voor ondernemingsbestuur 2005, afl. 4, p. 115 e.v.

26 HR 29 november 2002, NJ 2003, 455.

op letterlijke toepassing van het in Staleman/Van de Ven geformuleerde uitgangspunt van nauwgezette taakvervulling. Een bestuurder die geen *double check* maakt, beslist op basis van zijn eigen beperkingen in kennis, ervaring, vakbekwaamheid én perspectief. Hij stelt zich daarmee, zo dunkt mij, eerder bloot aan ernstige verwijtbaarheid: van een redelijk bekwame en redelijk handelend bestuurder mag mijns inziens immers bij een onderneming van enige omvang onder alle omstandigheden verwacht worden dat hij bij anderen, binnen dan wel buiten de onderneming, zijn beleidsbepalingen, mits van enige importantie, vóóraf ter toetsing of advisering voorlegt.

7 De bestuurder/werknemer en verwijtbaarheid in het kader van de kantonrechttersformule

In de kantonrechttersformule of, zo men wil, de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechtters, komt de term verwijtbaarheid weliswaar voor, maar wordt deze niet nader uitgewerkt – begrijpelijk, omdat de kantonrechttersformule nu juist beoogt een volledige van nul tot één lopende schaal te bieden voor het verwijtbaarheidsgehalte.

Maar daarmee kan ieder feitelijk oordeel van de bevoegde lagere rechter dat er sprake is van enige verwijtbaarheid in het handelen van de bestuurder reeds leiden tot een verlaging van de zogenoemde correctiefactor in de kantonrechttersformule. Daarbij maakt het bijvoorbeeld ook geen verschil of het verwijtbaarheidsoordeel wordt ingegeven door het samenstel van feitelijke omstandigheden en de wijze waarop de bestuurder daarbinnen gehandeld heeft dan wel of het wordt ingegeven door de simpele overtredding van één bepaalde norm.

Omdat de verwijtbaarheid van de bestuurder/werknemer in de zin van de kantonrechttersformule dus alle gradaties doorloopt van zeer gering tot zeer ernstig, congrueert deze per definitie niet met de ernstige verwijtbaarheid van artikel 2:9 BW, maar zal er slechts sprake zijn van de gedeeltelijke overlapping en wel daar op de schaal waar dat verwijtbaarheidsgehalte zeer hoog respectievelijk het hoogst is. In paragraaf 9 komt de vraag aan de orde hoe een en ander zich tot elkaar verhoudt, maar eerst is het nodig om nader in te gaan op de ernstige verwijtbaarheidsnorm in het kader van artikel 2:9 BW.

8 Afrekening en aansprakelijkheid: wanneer worden bestuurders hun fouten aangerekend en zo ja: in welke mate?

Met het voorgaande is, met behulp van de oordelen van de Hoge Raad in Staleman/Van de Ven en Laurus, aangegeven wat de norm is voor de aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW: daarvoor is het vereist dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt, hetgeen het geval is wanneer een bestuurder zijn taak niet heeft vervuld op een wijze waarop een redelijk bekwaam en redelijk handelende bestuurder zijn taak in de gegeven omstandigheden had behoren te vervullen.

Vervolgens is de vraag wanneer sprake zou moeten zijn van een afrekening met een bestuurder, zonder dat hij aansprakelijk is. Met andere woorden: wanneer kan men zeggen dat de bestuurder weliswaar zodanig verwijtbaar heeft gehandeld dat hij niet in aanmerking komt voor een beëindigingsvergoeding op basis van een neutrale factor, maar anderzijds niet aansprakelijk is.

Om deze afbakening mogelijk te maken is het eerst goed om vast te stellen dat er gradaties zijn in het door de bestuurder tekortschieten in zijn functieneren. Niet voor niets spreekt de Hoge Raad over een *ernstig* verwijt: juist vanwege de grote mate van beleidsvrijheid en -verantwoordelijkheid die voor een bestuurder speelt, levert één enkele fout, of soms zelfs: een reeks van verschillende, dan wel een reeks van opvolgende, dezelfde fouten, niet zonder meer een ernstig verwijt op.

Juist de feitelijke invulling van de omstandigheden die ik in de vorige paragraaf op een rij zette, kan ertoe leiden dat zelfs een zeer grote fout, of anders wel: een reeks kleinere fouten, niet kan worden gezien als onbehoorlijke taakvervulling.

De rechter zal in zijn *ex post*-beoordeling van het bestuurshandelen juist omdat hij *wise after the event* oordeelt uiterst terughoudend moeten zijn. Ik kan mij dan ook in het geheel niet vinden in de opvatting van Blanco Fernández,²⁷ die stelt dat de bestuurder ook aansprakelijk kan zijn voor gewone fouten.

