

Interne aansprakelijkheid van one-tier board bestuurders bij uitkeringen

Mr. L.E. Cappelle *

Inleiding

De afgelopen tijd is Boek 2 BW flink veranderd. Met de invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht is onder andere de besluitvorming rond het doen van een uitkering en de bijbehorende bestuurdersaansprakelijkheid gewijzigd. De bestuurder dient het aandeelhoudersbesluit tot uitkering goed te keuren en is voor een ongeoorloofde uitkering hoofdelijk aansprakelijk, behoudens individuele disculpatie. Daarnaast is de Wet bestuur en toezicht in werking getreden. Hierbij is de rechtspraak ten aanzien van de interne bestuurdersaansprakelijkheid gecodificeerd en heeft de taakverdeling binnen een one-tier board een meer vastomlijnd kader gekregen.¹

In principe heeft de wetgever de bestuurdersaansprakelijkheid bij het doen van uitkeringen niet willen verzwaren.² Gelet op de wetwijzigingen in samenhang bezien, is het echter maar de vraag of het aansprakelijkheidsrisico van de bestuurder niet wordt vergroot. In deze bijdrage ga ik in op de interne bestuurdersaansprakelijkheid, meer in het bijzonder op de gewijzigde aansprakelijkheidsnorm van artikel 2:216 BW, en hoe de bestuurder zijn beroep op disculpatie kracht bij kan zetten.

Artikel 2:216 BV en artikel 2:9 BW: bestuurdersaansprakelijkheid

Op grond van artikel 2:216 BW is de algemene vergadering bevoegd tot bestemming van de winst voor zover het eigen vermogen groter is dan de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden aangehouden. Het besluit van de algemene vergadering is echter onderworpen aan goedkeuring van het bestuur. Zonder deze (al dan niet impliciet gegeven) goedkeuring heeft het besluit van de algemene vergadering geen werking. Het bestuur mag de goedkeuring echter *slechts* weigeren indien het weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van opeisbare schulden (de uitkeringstoets). In beginsel moet de bestuurder bij de uitkerings-toets kijken naar een periode van één jaar tot na de uitkering.³ De bestuurder zal bij het toepassen van de uitkeringstoets over

deze periode onder andere rekening moeten houden met de liquiditeit, de solvabiliteit en de rentabiliteit van de vennootschap.⁴ Ten aanzien van deze maatstaven over de financiële continuïteit van de onderneming mogen bestuurders tot op zekere hoogte vertrouwen op de bevindingen van andere bestuurders.⁵ In die zin reikt de inspanningsverbintenis van de bestuurder voor een behoorlijke uitoefening van zijn taak niet zo ver dat steeds moet worden achterhaald of de gegeven informatie wel klopt.

De bijzondere norm van bestuurdersaansprakelijkheid bij ongeoorloofde uitkeringen wordt geregeld in artikel 2:216 lid 3 BW: indien blijkt dat de vennootschap haar opeisbare schulden niet meer kan betalen, zijn de bestuurders die dat ten tijde van de uitkering wisten of redelijkerwijs behoorden te voorzien hoofdelijk verbonden voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan. De bestuurder bij wie deze (geobjectieerde) wetenschap kan worden aangetoond, kan zich disculperen indien hij voldoet aan de cumulatieve vereisten dat: (i) het niet aan hem is te wijten dat de vennootschap de uitkering heeft gedaan en (ii) hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.⁶ Deze aansprakelijkheidsnorm beoogt zoveel mogelijk aan te sluiten bij de bestaande systematiek en jurisprudentie van artikel 2:9 BW.⁷ Dit betekent dat een bestuurder die een beroep doet op de disculpatiemogelijkheid moet aantonen dat hem geen ernstig verwijt kan worden gemaakt. Een ernstig verwijt van een enkele bestuurder is overigens in beginsel voldoende om het gehele bestuur aansprakelijk te houden.⁸ De vraag of er sprake is van een ernstig verwijt, dient te worden beantwoord aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Hieronder vallen onder andere: (i) de taakverdeling binnen het bestuur, (ii) de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen (wetenschap) en (iii) het inzicht en de zorgvul-

* Mr. L.E. Cappelle is advocaat bij Allen & Overy LLP.

