

## Wettelijke invulling van bestuurstaken: een verhoging van het aansprakelijkheidsrisico?

### Inleiding

In de afgelopen jaren is er veel discussie geweest over corporate governance in Nederland. Daarbij is veel aandacht besteed aan de verantwoordelijkheden van bestuurders en commissarissen. Op grond van de Nederlandse Corporate Governance Code (hierna: de Code Tabaksblat) dienen bestuurders van beursvennootschappen in hun jaarverslag te verklaren dat de interne risicobeheersing- en controlesystemen adequaat en effectief zijn. De 'in control'-verklaring heeft voor veel onrust onder bestuurders van beursvennootschappen gezorgd.<sup>1</sup>

Tot veel minder ophef heeft de invoering van artikel 2:141 lid 2 BW geleid. Dit artikel legt ook aan de bestuurders van niet-beursvennootschappen verplichtingen op die afkomstig lijken te zijn van de corporate governance. Bestuurders zijn op grond van dit artikel verplicht om de raad van commissarissen (RvC) te informeren over de strategie, de risico's en het beheers- en controlesysteem van de vennootschap. In deze bijdrage zal nader worden ingegaan op deze relatief onbekende wettelijke verplichting voor bestuurders en commissarissen. Tevens zal worden stilgestaan bij de mogelijke gevolgen voor de aansprakelijkheid van de bestuurders en commissarissen.

### Wettelijke bepaling en toepassingsbereik

Op grond van artikel 2:141 lid 2 BW (en art. 2:251 lid 2 BW) dient het bestuur de RvC ten minste één keer per jaar op de hoogte te stellen van de hoofdlijnen van het strategisch beleid, de algemene en financiële risico's en het beheers- en controlesysteem van de vennootschap. Deze informatie zal hierna worden aangeduid als de Rapportage en de verplichting voor het bestuur als de Rapportageverplichting. De Rapportage van het bestuur van een topmaatschappij dient eveneens informatie te bevatten over de dochtermaatschappijen.<sup>2</sup>

Lid 2 van artikel 2:141 BW is in oktober 2004 bij de herziening van de structuurregeling ingevoerd. Blijkens de memorie van toelichting heeft de Sociaal-Economische Raad (SER) geadviseerd om deze Rapportageverplichting

- 
1. Zo stelde Fred Böttcher, bestuurder van Van der Moolen, dat de controle-eisen van Sarbanes-Oxley en de Code Tabaksblat tot paranoia leiden bij ondernemingen en de accountants, *Paranoia rond Sox en Tabaksblat*, Het Financieele Dagblad 29 juli 2005.
  2. Van Schilfgaarde/Winter, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2003, p. 198.

wettelijk vast te leggen.<sup>3</sup> Dit voorstel is door de wetgever overgenomen. De SER heeft echter in zijn advies de Rapportageverplichting van het bestuur willen beperken tot niet-beursvennootschappen. Naar het oordeel van de SER is de communicatie en informatieverstrekking bij beursvennootschappen voldoende geregeld. De wetgever heeft deze beperking daarentegen niet overgenomen. Artikel 2:141 lid 2 BW is derhalve van toepassing op zowel beursgenoteerde als niet-beursgenoteerde vennootschappen die volgens de statuten een RvC hebben.<sup>4</sup> Dit betekent echter niet dat dit artikel geen gevolgen heeft voor bestuurders van vennootschappen zonder een RvC. Dit punt zal hierna nader worden toegelicht.