Niet alleen de ernst van de fout, maar ook de wijze waarop de fout tot stand is gekomen en de omstandigheden waarin een en ander geschiedt, zijn van belang – zo kan men ondubbelzinnig afleiden uit Staleman/Van de Ven.

Dat neemt niet weg dat de lat voor de bestuurder, juist omdat hij de bekleder van een vennootschapsrechtelijk orgaan is, hoog ligt: de *stakeholders*

27 J.M. Blanco Fernández, Rechtspositie en aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen, Ondernemingsrecht 2000, p. 474-480.

binnen en buiten de onderneming mogen enerzijds verwachten dat de bestuurder op zijn taak toegerust is qua ervaring en bekwaamheden, maar ook dat hij als bestuurder voor de nodige *checks and balances* heeft gezorgd, voorzover die al niet, bijvoorbeeld via de statuten, in de onderneming waren voorzien.

Wanneer is er nu aanleiding om met de bestuurder af te rekenen zonder dat er sprake is van interne aansprakelijkheid?

Voor de vraag of een bestuurder weliswaar in arbeidsrechtelijke zin verwijtbaar heeft gehandeld, maar niet in de zin van artikel 2:9 BW op onbehoorlijke wijze zijn taken heeft vervuld, is het mijns inziens behulpzaam een onderscheid te maken tussen drie voorvragen en de toetsing aan ernstige verwijtbaarheid en de omstandigheden die daarbij een rol spelen, zoals door de Hoge Raad geformuleerd in Staleman/Van de Ven.

Die voorvragen komen voort uit de door mij eerder omschreven hoofdbeginselen voor het handelen van de bestuurder en luiden als volgt:

- Heeft de bestuurder gehandeld conform het belang van de vennootschap op het moment van handelen?
- Heeft de bestuurder bij zijn handelen binnen de vennootschap geldende procedurele en/of inhoudelijke regels en/of beleidslijnen in acht genomen?
- Heeft de bestuurder bij zijn handelen een adequaat systeem van *checks and balances* in acht genomen voorzover het een substantiële of bijzondere kwestie betrof?

In wezen dekken deze drie voorvragen voor een belangrijk deel de omstandigheden die de Hoge Raad in Staleman/Van de Ven noemde.

Wanneer evenwel het antwoord op één of meer van de vragen negatief is, is daarmee beslist niet gezegd dat een bestuurder niet zou voldoen aan wat van een redelijk bekwame en redelijk handelende bestuurder in de gegeven omstandigheden verwacht had mogen worden. Wel zou hij in dat geval in arbeidsrechtelijke zin verwijtbaar gehandeld hebben.

Men denke aan het voorbeeld van de bestuurder die zijn commissarissen of, bij gebreke van een Raad van Commissarissen, zijn aandeelhouder niet of nauwelijks op de hoogte heeft gehouden van belangrijke bestuursbeslissingen, hetgeen tot een al dan niet verwijtbare verstoring van de vertrouwensrelatie kan leiden. Men denke ook aan de bestuurder die in het licht van marktomstandigheden foute beslissingen heeft genomen – in strijd met inhoudelijke bedrijfsregels van de vennootschap –, terwijl zulks wellicht naar de maatstaven van een redelijk bekwame en redelijk handelend bestuurder wel te verantwoorden was. Door dergelijke fouten lijdt de vennootschap schade, maar het is niet gezegd dat daarmee sprake is van ern-

stig verwijtbaar handelen van de bestuurder in de zin van Staleman/Van de Ven.

Een bestuurder kan een fout maken of zelfs bij herhaling in de fout gaan op een wijze – om de Laurus-beschikking te parafaseren – waarop ook een redelijk bekwame en redelijk handelende bestuurder die fout respectievelijk herhaling van fouten had kunnen begaan. Toch kan zijn handelen in dat geval arbeidsrechtelijk verwijtbaar zijn – omdat hij het belang van de vennootschap onvoldoende in het oog heeft gehouden, of omdat hij bepaalde procedurele regels op inhoudelijke beleidslijnen niet heeft gevolgd of omdat hij voorafgaand aan zijn handelen onvoldoende *checks and balances* heeft betracht.

