

Toezichthoudende aansprakelijk

De nieuwe Wet bestuur en toezicht - die mogelijk per 1 januari 2012 in werking treedt - maakt het voor vennootschappen mogelijk om toezichthoudende en uitvoerende bestuurders in één bestuursorgaan op te nemen. Dat heeft gevolgen voor de aansprakelijkheden. Toezichthoudende bestuurders zullen sneller aansprakelijk zijn dan een commissaris in een raad van commissarissen.

TEKST CAROLIN VETHANAYAGAM* | BEELD CORBIS

Onder het huidige recht zijn het bestuur en het toezicht daarop doorgaans verdeeld over respectievelijk het bestuur en de raad van commissarissen. Bij een structuurvennootschap is een raad van commissarissen zelfs verplicht. In dit zogenoemde dualistische bestuursstelsel (*two tier board*), gelden nu voor bestuurders en commissarissen de volgende aansprakelijkheidsregels.

BESTUUR

Interne aansprakelijkheid (tegenover de vennootschap)

Als een bestuurder zijn taak niet behoorlijk vervult, kan hij *persoonlijk* aansprakelijk zijn voor de schade die de vennootschap lijdt (artikel 2:9 BW). Van onbehoorlijk bestuur is sprake als geen 'redelijk denkend' bestuurder onder dezelfde omstandigheden op dezelfde wijze zou hebben gehandeld. Er moet sprake zijn van een onmiskenbare, duidelijke tekortkoming, de bestuurder moet een ernstig verwijt treffen.

De vraag of een bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld, wordt beoordeeld naar hetgeen hij voorzorg of kon voorzien op het moment dat hij die specifieke taak vervulde. Een klassiek voorbeeld van een ernstig feit is de situatie waarin de bestuurder in strijd handelt met statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen. Het is overigens niet de bedoeling van de wetgever om de bestuurder te straffen voor onopzettelijke domheden of beleidsfouten. Het besturen van een vennootschap staat en valt immers met het nemen van (ondernemers)risico's, zodat ruimte moet zijn voor creativiteit en lef.

**ALLE BESTUURDERS ZIJN
HOOFDELIJK AANSPRAKELIJK
VOOR ONBEHOORLIJK BESTUUR.**

Omdat het bestuur van de vennootschap de taak is van alle bestuurders gezamenlijk (beginsel van collectief bestuur), is in beginsel het voltallige bestuur hoofdelijk aansprakelijk voor de tekortkoming van één van zijn bestuurders. Een bestuurder kan zich aan aansprakelijkheid onttrekken door aan te tonen dat de tekortkoming niet aan hem te wijten is en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van de tekortkoming af te wenden. Een bestuurder die binnen het bestuur een minderheidspositie inneemt, doet er dan ook goed aan om mondeling en schriftelijk te protesteren tegen tekortkomingen, en bij voortzetting hiervan als uiterste middel zijn ontslag te nemen.

Externe aansprakelijkheid (tegenover derden)

Het bestuur kan onder omstandigheden - naast de vennootschap - *persoonlijk* aansprakelijk zijn tegenover schuldeisers van de vennootschap, indien sprake is van onrechtmatig handelen van het bestuur tegenover deze schuldeisers. Bijvoorbeeld als het bestuur door het opwekken van de *schijn van kredietwaardigheid of door frustratie van betaling* c.q. *betalingsonwil*, heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar verplichtingen niet nakomt.

Ook hier kan de individuele bestuurder zich aan aansprakelijkheid onttrekken door aan te tonen dat hem geen persoonlijk verwijt treft.

COMMISSARISSEN

Ook de raad van commissarissen is gehouden tot behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak, anders kan ook hij *persoonlijk* aansprakelijk zijn tegenover de vennootschap, namelijk als hem een ernstig verwijt treft (*interne aansprakelijkheid*). Gezien de toezichthoudende taak van de raad van commissarissen, is de aansprakelijkheidsnorm wel anders dan die van het bestuur. Niettemin geldt ook hier het beginsel van

bestuurder sneller



OOK NIET-UITVOERENDE BESTUURDERS ZIJN AANSPRAKELIJK VOOR BESTUURSHANDELINGEN.

collectieve aansprakelijkheid en heeft een individuele commissaris vergelijkbare disculpatiemogelijkheden als een bestuurder.

