

Het aansprakelijkheidsregime van non-executives in een one tier-bestuursstructuur

Inleiding

De afgelopen jaren zijn de Nederlandse kranten gevuld met in het oog springende koppen over de grote macht van CEO's binnen vennootschappen, enkele geruchtmakende boekhoudaffaires en de stijging van bezoldigingspakketten van bestuurders. Regelmatig is de vraag aan de orde of toezicht op en de verantwoording van degenen die het beleid binnen de vennootschap bepalen, wel goed is geregeld. De toezichthoudende taak speelt een cruciale rol in het mechanisme van checks and balances van een vennootschap. Deze is in diverse Europese landen op verschillende manieren geregeld. De wijze waarop binnen een vennootschap het toezicht is geregeld, wordt mede bepaald door de gehanteerde bestuursstructuur.

Het Nederlandse vennootschapsrecht is toegespitst op een duaal stelsel, hoewel algemeen wordt aangenomen dat de wet ook voldoende ruimte laat om bestuur en toezicht volgens een monistisch stelsel in te richten. Door de toegenomen internationalisering van de Nederlandse markt en de Angelsaksische invloeden is de laatste jaren de interesse in de monistische bestuursstructuur bij Nederlandse vennootschappen aangewakkerd. De creatie van de Europese vennootschap (*Societas Europaea*) met de keuzemogelijkheid voor een one tier board of een two tier board zorgt voor een verdere toename van vennootschappen in Nederland met een one tier-bestuursstructuur.

Hierna zal ik eerst beknopt de relevante aspecten van de taken, verantwoordelijkheden en aansprakelijkheid van de toezichthoudende functionarissen in het dualistische model aangeven. Daarna sta ik uitvoeriger stil bij de positie van de toezichthoudende functionarissen in het monistische model. Tot slot besteed ik bijzondere aandacht aan de vraag of de Nederlandse wetgeving in een gepast aansprakelijkheidsregime voorziet voor de non-executives in een one tier-bestuursstructuur.

De taken, verantwoordelijkheden en aansprakelijkheid van commissarissen

Taak van de RvC

Een vennootschap kent als belangrijkste organen de algemene vergadering van aandeelhouders (AVA) en het bestuur. Voorts biedt de wet de mogelijkheid tot het instellen van een raad van commissarissen (RvC). In het geval van een structuurvennootschap is dit zelfs een verplichting. Er bestaat geen hiërarchische verhouding tussen de RvC en het bestuur. Deze twee vennootschapsorganen staan naast elkaar.¹

1. Asser/Maeijer 2-III, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, nr. 253.

Alleen natuurlijke personen kunnen deel uitmaken van de RvC.

De RvC heeft een toezichthoudende en een adviserende taak. De RvC dient zich bij het uitoefenen van zijn taak te beperken tot het houden van toezicht en indien nodig het bestuur met advies bij te staan. Dit houdt geen medebesturende functie in. De commissarissen dienen de besluiten van het bestuur tegen het licht te houden om te bekijken of het bestuur in redelijkheid als goed bestuurder tot deze beslissing heeft kunnen komen.² Bij de uitoefening van zijn taak richt de RvC zich naar het vennootschappelijk belang. Het bestuur dient de RvC tijdig de gegevens te verschaffen die nodig zijn voor de uitoefening van zijn taak.

Op grond van de structuurregeling zijn vennootschappen verplicht om een RvC in te stellen als zij aan de vereisten van artikel 2:153 lid 1/2:263 lid 1 BW voldoen en gedurende drie jaren onafgebroken zijn ingeschreven bij het handelsregister. Op vennootschappen die onder het structuurregime vallen, is een aantal bijzondere wetbepalingen van toepassing, te weten de artikelen 2:152-164 BW en de artikelen 2:262-274 BW. Zo bepaalt de structuurregeling onder andere dat bij een volledige structuurvennootschap de RvC de bestuurders van de vennootschap benoemt en ontslaat. De structuurregeling kent ook een verzwakt structuurregime. Het verzwakte regime is in het leven geroepen voor Nederlandse structuurvennootschappen die onderdeel zijn van een internationaal concern. Dit verzwakte regime is van toepassing als aan de bepalingen van artikel 2:155/265 BW is voldaan. Bij vennootschappen waarop het verzwakte regime van toepassing is, bezit de RvC een beperkter aantal bevoegdheden dan in vennootschappen die aan het volledige regime zijn onderworpen. Zo is bijvoorbeeld de bevoegdheid tot benoeming van bestuurders bij structuurvennootschappen met een verzwakt regime aan de AVA gelaten.

Aansprakelijkheid van commissarissen

De leden van de RvC vervullen hun taak collectief, maar kunnen ieder individueel aansprakelijk worden gehouden voor een goede taakvervulling. De commissarissen kunnen slechts aan de aansprakelijkheid ontkomen door zich individueel te disculperen. Artikel 2:149/2:259 BW bepaalt dat de aansprakelijkheidsgronden voor commissarissen zijn te vinden in de artikelen 2:9, 2:138/248 en 6:162 BW.