### Wettelijke invulling van het begrip 'besturen'

Huizink stelt dat de wetgever met de invoering van artikel 2:141 lid 2 BW invulling geeft aan het begrip 'besturen'.<sup>5</sup> Volgens artikel 2:129 BW (en art. 2:239 BW) is de taak van het bestuur het besturen van de vennootschap. Tot aan de invoering van artikel 2:141 lid 2 BW heeft de wetgever echter weinig concrete aanwijzingen gegeven over de inhoud van het 'besturen'. Uit artikel 2:141 lid 2 BW volgt nu dat het volgens de wetgever tot de taak van het bestuur behoort om een strategisch beleid te ontwikkelen, inzicht te hebben in de algemene en financiële risico's en dat er in de vennootschappelijke organisatie een beheers- en controlesysteem moet zijn.<sup>6</sup> Omdat de wetgever zich dan eindelijk in 2004 heeft uitgelaten over het besturen van de vennootschap, beschouwt Huizink de invoering van dit artikel als een kleine revolutie.<sup>7</sup>

Voor de opvatting dat er sprake is van invulling van het begrip 'besturen', is eveneens steun te vinden in de memorie van toelichting. De wetgever verwijst in de memorie van toelichting naar het rapport van de Commissie Corporate Governance in Nederland (hierna: de Commissie Peters).<sup>8</sup> Dit rapport stelt dat het besturen van de vennootschap onder meer inhoudt dat het bestuur verantwoordelijk is voor de effectuering van ondernemingsdoelstellingen, de strategie en het beleid en de daaruit voortvloeiende resultatenontwikkeling.<sup>9</sup> De Commissie Peters beveelt eveneens aan dat het bestuur aan de RvC dient te rapporteren over de ondernemingsdoelstellingen, de strategie en de daaraan verbonden risico's, en de mechanismen tot beheersing van risico's van financiële

aard.<sup>10</sup> Hoewel de aanbevelingen van de Commissie Peters primair bedoeld zijn voor beursvennootschappen, kunnen deze aanbevelingen volgens de Commissie Peters en de wetgever ook worden toegepast op niet-beursvennootschappen. De wetgever lijkt de aanbevelingen van de Commissie Peters grotendeels te hebben overgenomen en artikel 2:141 lid 2 BW lijkt dan ook gebaseerd op de corporate governance voor beursgenoteerde vennootschappen.

Voor bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen is de Rapportageverplichting dan ook niet nieuw. Voor hen geldt dat zij reeds op grond van de Code Tabaksblat, naast de 'in control'-verklaring in het jaarverslag, een dergelijke rapportage aan de RvC moeten verstrekken. Best practice bepaling III.1.8 bepaalt dat de RvC in ieder geval eenmaal per jaar de strategie en de risico's die zijn verbonden aan de onderneming, en de uitkomsten van de beoordeling door het bestuur van de opzet en de werking van de interne risicobeheersings- en controlesystemen dient te bespreken. De RvC is alleen in staat om de strategie, de risico's en de werking van de interne risicobeheersings- en controlesystemen te bespreken als hij daarover door het bestuur is geïnformeerd.

Asser/Maeijer beschouwt de invulling van het begrip 'besturen' niet als nieuw. Op grond van artikel 2:141 BW (nu art. 2:141 lid 1 BW) diende het bestuur aan de RvC de voor de uitoefening van diens taak noodzakelijke gegevens te verschaffen. Onder 'noodzakelijke' gegevens wordt volgens Asser/Maeijer verstaan: informatie over de ondernemingsdoelstellingen, de strategie en de daaraan verbonden risico's, en de mechanismen tot beheersing van risico's van financiële aard.<sup>11</sup> Op grond daarvan zou kunnen worden gesteld dat het bestuur reeds voor de invoering van artikel 2:141 lid 2 BW verplicht was om de Rapportage aan de RvC te verstrekken op grond van artikel 2:141 BW (nu lid 1). Het grote verschil is dat er voorheen discussie zou kunnen ontstaan of deze informatie 'noodzakelijke' gegevens zijn, de wil van Asser/Maeijer is immers geen wet, terwijl op grond van artikel 2:141 lid 2 BW nu bij wet is vastgesteld dat het bestuur deze informatie dient te verstrekken.

