

Wetsvoorstel Bestuur en Toezicht

Het verschil in vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheid tussen de niet-uitvoerende bestuurder en de commissaris

*Mr. Th. G. J. M. Melchers LL.M.**

Inleiding

Aan het wetsvoorstel Bestuur en Toezicht¹ is in de literatuur al de nodige aandacht besteed. In deze bijdrage wordt gekeken naar de verschillen in aansprakelijkheid tussen de niet-uitvoerende bestuurder en de commissaris. Na enkele inleidende opmerkingen over het wetsvoorstel zullen in deze bijdrage verschillen in taakomschrijving, bevoegdheid, aansprakelijkheid en disculpatie van de niet-uitvoerende bestuurder en de commissaris worden besproken.

Wetsvoorstel

Mocht het wetsvoorstel in zijn huidige vorm worden ingevoerd, dan biedt het nieuwe artikel 2:129a/239a BW de mogelijkheid om (bij of krachtens de statuten) de bestuurstaken te verdelen over één of meer uitvoerende bestuurders en één of meer niet-uitvoerende bestuurders. Hiermee wordt de mogelijkheid tot het invoeren van een monistisch bestuursstelsel uitdrukkelijk geregeld in het Nederlandse vennootschapsrecht.

Zodra een vennootschap na invoering van het wetsvoorstel kiest voor dit monistische bestuursstelsel vervalt daarmee de functie van de raad van commissarissen en zullen de betreffende toezichthoudende en adviserende taken (moeten) worden vervuld door personen die bestuursverantwoordelijkheid dragen (art. 2:140/250 lid 1 wetsvoorstel).

In de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat het monistische en het dualistische stelsel naar elkaar toe zijn gegroeid in de laatste jaren. De oorspronkelijke opvatting over een meer passieve taakvervulling van de commissaris is volgens de memorie van toelichting namelijk verschoven naar een meer actieve opstelling door de commissaris. De keuze voor een monistisch dan wel een dualistisch stelsel zou dan ook meer een gevolg zijn van de wetgevende tradities van landen waarin de stelsels tot bloei zijn gekomen, dan dat de keuze een uitwerking is van een fundamenteel verschil in taakopvatting.

Nu, zoals in de memorie van toelichting wordt gesteld, aan de keuze voor een monistisch dan wel een dualistisch bestuursstelsel

teem inderdaad geen fundamenteel verschil in taakopvatting ten grondslag ligt, is het interessant om de gevolgen voor het toepasselijke aansprakelijkheidsregime nader te bekijken. Aangezien de taakomschrijving en de bevoegdheden die zijn toegekend aan de raad van commissarissen en in het wetsvoorstel zullen worden toegekend aan de niet-uitvoerende bestuurders, nauw samenhangen met het toepasselijke aansprakelijkheidsregime, zal daar in deze bijdrage aandacht aan worden besteed.

Taakomschrijving

Commissaris

De taken van de commissaris, als lid van de raad van commissarissen, zijn (1) het houden van toezicht op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, en (2) het adviseren van het bestuur (art. 2:140/250 lid 2 BW). Binnen de raad van commissarissen kan een taakverdeling plaatsvinden tussen de verschillende commissarissen. Voor de volledigheid merk ik op dat de taken van de raad van commissarissen op grond van bijzondere regelingen in Boek 2 BW, in de WOR of in de statuten kunnen worden uitgebreid. Deze bijzondere regelingen worden in deze bijdrage echter buiten beschouwing gelaten.

Niet-uitvoerende bestuurder

De taak van de niet-uitvoerende bestuurder zal worden neergelegd in een nieuw in te voeren artikel 2:9 BW en volgt verder uit het bestaande artikel 2:129/239 BW. Het nieuw in te voeren artikel 2:9 BW zal bestaan uit twee leden die komen te luiden:

1. Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Tot de taak van de bestuurder behoren alle bestuurstaken die niet bij of krachtens de wet of de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld.
2. Elke bestuurder draagt verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken. Hij is voor het geheel aansprakelijk terzake van onbehoorlijk bestuur, tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.²

* Mr. Th.G.J.M. Melchers LL.M. is advocaat bij Allen & Overy.