Zo kan bijvoorbeeld het doen verslechteren van de relatie met de huisbankier of het bij herhaling negeren van medezeggenschapsvoorschriften verwijtbaar handelen opleveren, zonder dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling in de zin van artikel 2:9 BW, ofwel: zonder dat sprake is van een ernstig verwijt. Ook kan het plegen van een acquisitie of het juist plegen van een desinvestering in strijd met een eerder met commissarissen afgestemd beleid, in die zin verwijtbaar zijn.

Het ingrijpen in management op werkmaatschappijniveau om redenen van persoonlijke incompatibilités, terwijl de betreffende managers wel goed functioneren, kan strijd opleveren met inhoudelijke beleidslijnen, maar ook met het belang van de vennootschap, hier ook weer: zonder dat sprake behoeft te zijn van ernstig verwijtbaar handelen. Een laatste voorbeeld is het door een bestuurder verstrekken van betaalde adviezen aan een grote leverancier of afnemer van de vennootschap. In arbeidsrechtelijke zin kan dit de bestuurder/werknemer worden aangerekend, met name wanneer in de arbeidsovereenkomst is afgesproken dat nevenactiviteiten verboden zijn. Maar dit behoeft niet direct een onbehoorlijke taakvervulling in de zin van artikel 2:9 BW op te leveren.

Een aardig voorbeeld in dit verband is de vrij recente Exhol-uitspraak van het Hof Den Bosch:²⁸

In deze zaak was sprake van een directeur die een dienstwoning bewoonde, voor het gebruik waarvan kort gezegd de Belastingdienst een naheffing loonbelasting oplegde, aangezien de waarde van het bewoningsrecht naar het oordeel van de Belastingdienst te laag was opgegeven.

De directeur stelde de aandeelhouders niet op de hoogte van het standpunt van de Fiscus en de daaruit voortvloeiende niet geringe nadelige consequenties voor de vennootschap. Het hof was met de aandeelhouder van mening dat de directeur het standpunt van de Fiscus en de

28 Hof 's-Hertogenbosch 28 september 2004, JOR 2005/3.

naheffingsaanslagen expliciet onder de aandacht van de aandeelhouders had behoren te brengen en in die zin zijn taak als bestuurder onbehoorlijk had vervuld, maar hij meende evenwel dat het voor hem niet van zodanige ernst was dat de directeur daarvoor door de vennootschap persoonlijk aansprakelijk kon worden gehouden. Daarbij overwoog het hof dat de directeur het standpunt van de Fiscus gemotiveerd had bestreden door middel van een bezwaarschrift, waarop ten tijde van de aandeelhoudersvergadering ter vaststelling van de jaarrekening over het eerste boekjaar waarin een en ander speelde nog niet was beslist. Bovendien oordeelde het hof dat de vennootschap zelf mede voor een en ander verantwoordelijk was doordat zij gedurende een groot aantal jaren met de door de directeur betaalde huurvergoeding had ingestemd en die vergoeding aldus al kenbaar was uit de resultatenrekening en de opeenvolgende jaarrekeningen. Ten slotte overwoog het hof dat de vennootschap met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden van de directeur onvoldoende had gesteld om de stelling van de vennootschap aannemelijk te doen zijn dat zij die arbeidsvoorwaarden naar aanleiding van het standpunt van de Fiscus zonder meer zo zou hebben kunnen aanpassen dat de nadelige gevolgen geheel voor rekening van de directeur waren gekomen.

In deze uitspraak oordeelde het hof dat weliswaar sprake was geweest van een verwijtbaar handelen van de directeur, waarbij deze ten voordele van zichzelf en ten nadele van de vennootschap wezenlijke informatie voor de vennootschap verzweg, maar dat een en ander gezien de omstandigheden toch niet kon worden gekwalificeerd als een ernstig verwijt dat tot interne aansprakelijkheid zou leiden in de zin van artikel 2:9 BW.

9 De drie gradaties van bestuurlijke verantwoording

Uiteindelijk valt uit het voorstaande te concluderen dat er drie gradaties van verantwoording voor de bestuurder zijn, die ik hierna korthedshalve aanduid als verantwoording 1, 2 en 3.

Daarbij versta ik onder bestuurlijke verantwoording: de confrontatie van de bestuurder met (de gevolgen van) zijn bestuurlijk handelen en nalaten tegenover het in dat opzicht bevoegde orgaan binnen de vennootschap.

Verantwoording 1:

Vertrek met een vergoeding op basis van ten minste $C = 1$

De minst vérstrekkende situatie is die, waarin de bestuurder geconfronteerd wordt met het gegeven dat hij niet langer handhaafbaar is, omdat er sprake is van een incompatibilité, een verschil over het te voeren beleid of een *change of control*. Daarbij heb ik het oog op een werkelijke incompati-

bilité tussen de bestuurder en zijn collega-bestuurders, de toezichthouders of de aandeelhouder en dus niet op de situatie waarbij een befaamde bestuurder met de vennootschap afsprekt dat de oorzaak van zijn vertrek zal worden gekwalificeerd als een incompatibilité.