1. Kamerstukken II 2006/07, 31 058; Kamerstukken II 2008/09, 31 763.
2. Kamerstukken II 2011/12, 32 426, nr. 7, p. 28; Kamerstukken I 2011/12, 31 058 en 32 426, nr. C, p. 10 en 14.
3. Kamerstukken II 2006/07, 31 058 nr. 3, p. 30 en 71; Kamerstukken II 2008/09, 31 058, nr. 6, p. 10 en 31; Kamerstukken I 2011/12, 31 058 en 32 426, nr. C, p. 12.

4. Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 26; M. Cremers, 'Hoe flexibiliseer je een BV', *Ondernemingsrecht* 2012, p. 607.
5. Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 9.
6. HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360 (Staleman/Van de Ven), r.o. 3.3.1; I.C.P. Groenland, *Uitkeren aan aandeelhouders, (hoe) kunnen we dat doen?*, *Onderneming en Financiering* 2012, p. 32.
7. Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 32.
8. M. Olaerts, 'Bestuurdersaansprakelijkheid in het vernieuwde (BV-)recht', *Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht* 2012, p. 171; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 446.

digheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.⁹

Overigens kan ook de aandeelhouder worden gehouden tot vergoeding van het tekort dat door de uitkering is ontstaan indien hij niet te goeder trouw was. Deze aandeelhouder had dan moet weten of behoren te voorzien dat de vennootschap niet zou kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden.

Artikel 2:239a BW: taakverdeling

Met de Wet bestuur en toezicht is tevens artikel 2:239a BW ingevoerd. Dit artikel geeft een basisverdeling weer tussen uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders (toezichthouders) binnen een one-tier board. Daarnaast kunnen de taken binnen een bestuur verder worden onderverdeeld, waarbij de bestuurder rechtsgeldig kan besluiten over zaken die tot zijn taak behoren. Dit heeft tot gevolg dat het bestuur als geheel verantwoordelijk is voor een besluit van een enkele bestuurder of een 'deelbestuur'.¹⁰ Deze verdere taakverdeling dient bij of krachtens de statuten vastgesteld te worden. Taken die niet specifiek aan bestuurders zijn toebedeeld, vallen toe aan het bestuur als geheel. Verdere eisen worden niet gesteld. Van Solinge en Nieuwe Weme achten het daarom mogelijk dat het goedkeuren van uitkeringen vatbaar is voor delegatie nu zowel artikel 2:239a BW als 2:216 BW hier geen beperkingen aan verbindt.¹¹ Enig aanknopingspunt is echter dat bij zeer ingrijpende gevallen als overnames, delegatie niet voor de hand ligt.¹²

Een taakverdeling binnen een one-tier board kan effect hebben op de disculpatiemogelijkheden van een bestuurder bij artikel 2:216 BW. De positie van de niet-uitvoerende bestuurders wordt in die zin beïnvloed dat zij wellicht vaker een beroep moeten doen op deze disculpatiegrond. Zij kunnen sinds 1 januari 2013 namelijk aansprakelijk worden gehouden voor onbehoorlijk bestuur van uitvoerende bestuurders omdat zij daadwerkelijk deel uitmaken van het bestuur. Voorheen waren zij slechts aansprakelijk voor onbehoorlijk toezicht. Dit wordt gerechtvaardigd doordat de taken van de niet-uitvoerende bestuurders meer omvatten dan het adviseren en toezichthouden door commissarissen. Zij zijn immers actiever betrokken doordat ze deelnemen aan en direct verantwoordelijk zijn voor de besluitvorming over de algemene beleidslijnen.¹³ Het is in de praktijk echter maar de vraag of deze

betrokkenheid van de niet-uitvoerende bestuurders inderdaad groter is dan die van commissarissen.¹⁴

Disculpatiegronden

Duidelijk is dat de bestuurder zijn beroep op disculpatie kracht bij kan zetten indien hij met de juiste argumenten aan toont dat hem geen ernstig verwijt treft. Hierbij kan hij zowel de taakverdeling binnen het bestuur betrekken als de niet-nalatigheid van de bestuurder bij het treffen van maatregelen om de gevolgen van de uitkering af te wenden. Met het oog op het afwenden van het onheil moet de bestuurder hebben gehandeld als een bestuurder die als een redelijk bekwame en redelijk handelende functionaris die taak in de gegeven omstandigheden had behoren te vervullen.¹⁵