1. Wetsvoorstel 31 763 van 6 november 2008 tot wijziging van Boek 2 BW i.v.m. de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen.

Op grond van deze nieuwe formulering van artikel 2:9 BW behoren alle bestuurstaken die niet bij of krachtens de wet of de statuten aan één of meer andere bestuurders zijn toebedeeld, tot de taak van de bestuurder. Dit betekent dat taken die niet specifiek zijn toebedeeld binnen het bestuur, op zowel de uitvoerende bestuurder als de niet-uitvoerende bestuurder rusten.

Op grond van artikel 2:129/239 BW is het bestuur in beginsel belast met het besturen van de vennootschap. Welke taken verder tot 'het bestuur' behoren, hangt af van de inrichting van de onderneming. Duidelijk is dat deze taken in ieder geval meer omvatten dan de dagelijkse leiding.² Zo zijn het algemeen beleid en de financiële inrichting fundamentele bestuurstaken die tot de verplichting van het hele bestuur behoren, ongeacht of er een andersluidende taakverdeling is.³

Verskil in taakomvang tussen commissaris en niet-uitvoerende bestuurder

Dat de taak van de niet-uitvoerende bestuurder meer omvat dan de taak van de commissaris, wordt in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel erkend. In dit kader wordt opgemerkt dat 'de taken van de niet-uitvoerende bestuurders meer omvatten dan advisering toezicht houden in de bij ons tot op heden bekende zin'. De niet-uitvoerende bestuurders zullen volgens de memorie van toelichting meer dan de commissarissen actief betrokken zijn bij het algemene beleid van de vennootschap. Zij nemen immers deel aan, en zijn direct verantwoordelijk voor, de besluitvorming over de algemene beleidslijnen.

Het verschil in taakomvang is verder gelegen in de omstandigheid dat het bestuur en de raad van commissarissen twee afzonderlijke organen van de vennootschap zijn met ieder eigen taken en bevoegdheden. De vaststelling van die taken en bevoegdheden volgt uit de wet en meer specifiek (hetgeen verschilt per vennootschap) uit de statuten. Nog afgezien van de wijze waarop in de statuten aan deze rechten en plichten invulling wordt gegeven, volgt uit de wet en de literatuur dat de taak van de niet-uitvoerende bestuurder in haar kern anders is dan de taak van de commissaris. Bevoegdheden die door de wet zijn toebedeeld of inherent zijn aan het bestuur, kunnen statutair immers niet worden toegekend aan de raad van commissarissen.⁴ In die gevallen waar de commissaris krachtens wet of statuten geacht wordt zich niet met de dagelijkse leiding van de vennootschap bezig te houden, valt de dagelijkse leiding in beginsel wel onder het takenpakket van de niet-uitvoerende bestuurder als lid van het bestuur.

Bevoegdheden

Commissaris

Ten aanzien van de individuele commissaris merkte Maeijer reeds op dat bij de beoordeling van mogelijke disculpatie voor

zijn aansprakelijkheid rekening moet worden gehouden dat deze slechts beperkte mogelijkheden heeft maatregelen te treffen om de gevolgen van onbehoorlijke taakvervulling af te wenden.⁵ Wat onder behoorlijke taakvervulling door een commissaris in een specifiek geval moet worden begrepen, is afhankelijk van de aan de raad van commissarissen per geval (per vennootschap) toegekende bevoegdheden. Tot de bevoegdheden van de raad van commissarissen behoren in ieder geval (1) het schorsen van bestuurders (art. 2:147/257 BW), (2) het geven van een opdracht aan een accountant tot onderzoek van de jaarrekening wanneer de algemene vergadering van aandeelhouders dat nalaat (art. 2:393 BW), (3) het ondertekenen van de jaarrekening (art. 2:101/210 lid 2 BW), (4) het bijeenroepen van de algemene vergadering van aandeelhouders (art. 2:109/209 BW), en (5) het ontslaan van verdere aansprakelijkheid tot volstorting van aandelen van een vorige aandeelhouder (art. 2:90/199 BW). De statuten kunnen de bevoegdheden van de raad van commissarissen verder aanvullen (art. 2:140/250 lid 3 BW) door bijvoorbeeld goedkeuring van de raad van commissarissen ten aanzien van bepaalde bestuursbesluiten voor te schrijven, maar ook in geval van ontstentenis of belet van bestuurders (art. 2:134/244 lid 4 BW).