Uit artikel 2:9 juncto 2:149/259 BW vloeit voort dat iedere commissaris tegenover de rechtspersoon gehouden is tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. In het geval de desbetreffende taak tot de werkkring van twee of meer commissarissen behoort, is ieder van

hen hoofdelijk aansprakelijk voor een tekortkoming daarin. Een commissaris is niet aansprakelijk als hij kan aantonen dat de tekortkoming niet aan hem is te wijten en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. De aansprakelijkheid zoals vastgelegd in artikel 2:9 BW betreft slechts een interne aansprakelijkheid.

Op grond van artikel 2:138/248 juncto 2:149/259 BW is iedere commissaris in geval van faillissement hoofdelijk aansprakelijk jegens de boedel voor het boedeltekort indien hij zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld én aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Van belang is dat een vordering op basis van dit artikel slechts kan worden ingesteld op grond van onbehoorlijke taakvervulling in de periode van drie jaren voorafgaande aan het faillissement. Dit is een externe aansprakelijkheid. De rechtspraak geeft als uitleg voor zowel artikel 2:9 BW als artikel 2:138/248 BW dat commissarissen alleen hoofdelijk aansprakelijk kunnen zijn indien er sprake is van een onmiskenbare tekortkoming als gevolg van ernstige verwijtbaarheid.³

De aansprakelijkheid van commissarissen op grond van onrechtmatige daad betreft eveneens een externe aansprakelijkheid. De artikelen 2:150/260 BW zijn een uitwerking van de aansprakelijkheid zoals vastgelegd in artikel 6:162 BW, die de aansprakelijkheid voor de misleidende voorstelling door de jaarrekening behandelen.⁴

De taken, verantwoordelijkheden en aansprakelijkheid van non-executives

Het monistische bestuursmodel

Een one tier board binnen een Nederlandse vennootschap wordt in de praktijk vormgegeven doordat de executives en de non-executives in één bestuur plaatsnemen. De executives zijn belast met de dagelijkse gang van zaken en de non-executives zijn verantwoordelijk voor de algemene gang van zaken.⁵ In de statuten kan deze taakverdeling nader worden uiteengezet. Het gehele bestuur is belast met en verantwoordelijk voor het besturen van de vennootschap. In tegenstelling tot het two tier-systeem heeft een monistisch bestuursmodel dus geen RvC. Aangezien de instelling van een RvC onder het Nederlandse vennootschapsrecht facultatief is, behalve voor structuurven-

2. H.J.M.N. Honée, *Commissarissen, gezanten uit Niemandland?*, De NV 1996, p. 280.

3. HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360 (Staleman/Van de Ven); Hof Den Haag 6 april 1999, JOR 1999, 142.

4. Zie Asser/Maeijer 2-III, 2000, nr. 362.

5. P.J. Dortmund, *De one-tier board in een Nederlandse vennootschap*, in: L.J. Hijmans van den Bergh e.a., *Nederlands ondernemingsrecht in grensoverschrijdend perspectief*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen, Deventer: Kluwer 2003, p. 118; D.A.M.H.W. Strik, *Aansprakelijkheid van niet-uitvoerende bestuursleden: you cannot have your cake and eat it*, *Ondernemingsrecht* 2003, p. 367.

Vennootschap & Onderneming

nootschappen, bestaat er op deze wijze in Nederland de nodige flexibiliteit voor het creëren van een one tier board.

Het monistische model vindt in het huidige Nederlandse vennootschapsrecht zijn grondslag in de statuten van de vennootschap, in een reglement of in een besluit van een daartoe bevoegd orgaan. Dit model kent echter geen expliciete wettelijke grondslag.⁶ De mogelijkheid om een vennootschap met een monistische bestuursstructuur op te richten leidt wel tot de nodige juridische vragen. Het samenvoegen van bestuurders en toezichthouders in één bestuur heeft onder meer de nodige consequenties voor het aansprakelijkheidsrisico van de non-executives.

De taken, verantwoordelijkheden en aansprakelijkheid van non-executives

Het Nederlandse vennootschapsrecht kent ook voor het bestuur het beginsel van de collectieve taakvervulling. Doordat de non-executives zitting hebben in het bestuur, gelden de wettelijke bepalingen betreffende bestuurders ook voor de non-executives. Het gevolg is dat zij aan hetzelfde beginsel van taakvervulling zijn onderworpen en tezamen met de executives verantwoordelijk zijn voor de uitoefening van de bestuurstaak. Dit houdt in dat de non-executives aansprakelijk kunnen zijn voor het handelen en nalaten van het gehele bestuur, tenzij zij zich kunnen disculperen.