Wetenschap bestuurder

Hoe een bestuurder in de gegeven omstandigheden had behoren te handelen is onlosmakelijk verbonden met de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken.¹⁶ Allereerst rijst de vraag of elke bestuurder überhaupt wel wist (of moest weten) dat het goedkeuringsbesluit was genomen. De praktijk heeft namelijk nog niet uitgewezen dat een niet-uitvoerende bestuurder binnen een one-tier board actiever betrokken is bij de besluitvorming. Voor een uitvoerende bestuurder kan hetzelfde gelden. De taken kunnen namelijk zo verdeeld zijn dat een enkele bestuurder bevoegd is om het besluit te nemen. Deze taakverdeling zorgt dus voor verschillende informatieposities binnen een one-tier board.

Ondanks deze verschillende informatieposities, is er geen wettelijke informatieplicht ingevoerd. Dit werd niet noodzakelijk geacht. Wel blijkt uit de wetsgeschiedenis dat de bestuurder zijn medebestuurders binnen een redelijke termijn dient te informeren over de *genomen* besluiten.¹⁷ Dit lijkt op een 'brengeplicht' te duiden waarbij de bestuurder pas achteraf de overige bestuurders dient in te lichten. Deze overige bestuurders hebben dan in principe geen invloed vooraf, tenzij zij wisten of behoorden te weten dat dit besluit zou worden genomen. Deze wetenschap kan worden ingevuld door bijvoorbeeld signalen van buitenaf of doordat verschillende deelbesturen agenda's circuleren.

In tegenstelling tot de 'brengeplicht' rust op de bestuurder ook een zekere 'haalplicht'. Het ligt namelijk voor de hand dat bestuurders zich regelmatig op de hoogte stellen van de wijze waarop bestuurders omgaan met de aan hen toebedeelde bevoegdheid.¹⁸ Of de bestuurder al dan niet om voldoende informatie heeft gevraagd, zal moeten worden beoordeeld aan

9. HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360 (Staleman/Van de Ven), r.o. 3.3.1.

10. Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 8 en 17.

11. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II A 2012, nr. 208; Vgl. S.H.M.A. Dumoulin, 'Het monistische bestuursmodel volgens de Wet Bestuur en Toezicht', *Ondernemingsrecht* 2012, p. 494.

12. Kamerstukken I 2010/11, 31 763, nr. C, p. 24; Vgl. A.F. Verdam, *Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland?*, Deventer: Kluwer 2011, p. 25; Verdam vraagt zich hier af of er bepaalde bestuursbesluiten zullen zijn die vanwege hun importantie of hun centrale karakter door het collectief bestuur niet aan een individuele bestuurder kunnen worden gedelegeerd.

13. Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 14-15; D.A.M.H.W. Strik, 'One tier board en aansprakelijkheid', *Ondernemingsrecht* 2012, p. 497.

14. P. van Schilfgaarde & J. Winter, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2009, p. 171; Winter op http://content.spencerstuart.com/sswebsite/pdf/lib/Netherlands-Board-Index-2012_05Mar2013.pdf; Van Olfen/De Kluiver/Legein e.a., *Flex-bv en Wet bestuur en toezicht. Een praktische handleiding*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 36-37.

15. HR 8 april 2005, NJ 2006, 443 (Laurus beschikking), r.o. 3.8.

16. HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360 (Staleman/Van de Ven), r.o. 3.3.1.

17. Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 13.

18. Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 17; Vgl. Verdam 2011, p. 25.

de hand van alle omstandigheden van het geval. Je zou je kunnen voorstellen dat in bepaalde omstandigheden de bestuurder verweten kan worden dat hij bij anderen onvoldoende informatie heeft ingewonnen.¹⁹ Bijvoorbeeld indien uit externe signalen blijkt dat een grote afnemer weg dreigt te vallen. Of doordat de markt verandert in verband met digitalisering (bijvoorbeeld bij uitgeverij van kranten en boeken). Aan de andere kant rijst de vraag hoe dit zich verhoudt tot het feit dat het bestuur de uitkering *slechts* mag weigeren indien niet voldaan is aan de uitkeringsstest. In principe lijkt deze regel de bestuurder niet de ruimte te geven om bovenstaande omstandigheden bij de beoordeling mee te nemen. Lennarts meent echter dat het bestuur in dit geval meer ruimte heeft dan de minister suggereert.²⁰