Niet-uitvoerende bestuurder

De bevoegdheden van het bestuur komen krachtens de wet aan iedere bestuurder toe, dus ook aan de niet-uitvoerende bestuurder, tenzij de statuten anders bepalen (art. 2:130/240 lid 2 BW). Deze bevoegdheden zijn onbeperkt en onvoorwaardelijk, voor zover uit de wet niet anders voortvloeit (art. 2:130/240 lid 3 BW). Deze bepaling dient evenwel enigszins te worden genuanceerd. Zo hangt de omvang van de bevoegdheden nauw samen met de taak van het bestuur.⁶ Daarnaast zijn statutaire beperkingen ten aanzien van de bevoegdheden van het bestuur toegestaan (goedkeuringsvereisten, gezamenlijke bevoegdheid bestuurders). Een taakverdeling binnen het bestuur brengt in de bevoegdheid en in de gezamenlijke (collegiale) verantwoordelijkheid overigens geen wijziging.⁷ Iedere bestuurder blijft verantwoordelijk voor de taakuitoefening door het bestuur en voor de besluiten die door het orgaan worden genomen.

Verskil in bevoegdheden tussen de commissaris en de niet-uitvoerende bestuurder

De bevoegdheden van het bestuur zijn vele malen groter dan de bevoegdheden van de raad van commissarissen. In tegenstelling tot het onbeperkt en onvoorwaardelijk bevoegde bestuur is de raad van commissarissen slechts bevoegd wanneer dit specifiek uit de wet of de statuten volgt.

Aansprakelijkheid

Bij het analyseren van de mogelijke gevolgen voor het toepasselijke aansprakelijkheidsregime als gevolg van de keuze voor een monistisch of een dualistisch systeem, speelt het verschil in taak-

2. Asser/Maeijer 2-III, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, nr. 291.

3. D.A.M.W.H. Strik, Aansprakelijkheid voor de niet-uitvoerende bestuursleden, Ondernemingsrecht 2003, p. 368.

4. Asser/Maeijer 2000, nr. 344.

5. Asser/Maeijer 2000, nr. 360.

6. Van Schilfgaarde/Winter, Van de BV en de NV, Deventer: Kluwer 2006, p. 134.

7. Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 8.

omvang van het bestuur en van de raad van commissarissen – beleidsbepalend en uitvoerend in plaats van toezichthoudend en adviserend – een belangrijke rol.

De regeling van de (interne) aansprakelijkheid van de bestuurders zoals neergelegd in de artikelen 2:9 en 2:138/248 BW is van overeenkomstige toepassing op de taakvervulling door de raad van commissarissen (art. 2:149/259 BW). In zijn algemeenheid geldt dat hoe groter het taken- of bevoegdhedenpakket van een bestuurder of commissaris is, hoe groter diens verantwoordelijkheid. Meer verantwoordelijkheid resulteert in een groter aansprakelijkheidsrisico. Verantwoordelijkheid is dus de opmaat voor de regeling van de aansprakelijkheid,⁸ maar niet ieder gebrek aan verantwoordelijkheid hoeft direct te leiden tot aansprakelijkheid.⁹ De rechtsgrond waarop de (interne) aansprakelijkheid van zowel de bestuurder als de commissaris wordt gebaseerd, is onbehoorlijke taakvervulling.¹⁰

De taken van de niet-uitvoerende bestuurder en de commissaris zouden in de statuten kunnen worden beperkt. Deze beperkingen hebben echter geen gevolgen voor de omvang van de aansprakelijkheid van de niet-uitvoerende bestuurder en de commissaris als lid van het bestuur, respectievelijk de raad van commissarissen. Het bestuur, evenals de raad van commissarissen, is als orgaan van de vennootschap immers collectief verantwoordelijk verschuldigd voor het vervullen van zijn taak (art. 2:101/210 lid 2 en 2:107/217 lid 2 BW). De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel scheidt hierover duidelijkheid door de in de literatuur gestelde vraag of, indien de onbehoorlijke taakvervulling een aangelegenheid betreft die niet tot de werking van een bestuurder behoort, deze bestuurder hoofdelijk aansprakelijk is op grond van artikel 2:9 BW,¹¹ positief te beantwoorden.