In deze gevallen kan de bestuurder niet een verwijt worden gemaakt van de ontstane situatie. Men ziet in dergelijke situaties dat de lagere rechtspraak vaak factoren toekent die ruim boven $C = 1$ liggen.²⁹

Verantwoording 2:

Vertrek vanwege verwijtbaar handelen met een vergoeding op basis van $C =$ minder dan 1

Een bestuurder die in strijd heeft gehandeld met een van de hiervoor genoemde kernvragen, of er nu sprake is geweest van één fout of van herhaalde fouten dan wel van een verkeerd beleid, handelt in arbeidsrechtelijke zin verwijtbaar en dient dan ook op grond van de regels van de kantonrechttersformule een vergoeding te ontvangen die lager uitkomt dan $C = 1$.

Overigens vallen hier ook minder ernstige vormen van wangedrag onder, zoals het in kennelijke staat voorzitten van een vergadering, dit in tegenstelling tot ernstiger, de vennootschap schade veroorzakende vormen van wangedrag.

Verantwoording 3:

Vertrek vanwege ernstig verwijtbaar handelen met een vergoeding op basis van $C = 0$ en mogelijke interne aansprakelijkheid

Wanneer de bestuurder heeft gehandeld op een wijze, waarop een redelijk bekwame en redelijk handelend bestuurder niet gehandeld zou hebben, is hij aansprakelijk op grond van artikel 2:9 BW. Ook zal hij in dat geval niet in aanmerking komen voor een vergoeding op basis van de kantonrechttersformule: een handelen op een wijze waarop een redelijk bekwame en redelijk handelend bestuurder niet gehandeld zou hebben komt voor risico van de bestuurder/werknemer zelf en leidt dus, gezien regel 3.4 van de kantonrechttersformule, tot de factor $C = 0$.

Wanneer men deze drie gradaties van bestuurlijke verantwoording aanbrengt, is duidelijk te zien dat alleen bij de verantwoording 2 en de verantwoording 3 ook daadwerkelijk een afrekening met de bestuurder plaatsvindt: hij wordt weggestuurd zonder dat hij een vergoeding krijgt, die onder neutrale omstandigheden zou passen bij zijn staat van dienst. Bij de verantwoording 3 valt de afrekening bovendien samen met (een reële kans op) interne aansprakelijkheid.

²⁹ Zie bijvoorbeeld Rb. Utrecht 4 januari 1995, JAR 1995/62; Rb. Den Bosch 22 mei 1996, Prg. 1996, 4597; Rb. Den Bosch 7 april 1999, JAR 1999/190 en Rb. Amsterdam 11 juli 2001, JAR 2001/154.

Er bestaat aldus binnen het gebied dat wordt bestreken door verantwoording 2 een scala van denkbare situaties en omstandigheden, waarbij de bestuurder weliswaar in arbeidsrechtelijke zin verwijtbaar heeft gehandeld, maar desalniettemin toch heeft gehandeld zoals ook een redelijk bekwame en redelijk handelende 'maatman'-bestuurder gehandeld zou kunnen hebben.

Ik wil daarmee niet betogen dat het maken van verwijtbare fouten inherent is aan besturen. Ik geef slechts aan dat verwijtbaar handelen ook door een redelijk bekwame en redelijk handelend bestuurder kan geschieden. De gemaakte verwijtbare fouten diskwalificeren de bestuurder met andere woorden niet als redelijk bekwaam en redelijk handelend functionaris.

10 Ten slotte

Timmerman³⁰ heeft er in zijn oratie in Leiden op gewezen dat het gedragsrecht voor bestuurders flexibel is: onder verwijzing naar het Berghuizer Papierfabriek-arrest stelt hij vast dat als het om aansprakelijkheid van bestuurders gaat, met alle, en dus ook: alle verzachtende omstandigheden van het geval rekening moet worden gehouden. Toch gaat die flexibiliteit niet zover dat de aansprakelijkheid van de bestuurder jegens de vennootschap op grond van artikel 2:9 BW kan worden uitgesloten of kan worden beperkt tot opzet of bewuste roekeloosheid. Zowel Timmerman t.a.p. zelf alsook De Kort-De Wilde/Potjewijd³¹ wijzen er – op hun beurt verwijzend naar veel andere literatuur – op dat artikel 2:9 BW van dwingend recht is. Men kan zich ook moeilijk voorstellen dat een vennootschap, zoals naar een door Timmerman t.a.p. gegeven voorbeeld kennelijk wel in de Amerikaanse staat Delaware is toegestaan, op voorhand in een statutaire regeling vastlegt dat een bestuurder niet jegens de vennootschap aansprakelijk is wanneer hij grof nalatig is geweest bij de voorbereiding van het nemen van een bepaald besluit.