### Nadere invulling van de taken van het bestuur

Zoals gezegd volgt uit artikel 2:141 lid 2 BW dat het tot de taken van het bestuur behoort om een strategie te ontwikkelen en inzage te verkrijgen in de algemene en financiële risico's van de onderneming. Daarnaast dient de vennootschap over een beheers- en controlesysteem te beschikken. De wetgever heeft echter niet nader toegelicht wat daaronder moet worden verstaan. Ook de memorie van

3. Het advies van de SER, getiteld 'Het functioneren en de toekomst van de structuurregeling', werd op 19 januari 2001 vastgesteld, advies 01/02, Kamerstukken II 2000/01, 25 732, nr. 17.

4. W.J. Slagter, *Compendium van het ondernemingsrecht*, Kluwer: Deventer 2005, p. 319.

5. J.B. Huizink, *Algemene en financiële risico's en het beheers- en controlesysteem van de vennootschap*, TvI 2006, p. 1.

6. Huizink 2006, p. 1.

7. Huizink 2006, p. 1.

8. Rapport Corporate Governance in Nederland; De Veertig Aanbevelingen van de Commissie Peters van 25 juni 1997.

9. Rapport Corporate Governance in Nederland, onder 4.1.

10. Rapport Corporate Governance in Nederland, onder 4.3.

11. Asser-Maeijer 2-III, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, nr. 342. Asser-Maeijer 2-III, 2000, verwijst eveneens naar de aanbevelingen van de Commissie Peters.

toelichting biedt weinig houvast voor een nadere analyse en het is nog onzeker hoe de rechter de taken van het bestuur concreet zal uitleggen. De Code Tabaksblat bevat echter nadere bepalingen die mogelijk licht werpen op een toekomstige invulling van de rechter (de Code Tabaksblat heeft als vertrekpunt het rapport 'Corporate Governance in Nederland').

### *Strategie*

Ten aanzien van de strategie bepaalt best practice bepaling II.1.2 dat het bestuur ter goedkeuring aan de RvC dient voor te leggen: (1) de operationele en financiële doelstellingen van de vennootschap, (2) de strategie die moet leiden tot het realiseren van de doelstellingen, en (3) de randvoorwaarden die bij de strategie worden gehanteerd. Op grond van deze bepaling kan worden afgeleid dat een strategisch beleid inhoudt dat het bestuur de operationele en financiële doelstellingen formuleert en vervolgens bepaalt hoe deze doelstellingen kunnen worden gehaald. Het bestuur zal daarbij tevens randvoorwaarden moeten bepalen, bijvoorbeeld ten aanzien van de financiële ratio's. Deze onderwerpen zullen vrij gedetailleerd kunnen zijn en moeten worden uitgewerkt in een strategisch plan.<sup>12</sup> Hoewel dit in de wet niet met zoveel woorden is gesteld, ga ik ervan uit dat het strategische plan schriftelijk moet zijn.

### *Algemene en financiële risico's*

Het bestuur dient ervoor te zorgen dat het op de hoogte is van alle financiële en algemene risico's van de vennootschap en haar dochtermaatschappijen. Het bestuur is daarbij afhankelijk van rapportages van derden. Het bestuur zal derhalve intensiever toezicht moeten uitoefenen. Het zal een beleid of procedure moeten ontwikkelen voor de manier waarop en waarover de afdelingen en dochters moeten rapporteren. Daarnaast zal het strenger moeten controleren of de rapportages van de afdelingen en dochters compleet en volledig zijn. Een effectief risicobeheersings- en controlesysteem kan het bestuur helpen om inzicht in de risico's te verkrijgen.