Het beginsel van collectief bestuur leidt ertoe dat alle bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn voor onbehoorlijk bestuur van een individuele bestuurder, ook als het onderwerp niet tot de taak van een bepaalde bestuurder behoort. Hetzelfde beginsel geldt voor individuele commissarissen. Kortom, een onmiskenbare tekortkoming van het bestuur of de raad van commissarissen die het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen door een (individuele) bestuurder of commissaris, zal, voor zover door de eiser (de vennootschap) gesteld en aangetoond, leiden tot hoofdelijke aansprakelijkheid van alle leden van het betreffende orgaan.¹²

Is onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur inderdaad aangetoond, dan staat daarmee nog niet vast dat de raad van commissarissen de toezichthoudende taak onbehoorlijk heeft vervuld. De raad van commissarissen heeft immers een eigen taak en eigen bevoegdheden op grond waarvan moet worden beoor-

deeld of hij zijn taak (toezicht houden en adviseren) onbehoorlijk heeft vervuld.¹³ Enkel wanneer de raad van commissarissen signalen over onbehoorlijk bestuur heeft genegeerd of bewust genoeg heeft genomen met een onvolledige of ondeugdelijke informatieverstrekking door het bestuur, en dat daarmee is komen vast te staan dat hij niet heeft gehandeld waar dat wel vereist was, kan worden geconcludeerd dat de raad van commissarissen in zijn toezicht tekort is geschoten. De aansprakelijkheid van de niet-uitvoerende bestuurder daarentegen staat vast zodra onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur is geconstateerd. Een beperking in het takenpakket (of bevoegdhedenpakket) van de niet-uitvoerende bestuurder heeft op deze hoofdelijke aansprakelijkheid onder het beginsel van collectief bestuur, geen invloed, zodat de niet-uitvoerende bestuurder enkel nog de mogelijkheid van (individuele) disculpatie rest. Een soortgelijke uitweg bestaat onder het huidige recht ook voor de commissaris.

Disculpatie

Wanneer een onmiskenbare tekortkoming (ernstige verwijtbaarheid) in de taakuitvoering van het bestuur of de raad van commissarissen is aangetoond, wordt de tekortkoming ingevolge het beginsel van collectieve aansprakelijkheid aan alle bestuurders en alle commissarissen toegerekend. Daarmee is de aansprakelijkheid van ieder van de bestuurders en commissarissen voor het geheel gegeven, tenzij een individuele bestuurder of commissaris zich succesvol weet te disculperen door aan te tonen dat hem geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van de tekortkoming af te wenden.¹⁴

Bij de mogelijkheid tot individuele disculpatie die een bestuurder en een commissaris wordt geboden, speelt de taakverdeling een belangrijke rol.¹⁵ Wanneer een niet-uitvoerende bestuurder of een commissaris – mede gelet op de taakverdeling – geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij daarnaast niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden, biedt de wet (art. 2:9/149/259 BW) de mogelijkheid van individuele disculpatie.

De beoordeling van ernstige verwijtbaarheid en nalatigheid bij een beroep op individuele disculpatie zal plaatsvinden in het licht van taken en bevoegdheden. Dat de taak van de commissaris beperkter is dan de taak van de niet-uitvoerende bestuurder en ook de bevoegdheid van de raad van commissarissen beperkter is dan het bestuur, zal meewegen bij het slagen van een beroep op individuele disculpatie. Aangezien de niet-uitvoerende bestuurder eerder en over meer informatie beschikt en meer betrokken is bij de gang van zaken binnen de vennootschap (mogelijke voordelen van het monistische systeem volgens de memorie van toelichting), lijkt de mogelijkheid dat de niet-uitvoerende bestuurder zich kan disculperen voor ernstige verwijt-

8. Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 9.