Timmerman meent dat het dwingende karakter van artikel 2:9 BW vooral zijn oorzaak vindt in het feit dat niet alleen de belangen van aandeelhouders gediend worden, maar ook die van werknemers, schuldeisers en eventuele andere belanghebbenden bij de vennootschap.

Zelf zou ik menen dat een dergelijke aansprakelijkheidsuitsluiting niet alleen een vrijbrief geeft voor onbehoorlijke taakvervulling van de bestuurder en daarmee op voorhand het wezen van de bestuurstaak onder-

30 L. Timmerman, Gedragsrecht, belangenpluralisme en vereenvoudiging van het vennootschapsrecht (oratie Leiden), gepubliceerd in: Ondernemingsrecht 2005, afl. 1, p. 2 e.v.

31 M. de Kort-De Wilde & G. Potjewijd, Verzekering en vrijwaring, Ondernemingsrecht 2005, afl. 8, p. 278-282.

uit haalt, maar dat een dergelijke aansprakelijkheidsuitsluiting of -beperking op voorhand in strijd is met de statutaire doelstelling van de vennootschap – niet zozeer met de inhoud van de doelstelling, als wel met het bestaan van die doelstelling *zelf*.

Ten aanzien van het verwijtbare handelen in arbeidsrechtelijke zin ligt dit anders. De vennootschap kan uitdrukkelijk met de bestuurder overeenkomen dat hem een vergoeding toekomt, ongeacht het aan de beëindiging ten grondslag liggende feitencomplex; toekenning van die vergoeding laat immers, juist gezien het genoemde dwingende karakter van artikel 2:9 BW, de eventuele interne aansprakelijkheid van de bestuurder onverlet, voorzover zijn handelen niet alleen arbeidsrechtelijk verwijtbaar is, maar ook in de zin van artikel 2:9 BW ernstig verwijtbaar is. Overigens ziet men in de meeste zogenoemde *golden parachute*-clausules dat een beroep op de clausule wel degelijk is uitgesloten in die gevallen waarin hetzij de beëindiging plaatsvindt op grond van aan de bestuurder te wijten omstandigheden, hetzij de beëindiging plaatsvindt op grond van een dringende reden als bedoeld in titel 7.10 BW.³²

De in de vorige paragraaf aangegeven driedeling van verantwoordingswijzen van een bestuurder laat zien dat de bestuurder weliswaar in verschillende, oplopende gradaties beoordeeld, maar niet te snel veroordeeld mag worden. Wanneer hij zijn bestuursvrijheid op verwijtbare wijze onjuist heeft aangewend, kan dat consequenties hebben voor zijn arbeidsrechtelijke afrekening, maar niet te snel leiden tot aansprakelijkheid. Wanneer men de aansprakelijkheidstoets strenger maakt, zou dat bij consequent doorredeneren van de leer van de Hoge Raad tot gevolg hebben dat de redelijk bekwame en redelijk handelende bestuurder ernstig in zijn bestuursvrijheid belemmerd zou worden.

Aan het eind van deze beschouwing is het goed om in dat verband het hoopvolle slot van het gedicht 'De grijsaard en de jongeling' te citeren. Nadat de jongeling uit het gedicht gewaarschuwd is, eindigt de dichter aldus:

'De jongen keek door de geopende ramen
 waarlangs de wereld slaat; zonder zich te beraden
 stapte hij de deur uit, helder en zonder vrees.'³³

32 Zie bijvoorbeeld het modelcontract, dat het Nederlands van Directeuren en Commissarissen hanteert, niet direct toegankelijk, maar wel op te vragen via <www.ncd.nl>.

33 Het onderwerp van de bestuurder die zo langzamerhand steeds meer tot te vergaande voorzichtigheid wordt gedwongen, was ook onderwerp van de inaugurele rede van prof. mr. M. Kroeze aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, onder de titel 'Bange bestuurders', gehouden op 28 oktober 2005 (bij het in druk gaan van dit artikel was de tekst en de eventuele vindplaats daarvan nog niet beschikbaar).