Taakverdeling

Ten tweede kunnen bestuurders zich onder omstandigheden verschuilen achter de taakverdeling. In Nederland geldt echter het beginsel van collectief of collegiaal bestuur. Een taakverdeling en het vormen van een uitvoerend bestuur doen hier in principe niets aan af. Toch rijst de vraag of de taakverdeling voor verschillende aansprakelijkheidsposities zorgt. Zoals hierboven aangegeven is het bijvoorbeeld mogelijk dat de besluitvorming rondom het goedkeuren van uitkeringen uitsluitend wordt toebedeeld aan de uitvoerende bestuurders. Anderzijds kunnen de taken zo verdeeld zijn dat de uitvoerende bestuurders het goedkeuringsbesluit voorbereiden, maar dat het bestuur als geheel het besluit moet goedkeuren. Alle bestuurders zijn in dit geval rechtstreeks bij de besluitvorming betrokken. Ondanks dat de niet-uitvoerende bestuurders zich tot op zekere hoogte mogen laten leiden door de bevindingen van hun medebestuurders, zouden deze bestuurders zich wellicht minder snel kunnen disculperen dan de bestuurders die niet rechtstreeks bij de besluitvorming zijn betrokken.

Toch heeft een taakverdeling niet tot gevolg dat de bestuurder geen ernstig verwijt treft enkel en alleen omdat het goedkeuren van de ongeoorloofde uitkering niet tot zijn takenpakket behoorde. De wetgever maakt met het woord 'en' in artikel 2:9 lid 2 BW (en daarmee ook 2:216 lid 3 BW) duidelijk dat de bestuurder naast een beroep op de taakverdeling moet aantonen dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om het onheil af te wenden. Dit geldt niet alleen voor zijn eigen taken, maar ook voor het handelen of nalaten door andere bestuurders wier taak het betrof.²¹ Hieruit blijkt tevens dat het op zijn minst twijfelachtig is of de bestuurder

zich aan de aansprakelijkheid kan onttrekken door een stemverklaring af te leggen waarin hij zijn tegenstem toelicht. In de Verenigde Staten is dit wel mogelijk. De bestuurder kan zich daar disculperen indien hij expliciet in de notulen laat opnemen dat hij het oneens is met de ongeoorloofde uitkering.²² In Nederland lijkt de mogelijkheid voor de bestuurder om zich te disculperen echter verder te gaan dan enkel tegenstemmen.²³

Maatregelen

Hoe had de bestuurder, indien hij over voldoende informatie beschikte, moeten handelen? Ultimatum remedium voor de bestuurder is wellicht om tijdig ontslag te nemen (of dat de bestuurder echt helpt, is maar de vraag). Maar wat had een redelijk handelende bestuurder kunnen doen om te voorkomen dat er een uitkering werd gedaan? De bestuurder kan bijvoorbeeld de crediteuren inlichten om zo de vennootschap onder druk te zetten. Immers, een crediteur die ter ore komt dat zijn nog niet opeisbare vordering na de uitkering onbetaalbaar dreigt te worden, heeft ineens een opeisbare vordering (artikel 6:83 sub c BW). Dit leidt echter niet altijd tot het gewenste gevolg. De run op de DSB Bank na een oproep van Lakerman (die weliswaar niet betrokken was bij de bank) heeft al snel tot het faillissement van de bank geleid. Of hier het vennootschappelijk belang mee gediend is, is maar de vraag. Een betere optie is wellicht dat de bestuurder de aandeelhouders waarschuwt door middel van een raadgevende stem bij de algemene vergadering. De waarschuwing kan er dan toe leiden dat de aandeelhouder niet meer te goeder trouw is. Vervolgens is deze aandeelhouder gehouden tot terugbetaling van het uitgekeerde bedrag. Boschma en Schutte-Veenstra merken echter op dat het waarschuwen van de aandeelhouders het probleem niet altijd oplost. De schade is dan al ontstaan en het terugvorderen kan veel tijd en geld kosten.²⁴

Moet de bestuurder nu echt alles in het werk stellen om ervoor te zorgen dat door de uitkering de continuïteit van de vennootschap niet in gevaar komt?²⁵ Hoe ver gaat de plicht van de bestuurder om de schade al dan niet achteraf te beperken? Gedacht kan worden aan onder andere het leggen van beslag onder de aandeelhouders omdat zij niet te goeder trouw zijn, het starten van een procedure bij de rechtbank, het saneren van bedrijfsactiviteiten, (her)financieren, wijzigen van de strategie, het reduceren van kosten en het aantrekken van extra liquide middelen via het opvragen van stortingen op (nieuw uit te geven) aandelen.²⁶ Dit laatste is eenvoudiger als een der-

19. Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 13; Vgl. L. Timmerman, 'Vertrouwen op anderen: enkele algemene en vennootschapsrechtelijke opmerkingen', *Ondernemingsrecht* 2011, p. 260.