### *Beheers- en controlesysteem*

Artikel 2:141 lid 2 BW spreekt van een 'beheers- en controlesysteem', maar het is onduidelijk wat de wetgever daaronder verstaat. In de Code Tabaksblat wordt gesproken van een 'intern risicobeheersings- en controlesysteem'. Heeft de wetgever met dit subtiele verschil in bewoording bewust gekozen voor een ander systeem of dient juist aansluiting te worden gezocht bij de Code Tabaksblat? De memorie van toelichting biedt wederom geen uitkomst, maar de overduidelijke gelijkheid tussen beide formuleringen lijkt een vergelijking met de Code Tabaksblat te rechtvaardigen. Een opvallend verschil is

echter dat de Code Tabaksblat spreekt van een *adequaate en effectieve* intern risicobeheersings- en controlesysteem, terwijl artikel 2:141 lid 2 BW zwijgt over de kwaliteit van het beheers- en controlesysteem. Men zou hieruit kunnen afleiden dat de wetgever minder zware eisen aan het beheers- en controlesysteem beoogt te stellen.

Het interne risicobeheersings- en controlesysteem van de Code Tabaksblat dient op de vennootschap te zijn toegesneden (best practice bepaling II.1.3). Als instrumenten van het interne risicobeheersings- en controlesysteem hanteert de vennootschap in ieder geval: (1) risicoanalyse van de operationele en financiële doelstellingen van de vennootschap, (2) een gedragscode die in ieder geval op de website wordt geplaatst, (3) handleidingen voor de inrichting van de financiële verslaggeving en de voor de opstelling daarvan te volgen procedures, en (4) een systeem van monitoring. Blijkens de 'Verklaring van en toelichting op enkele begrippen die in de code zijn gebruikt' van de Code Tabaksblat dient het bestuur aan te geven welk raamwerk of normenkader het heeft gehanteerd bij de evaluatie van het systeem. Als voorbeeld wordt het Amerikaanse COSO-raamwerk (Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission) genoemd. Het COSO-raamwerk is een gedetailleerde opzet die uit twee raamwerken bestaat: het 'Internal Control-Integrated Framework' (ICIF) en het 'Enterprise Risk Management-integrated Framework' (ERMF).<sup>13</sup> Het ICIF is bedoeld om ondernemingen te helpen om de interne controlesystemen te beoordelen en te versterken. Het ERMF richt zich op risicobeheersing.

Wordt van de vele kleine besloten vennootschappen die ons land rijk is, eveneens verwacht dat zij een strategisch plan opstellen en een COSO-systeem hanteren? Omdat het COSO-systeem erg gedetailleerd is, lijkt het systeem niet geschikt voor de kleinere ondernemingen.<sup>14</sup> De administratieve lasten kunnen voor de bestuurders van kleine vennootschappen zelfs een onoverkomelijk probleem zijn. Voor de bestuurders van kleinere niet-beursgenoteerde vennootschappen kan het ontbreken van een nadere uitleg door de wetgever dan ook tot grote onzekerheid leiden. Voor veel grotere niet-beursvennootschappen zal dit artikel tot minder praktische problemen leiden, omdat zij op dit moment de Code Tabaksblat reeds volgen.

### **Wettelijke invulling van de toezichthoudende taak van de RvC**

De RvC heeft tot taak toezicht te houden op, en advies te geven over, het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken (art. 2:140/250 lid 2 BW). Om zijn toezichthoudende taak naar behoren te kunnen uitvoeren

---

12. Vgl. C.W. de Monchy e.a., *Corporate Governance in Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 69-70.

13. Zie voor een uitgebreide toelichting op het COSO-systeem: B. Bier, Het risico van de risicobeheersing- en interne controlesystemen: de 'in control' verklaring van de code Tabaksblat, *Ondernemingsrecht* 2005-16, nr. 188.

14. Vgl. De Monchy e.a. 2004, p. 71.

moet de RvC kunnen beschikken over alle informatie die hij met het oog op de uitoefening van zijn taak nodig acht. De wetgever heeft met de invoering van artikel 2:141 lid 2 BW bepaald dat onder noodzakelijke gegevens in ieder geval de Rapportage moet worden verstaan. Hieruit volgt dat het toezicht van de RvC in ieder geval betrekking moet hebben op het strategisch beleid, de algemene en financiële risico's en het beheers- en controlesysteem. De wetgever heeft dus met artikel 2:141 lid 2 BW eveneens een nadere invulling gegeven aan de toezichthoudende taak van de RvC.