Verder kan ook de raad van commissarissen tegenover schuldeisers van de vennootschap aansprakelijk zijn op grond van onrechtmatige daad (*externe aansprakelijkheid*). Een commissaris die daden van bestuur verricht is op dezelfde wijze (intern en extern) aansprakelijk als een bestuurder.

MONISTISCH BESTUURSSYSTEEM (ONE TIER BOARD)

De nieuwe wet maakt het mogelijk om binnen een (structuur)vennootschap een *monistisch bestuursstelsel* in te stellen. In zo'n systeem vervalt de raad van commissarissen en wordt die functie vervuld door personen die bestuursverantwoordelijkheid dragen. Binnen het bestuur wordt dan onderscheid gemaakt tussen uitvoerende en niet-uitvoerende (toezichthoudende) bestuurders. Voordelen van dit systeem zijn volgens de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel dat niet-uitvoerende (toezichthoudende) bestuurders eerder en meer informatie kunnen krijgen dan commissarissen en meer en actiever betrokken zouden zijn bij de gang van zaken

binnen de vennootschap. Kortom, een slagvaardiger bestuur. Maar wat betekent dit voor hun aansprakelijkheid?

HOOFDELIJK AANSPRAKELIJK

Volgens artikel 2:9 BW (nieuw) behoren tot de taken van een bestuurder alle bestuurstaken die niet aan een andere bestuurder zijn toebedeeld. Onverdeelde taken blijven rusten op het gehele bestuur. Ondanks een eventuele taakverdeling blijft iedere bestuurder - dus ook de niet-uitvoerende - verantwoordelijk voor de algehele taakuitvoering door het bestuur, de algemene gang van zaken en de besluiten die het bestuur neemt.

Het beginsel van collectief bestuur blijft onder het nieuwe recht dus gehandhaafd en heeft tot gevolg dat alle bestuurders - ook de niet-uitvoerende - hoofdelijk aansprakelijk zijn voor onbehoorlijk bestuur; ook als een kwestie tot de taak van één bepaalde bestuurder behoort. Individuele onttrekking aan die aansprakelijkheid is slechts mogelijk als de bestuurder kan aantonen dat:

- een aangelegenheid niet tot zijn taak behoort; én
- hem geen ernstig verwijt kan worden gemaakt; én
- hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur door een andere bestuurder, wiens taak het wel betrof, af te wenden.

Kortom, door de enkele taakverdeling binnen het bestuur ontkomen bestuurders niet aan hun aansprakelijkheid. Als een bestuurder merkt dat een collega-bestuurder zijn taken onbehoorlijk vervult en daardoor onbehoorlijk bestuur dreigt, zal hij dus onmiddellijk actie moeten ondernemen om een beroep te kunnen blijven doen op de disculpatiegrond.

SNELLER AANSPRAKELIJK

Vooralsnog lijkt het er op dat de niet-uitvoerende (toezichthoudende) bestuurder in een *one tier board* sneller aansprakelijk zal zijn dan een lid van de raad van commissarissen. Het gaat nog verder: waar een commissaris in beginsel niet aansprakelijk is voor bestuurshandelingen, is een niet-uitvoerende (toezichthoudende) bestuurder in beginsel wél aansprakelijk voor tekortkomingen van het bestuur.

Aannemelijk is verder dat de huidige regels voor externe aansprakelijkheid van bestuurders ook zullen gelden voor de niet-uitvoerende (toezichthoudende) bestuurders. □

Noot

* Carolin Vethanayagam, met dank aan Jan Peter de Man, beiden werkzaam als advocaat bij Justion Advocaten, vestiging Rotterdam.



Meer op
Accountant.nl
Vaktechniek