In artikel 2:9 BW staat de zinsnede *de hem opgedragen taak*. Deze zinsnede bevestigt dat de wetgever een taakverdeling binnen het bestuur toestaat.⁷ Deze taakverdeling is van belang voor de individuele disculpatie. Een onderlinge taakverdeling vormt echter geen garantie voor disculpatie. Zo is disculpatie niet eenvoudig ten aanzien van bepaalde onderwerpen die tot de werkring van iedere bestuurder respectievelijk commissaris behoren, zoals onder andere de financiële gang van zaken.⁸

De collectieve taakvervulling heeft tot gevolg dat de non-executives geneigd zullen zijn in grotere mate te participeren in het besturen dan commissarissen die deel uitmaken van een apart orgaan. Deze veelvuldig actievere rol leidt tot een verhoogde aansprakelijkheidsgraad. Verder heeft de hoeveelheid informatie, de aard van de informatie en het tijdsverschil in het ter beschikking komen van informatie invloed op de kennis waarover een toezichthouder beschikt en bijgevolg op zijn aansprakelijkheid. Zo beschikken de non-executives door het bijwonen van de bestuursvergaderingen over een grotere informatievoorziening dan commissarissen, hetgeen derhalve consequenties heeft voor hun aansprakelijkheid.⁹

De wet bepaalt dat een commissaris wordt gelijkgesteld met een bestuurder indien de desbetreffende commissaris het beleid van de rechtspersoon heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder. Het voorgaande heeft tot gevolg dat deze commissaris in die concrete situatie niet als commissaris aansprakelijk is, maar als beleidsbepaler.¹⁰ Hieruit blijkt dat de aansprakelijkheid de feitelijk uitgevoerde taak volgt. Indien dit een toezichthoudende taak inhoudt, dient vaststelling van de aansprakelijkheid plaats te vinden overeenkomstig de aansprakelijkheid van commissarissen. Indien de feitelijk uitgevoerde taak inhoudt het bepalen van het beleid van de vennootschap, dient vaststelling van de aansprakelijkheid plaats te vinden overeenkomstig de aansprakelijkheid van bestuurders. Het voorgaande zou als maatstaf kunnen worden gebruikt voor de aansprakelijkheid van non-executives als toezichthouders binnen het bestuur.

Daartegenover is het eenvoudigweg van toepassing verklaren van het aansprakelijkheidsregime van commissarissen op non-executives ook niet wenselijk. Dit is alleen mogelijk indien het ruimere takenpakket van de non-executives een wettelijke grondslag krijgt. Anders houdt men onvoldoende rekening met het feit dat commissarissen plaatsnemen in een afzonderlijk, zelfstandig orgaan, terwijl de non-executives deel uitmaken van het bestuur. De non-executives beschikken dikwijls over een ruimer takenpakket dan commissarissen. Dit uitgebreidere takenpakket brengt pro rata een grotere verantwoordelijkheid mee en dienovereenkomstig een ruimer aansprakelijkheidsbegrip.¹¹ Het ligt voor de hand om de aansprakelijkheid van non-executives in een monistisch bestuursmodel overeenkomstig de aansprakelijkheid van een commissaris te toetsen, met inachtneming van het verschil in takenpakket.

Tot slot

Het Nederlandse vennootschapsrecht is gebaseerd op de dualistische bestuursstructuur. Het oprichten van een vennootschap met het monistische bestuursmodel is mogelijk, maar niet expliciet in de wet vastgelegd. De non-executives zijn belast met vergelijkbare taken als de commissarissen. Het verschil is dat de non-executives toezicht houden *binnen* het bestuurlijke orgaan en niet zoals een commissaris in een apart orgaan *op* het bestuur. Hierdoor zijn de wettelijke bepalingen over bestuurders van toepassing op de non-executives en zijn zij ook aan dezelfde aansprakelijkheidsgronden onderworpen. Door hun positie binnen het bestuur bezitten zij veelal een ruimer takenpakket dan commissarissen, en zodoende hebben zij een verdergaande verantwoordingsverplichting en aansprakelijkheid.

6. S.H.M.A. Dumoulin, *De Europese vennootschap (SE)*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2004, p. 110.

7. Zie noot 5.

8. Zie Asser/Maeijer 2-III, 2000, nr. 329.

9. Zie Strik 2003, p. 373.

10. P.J. Dortmund, *Delegatie binnen het toezichthoudend en het bestuurlijk orgaan*, *Ondernemingsrecht* 2005/90.

11. Zie noot 9.

Bestuurders en commissarissen worden in de praktijk in toenemende mate aangesproken op hun taakvervulling. Dit heeft tot gevolg dat, indien blijkt dat zij niet naar behoren functioneren, zij vaker aansprakelijk worden gesteld. Echter, de wet bevat geen specifieke bepaling die de aansprakelijkheid van non-executives regelt. Het wettelijke vastleggen van een duidelijke verdeling van de taken en verantwoordelijkheden kan wellicht verheldering scheppen over de positie van non-executives als toezichthouder *in* het bestuur. Als het takenpakket van de non-executives op wettelijke basis voldoende is gedefinieerd, verdient het aanbeveling om een schakelbepaling op te nemen die het aansprakelijkheidsregime van commissarissen van overeenkomstige toepassing verklaart op de non-executives.

*Mr. T.M.L. van Es
Stibbe*