### Nadere invulling van de taken van de RvC

De RvC zal er niet alleen op moeten toezien dat de Rapportage aan hem wordt verstrekt, maar de RvC zal ook 'iets' met deze informatie moeten gaan doen. De wetgever heeft niet nader bepaald wat dat 'iets' moet zijn. Dit volgt wel uit de rechtspraak. De RvC zal zich actief moeten opstellen. Zo oordeelde de Ondernemingskamer in de Laurus-beschikking dat indien het bestuur van het bestendige beleid afwijkt, of de gepresenteerde doelstellingen zeer ambitieus zijn, van de RvC een scherper toezicht verwacht mag worden.<sup>15</sup> De RvC zal zich dan ook een oordeel moeten vormen over de Rapportage, bijvoorbeeld: zijn de doelstellingen duidelijk geformuleerd, is de strategie realistisch met betrekking tot de te behalen doelstellingen, zijn de risico's voldoende duidelijk in kaart gebracht, en heeft het bestuur voldoende maatregelen getroffen om de risico's te beheersen? De RvC dient de informatie met het bestuur te bespreken en dient zo nodig kritische vragen aan het bestuur te stellen.<sup>16</sup> Voorts zal de RvC ervoor moeten zorgen dat de informatie ook daadwerkelijk door het bestuur wordt verstrekt.<sup>17</sup> Als de RvC het vermoeden heeft dat hij onjuist of niet volledig door het bestuur wordt geïnformeerd, is de RvC verplicht om nadere informatie aan het bestuur, of eventueel zelfs aan derden, te vragen.<sup>18</sup>

In de Code Tabaksblat is specifiek geregeld wat van de RvC van beursvennootschappen verwacht wordt. De RvC dient in ieder geval eenmaal per jaar de informatie te bespreken (best practice bepaling III.1.8) en van deze bespreking dient melding te worden gemaakt in het jaarverslag. Voorts dient het bestuur ter goedkeuring aan de RvC voor te leggen: de operationele en financiële doelstellingen van de vennoot-

schap, de strategie die moet leiden tot het realiseren van de doelstellingen, en de randvoorwaarden die bij de strategie worden gehanteerd (best practice bepaling II.1.2). Dit dient eveneens eenmaal per jaar te worden besproken. De wetgever heeft vorenstaande verplichtingen niet opgenomen in artikel 2:141 lid 2 BW. Het is te kort door de bocht om hieruit af te leiden dat niet-beursvennootschappen in het jaarverslag geen melding hoeven te maken van de besprekingen door de RvC, maar het is nog onduidelijk hoe de rechtspraak een en ander zal vormgeven.

### Aansprakelijkheid

#### *Bestuurders*

Een bestuurder is op grond van artikel 2:9 BW jegens de vennootschap aansprakelijk voor onbehoorlijk bestuur. Voor aansprakelijkheid is vereist dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt.<sup>19</sup> Of van een ernstig verwijt sprake is, dient te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval.<sup>20</sup> Van een ernstig verwijt kan volgens de Hoge Raad sprake zijn als het bestuur heeft gehandeld in strijd met statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen, bijvoorbeeld door voor bepaalde rechtshandelingen goedkeuring van de RvC voor te schrijven.<sup>21</sup> De vraag is of een schending van een wettelijk voorschrift, in casu artikel 2:141 lid 2 BW, eveneens een ernstig verwijt zou opleveren. Huizink meent van wel.<sup>22</sup> Naar mijn mening kan er als gevolg van artikel 2:141 lid 2 BW eerder sprake zijn van een ernstig verwijt, omdat dit artikel een duidelijke verplichting aan het bestuur oplegt die eveneens de vennootschap beoogt te beschermen door de RvC in staat te stellen effectief toezicht uit te oefenen.