20. M.L. Lennarts, Het nieuwe artikel 2:216 BW: de goedkeuringsbevoegdheid van het bestuur en het daaraan verbonden aansprakelijkheidsrisico, *Tijdschrift voor vennootschaps- en ondernemingsrecht* 2012, p. 182. Vgl. J. Barneveld, PCM & private equity – Over de rol van het vennootschappelijk belang bij vermogensonttrekkingen, WPNR 2009(6791), p. 230-238. Barneveld vraagt zich hier af in hoeverre de bestuurder rekening mag houden met het vennootschappelijk belang bij het goedkeuren van een uitkering. De rechtspraak zal dit moeten uitmaken.

21. Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 8, 9 en 17.

22. Kamerstukken II 2008/09, 31 056, nr. 6, p. 51; Vgl. J. Barneveld, Dividend, decharge & disculpatie, reactie op 'Dividend en decharge' van J.E. Brink-van der Meer, J.B. Huijink & P.A. Ledebor, WPNR 2011(6687), p. 562.

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

24. H.E. Boschma & J.N. Schutte-Veenstra, 'De BV uit de steigers!', *Ondernemingsrecht* 2012, p. 629.

25. Vgl. in deze zin Boschma & Schutte-Veenstra 2012, p. 629; Barneveld 2011, p. 562.

26. D.O. Ohmann, *Bedrijfsjuridische berichten*, De positie van bestuurders bij uitkeringen aan winstgerechtigden onder de Flex-bv, *Bedrijfsjuridische berichten* 2012, p. 149; Barneveld 2011, p. 562; Boschma & Schutte-Veenstra 2012, p. 629; Groenland 2012, p. 32.

gelijke verplichting in de statuten is opgenomen. Artikel 2:192 BW maakt het namelijk mogelijk dat de statuten kunnen bepalen dat verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard, jegens onder andere de vennootschap, aan het aandeelhouder-schap worden verbonden. Deze verplichting kan echter niet tegen de wil van de aandeelhouder opgelegd worden, waarbij je je kunt afvragen of de aandeelhouder hiertoe snel bereid is. Probleem bij het aantrekken van extra krediet is dat het op zijn minst een onaantrekkelijke investering lijkt als een bedrijf na het doen van een uitkering weer geld nodig heeft.

Conclusie

Vooropgesteld moet worden dat het niet de bedoeling van de wetgever is om het aansprakelijkheidsrisico van bestuurders bij het goedkeuren van uitkeringen te verzwaren. De vereisten voor het vaststellen van een ernstig verwijt zijn immers niet veranderd. Uit bovenstaande blijkt echter dat er genoeg vragen kunnen ontstaan indien de bestuurder zich wil disculperen voor een ongeoorloofde uitkering, vooral indien er sprake is van een taakverdeling binnen een one-tier board. Het vergrote risico ligt in het feit dat de bestuurder niet altijd betrokken hoeft te zijn bij de besluitvorming, maar hier in beginsel wel verantwoordelijk voor wordt geacht. Hij dient dan naast argumenten in het kader van de informatiepositie en de taakverdeling tevens aan te tonen dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen. Dit geldt voor zowel de niet-uitvoerende bestuurder als voor de bestuurder tot wiens taak het voorbereiden dan wel goedkeuren van de uitkering niet behoort. Bestuurders zullen hierdoor onderling toezicht op elkaar moeten houden en ingrijpen indien nodig. Wat daar precies onder valt en wanneer er gehandeld zal moeten worden, dient door de rechtspraak te worden ingevuld. Het arsenaal aan argumenten en mogelijkheden voor de bestuurder om zich te disculperen werkt echter wel twee kanten op. Het vaststellen van bestuurdersaansprakelijkheid is nu nog meer een *'lawyers' paradise'* geworden.