9. Asser/Maeijer 2000, nr. 320.

10. HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360 (Staleman/Van de Ven).

11. Strik 2003, p. 368.

12. Asser/Maeijer 2000, nr. 321.

13. Art. 2:138/148 lid 7 en 2:151/261 BW worden in deze bijdrage buiten beschouwing gelaten.

14. Asser/Maeijer 2000, nr. 321.

15. Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 8; HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360 (Staleman/Van de Ven).

baarheid, te beperken, zeker ten opzichte van de commissaris. Ook heeft de niet-uitvoerende bestuurder in beginsel een even zware stem als de uitvoerende bestuurder bij belangrijke beslissingen die door het bestuur worden genomen. Deze verdergaande betrokkenheid en bevoegdheden van de niet-uitvoerende bestuurder ten opzichte van de commissaris leiden ertoe dat de niet-uitvoerende bestuurder eerder dan de commissaris het verwijt kan worden gemaakt nalatig te zijn geweest. Het aansprakelijkheidsrisico van de niet-uitvoerende bestuurder lijkt groter dan dat van de commissaris.¹⁶

Reacties op het wetsvoorstel

DLA Piper Nederland N.V. signaleert in haar reactie op het voorontwerp van het wetsvoorstel reeds de 'vergrote aansprakelijkheidsexposure' van de toezichthouder binnen de vennootschap onder het monistische bestuursstelsel.¹⁷

De Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht besteedt in haar reactie geen specifieke aandacht aan de aansprakelijkheid van niet-uitvoerende bestuurders.¹⁸ Eumedion merkt in zijn reactie op het wetsvoorstel nog wel op dat niet-uitvoerende bestuurders volledig verantwoordelijk en aansprakelijk zijn voor de besluiten van het bestuur, maar besteedt verder geen aandacht aan het gevolg hiervan voor de positie van de niet-uitvoerende bestuurder ten opzichte van de commissaris.¹⁹

Conclusie

De niet-uitvoerende bestuurder en de commissaris hebben beiden een toezichthoudende taak. Toch lijkt het aansprakelijkheidsrisico dat zij lopen bij de uitoefening van hun taak, te verschillen.

Als bestuur en toezicht falen binnen een onderneming, zal de commissaris, anders dan de niet-uitvoerende bestuurder, minder snel met hoofdelijke aansprakelijkheid worden geconfronteerd. De aansprakelijkheid van de raad van commissarissen zal immers in zijn algemeenheid pas worden beoordeeld nadat de aansprakelijkheid van het bestuur vast is komen te staan.

Mocht de aansprakelijkheid van de raad van commissarissen vast komen te staan, dan zal de commissaris zich, zo lijkt het, eerder dan de niet-uitvoerende bestuurder kunnen disculperen. Immers, de niet-uitvoerende bestuurder die, in tegenstelling tot de commissaris, deel uitmaakt van het bestuur, beschikt eerder over informatie, beschikt over meer informatie en heeft ruimere bevoegdheden dan de commissaris om in te grijpen in de onderneming. Door deze kennis en bevoegdheden lijkt een beroep op disculpactie door de niet-uitvoerende bestuurder, waarbij wordt gekeken naar (ernstige) verwijtbaarheid en nalatigheid, minder

kans van slagen te hebben. Aangezien de taakverdeling en de taakomschrijving meewegen bij de beoordeling van een beroep op disculpactie, doet een vennootschap die besluit het monistische bestuursstelsel in te voeren, er verstandig aan hier nauwkeurig naar te kijken.

16. M.M. Seinstra, Het dualistische en het monistische bestuursmodel: een vergelijking, O&F 2008, nr. 4, p. 62.

17. Reactie DLA Piper Nederland N.V. inzake het One Tier bestuursmodel, mei 2008.

18. Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht, Advies aan de leden van de vaste commissie voor Justitie, 15 december 2008.

19. Eumedion, brief aan de voorzitter en leden van de Vaste Commissie voor Justitie van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, 4 december 2008.