De Hoge Raad heeft tevens geoordeeld dat er sprake is van onzorgvuldig handelen van het bestuur als het bestuur de RvC niet tijdig de 'noodzakelijke' gegevens verstrekt.<sup>23</sup> Voorheen ontstond dan echter de discussie of de ontbrekende informatie beschouwd moest worden als 'noodzakelijke' gegevens. Op grond van artikel 2:141 lid 2 BW dient het bestuur in ieder geval de Rapportage te verstrekken; laat het dit na, dan handelt het daarmee onzorgvuldig. De vaststelling dat een bestuurder onzorgvuldig gehandeld heeft, kan het voor de aansprakelijkheid op de voet van artikel 2:9 BW vereiste ernstig verwijt opleveren.

15. Hof Amsterdam 16 oktober 2003, JOR 2003, 260 m.nt. M. Brink (Laurus), r.o. 3.7-3.10.

16. Vgl. Asser-Maeijer 2-III, 2000, nr. 342 en P. Sanders & W. Westbroek/F.K. Buijn & P.M. Storm (bew.), BV en NV, Het nieuwe ondernemingsrecht, Deventer: Kluwer 2005, p. 205.

17. HR 28 juni 1996, NJ 1997, 58 (Bodam); Hof Amsterdam 9 juli 1998, NJ 1998, 882 (Vie d'Or).

18. Vgl. Sanders & Westbroek/Buijn & Storm, p. 206; Y.L.L.A.M. Delfos-Roy, De individuele commissaris en informatievergaring, Ondernemingsrecht 2005-15, nr. 178; HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466 m.nt. Ma (Ogem).

19. HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360 m.nt. Ma (Van de Ven Automobielfabriek Venlo).

20. Zie bijv. HR 4 april 2003, NJ 2003, 538 m.nt. Borrius (Skipper Club Charter BV); HR 29 november 2002, NJ 2003, 455 m.nt. Bartman (Berghuizer Papierfabriek).

21. HR 29 november 2002, NJ 2003, 455 m.nt. Bartman (Berghuizer Papierfabriek).

22. Vgl. Huizink 2006, p. 2.

23. HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466 m.nt. Ma (Ogem).



## Vennootschap & Onderneming

Op grond van artikel 2:138 BW (en art. 2:248 BW) kunnen bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het bij de afwikkeling van het faillissement blijken tekort in geval van kennelijk onbehoorlijk bestuur, dat een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Volgens Asser/Maeijer dient er net zoals bij artikel 2:9 BW sprake te zijn van ernstige verwijtbaarheid.<sup>24</sup> In de wetsgeschiedenis is voorts als voorbeeld van kennelijk onbehoorlijk bestuur het onvoldoende informeren van de RvC genoemd.<sup>25</sup> De curator zal dan ook artikel 2:141 lid 2 BW mogelijk gebruiken om aan te tonen dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur, dat een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

In de rechtspraak stranden vorderingen tegen bestuurders vaak op de zware bewijslast. Met behulp van artikel 2:141 lid 2 BW kan de bewijslast worden verlicht.

### *Raad van commissarissen*

Wat voor de bestuurders geldt, geldt eveneens voor de commissarissen. De regeling van de aansprakelijkheid van bestuurders in artikel 2:9 BW en de bijzondere aansprakelijkheid van artikel 2:138 BW (en art. 2:248 BW) zijn van overeenkomstige toepassing ten aanzien van de taakvervulling van de RvC.<sup>26</sup> Uit de rechtspraak volgt reeds dat de RvC zijn taak onbehoorlijk uitoefent als hij naar aanleiding van de verkregen informatie geen actie onderneemt, terwijl dit wel van hem verwacht had mogen worden, of als de RvC er niet op toeziet dat het bestuur de 'noodzakelijke' gegevens daadwerkelijk verstrekt.<sup>27</sup> Op grond van artikel 2:141 lid 2 BW dient de RvC ervoor zorg te dragen dat de Rapportage aan hem wordt verstrekt en dient hij deze kritisch te bekijken. Laat de RvC dit na, dan handelt hij mogelijk onzorgvuldig, hetgeen een ernstig verwijt kan opleveren.

### **Conclusie**

Bestuurders van zowel beursvennootschappen als niet-beursvennootschappen moeten op grond van artikel 2:141 lid 2 BW jaarlijks aan de RvC rapporteren over de hoofdlijnen van het strategische beleid, de algemene en financiële risico's, en de wijze waarop deze risico's systematisch worden beheerd. Vooral voor de bestuurders van niet-beursvennootschappen is het verstrekken van deze Rapportage aan de RvC nieuw, voor bestuurders van beursvennootschappen volgt deze verplichting impliciet uit de Code Tabaksblad.

Met de invoering van artikel 2:141 lid 2 BW heeft de wetgever invulling gegeven aan het begrip 'besturen', omdat dit artikel een aantal specifieke verplichtingen aan het bestuur oplegt: (1) het bestuur dient een strategisch beleid te ontwikkelen, (2) het bestuur dient op de hoogte te zijn van alle algemene en financiële risico's van de vennootschap, en (3) het bestuur dient ervoor zorg te dragen dat de vennootschap over een beheers- en controlesysteem beschikt. Ook voor de RvC betekent deze bepaling dat het toezicht van de RvC in ieder geval betrekking moet hebben op het strategische beleid, de risico's en het beheers- en controlesysteem.

De wetgever heeft geen nadere uitleg gegeven over de begrippen in het nieuwe artikellid en het is nog onzeker hoe de rechter de taken van het bestuur concreet zal uitleggen. Bestuurders van beursvennootschappen doen er verstandig aan om de best practice bepalingen van de Code Tabaksblad te volgen bij de uitleg van de begrippen, omdat de rechter geneigd zal zijn de begrippen aan de hand van de Code Tabaksblad in te vullen. Voor bestuurders van kleinere niet-beursvennootschappen lijkt dit niet altijd geschikt, omdat de nadere uitleg van de Code Tabaksblad niet zonder meer analoog kan worden toegepast. De onzekerheid die dit meebrengt, kan voor met name de kleinere BV's een zware belasting zijn.

Omdat artikel 2:141 lid 2 BW een duidelijke verplichting aan het bestuur oplegt die de vennootschap beoogt te beschermen, kan schending van dit artikel een voor de aansprakelijkheid op de voet van artikel 2:9 BW vereist ernstig verwijt opleveren. Het handelen in strijd met deze bepaling kan eveneens leiden tot de vaststelling dat het bestuur en/of de RvC onzorgvuldig gehandeld heeft. In een faillissement kan een schending van artikel 2:141 lid 2 BW mogelijk kennelijk onbehoorlijk bestuur opleveren, hetgeen tot aansprakelijkheid van het bestuur of de RvC leidt. Hoewel in de rechtspraak vorderingen tegen bestuurders en commissarissen vaak werden afgewezen als gevolg van de zware bewijslast, wordt de bewijslast door dit artikel aanmerkelijk verlicht. Bij een vennootschap in financiële moeilijkheden kan een schending van dit artikel dan ook nieuwe munitie tegen bestuurders en commissarissen opleveren.

*Mr. B. Bon  
Allen & Overy*

24. Asser-Maeijer 2-III, 2000, nr. 329.

25. Asser-Maeijer 2-III, 2000, nr. 328.

26. Asser-Maeijer 2-III, 2000, nr. 359; Van Schilfgaarde/Winter 2003, nr. 72.

27. Hof Amsterdam 16 oktober 2003, JOR 2003, 260 m.nt. M. Brink (Laurus), r.o. 3.7-3.10.