

375. De taakbelaste bestuurder met besluitbevoegdheid. Gevolgen voor de collectieve bestuursaansprakelijkheid?

MR. W. BOSSE EN MR. A.J. RAAT

Op 1 januari 2013 heeft door de inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht de taakbelaste bestuurder met besluitbevoegdheid een wettelijke regeling gekregen. Hoe ziet deze rechtsfiguur eruit? Hoe moet hij vorm worden gegeven in de statuten? En welke gevolgen heeft dit voor de interne bestuurdersaansprakelijkheid?

Inleiding

Met de invoering van de Wet bestuur en toezicht van 1 januari 2013 is de mogelijkheid geïntroduceerd van een *one tier board* (monistisch bestuursstelsel) voor nv's en bv's. De gedachte hierachter is geweest het bevorderen van het vestigingsklimaat in Nederland voor buitenlandse ondernemingen en het bevorderen van de rechtszekerheid door het vastleggen van verantwoordelijkheden en aansprakelijkheid van bestuurders. Bij de *one tier board* bestaat het bestuur uit uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders en kunnen één of meerdere bestuurders belast worden met één of meerdere taken. Daarbij kan aan de taakbelaste bestuurder de bevoegdheid worden gegeven om rechtsgeldig besluiten te nemen over aangelegenheden die tot zijn taak behoren. Het besluit dat de desbetreffende bestuurder neemt, geldt dan als besluit van het gehele bestuur.¹

De wetgever heeft met het invoeren van de *one tier board* en de mogelijkheid van een taakverdeling niet beoogd af te stappen van de collectieve verantwoordelijkheid en daarmee de in beginsel hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders op grond van art. 2:9 Burgerlijk Wetboek (BW). Over de mogelijke verzwaarde aansprakelijkheidsrisico's van bestuurders onder de *one tier board* is al het nodige geschreven. Relatief weinig aandacht is besteed aan de optie van zelfstandige besluitbevoegdheid in art. 2:129a

lid 3 BW voor de taakbelaste bestuurder.² Wij zullen in deze bijdrage daarop en op de consequenties voor interne aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW ingaan.

De taakbelaste bestuurder met besluitbevoegdheid

De invoering van de *one tier board* vergt krachtens art. 2:129a lid 1 BW ten minste één statutaire bepaling, namelijk dat de bestuurstaken worden verdeeld over uitvoerende en niet uitvoerende leden.

De taakbelaste bestuurder met besluitbevoegdheid is geregeld in lid 3 van art. 2:129a BW:

'Bij of krachtens de statuten kan worden bepaald dat een bestuurder rechtsgeldig kan besluiten omtrent zaken die tot zijn taak behoren. Bepaling krachtens de statuten geschiedt schriftelijk.'

Uit onderzoek³ is gebleken dat in de statuten van vennootschappen met een *one tier board* vaak, naast een bepaling dat de Raad van Bestuur uit uitvoerende en niet-uitvoerende leden bestaat, de volgende bepaling is opgenomen:

'De Raad van Bestuur stelt regels vast omtrent uitvoering en werkwijze van de uitvoerende leden van de Raad van Bestuur, in aanvulling op hetgeen daaromtrent in de statuten is bepaald. De Raad van Bestuur bepaalt voorts met welke taak ieder van de uitvoerende leden

¹ In de literatuur is erop gewezen dat onder het oude recht het al mogelijk was dat één of meer bestuurders besluiten konden nemen die als bestuursbesluiten konden gelden. De zogenoemde delegatie krachtens een (onherroepelijk) bestuursbesluit.

² Art. 2:129a BW heeft betrekking op de naamloze vennootschap; voor de besloten vennootschap is een gelijkkluidende bepaling opgenomen in art. 2:239a BW.

³ W.J.L. Calkoen, 'One Tier Board: een empirisch onderzoek', *Ondernemingsrecht* 2014/4.

van de Raad van Bestuur meer in het bijzonder zal zijn belast. Deze regels en taakverdeling dienen schriftelijk te worden vastgelegd.⁴

Niet duidelijk is of met deze bepaling ook beoogd is besluitbevoegdheid toe te kennen aan een of meer taakbelaste bestuurders. Als dat het geval zou zijn, is het de vraag of deze bepaling daarvoor volstaat. Het toekennen van besluitbevoegdheid moet immers bij of krachtens de statuten gebeuren. Wij menen dan ook dat in de statuten explicieter (de mogelijkheid tot) het verlenen van besluitbevoegdheid aan de taakbelaste bestuurder moet worden opgenomen, bijvoorbeeld door in de statuten op te nemen: *‘De Raad van Bestuur kan bepalen dat de met een taak belaste bestuurder kan besluiten over zaken die tot zijn taak behoren.’*

Voorbeelden van het toekennen van besluitbevoegdheid aan de taakbelaste bestuurder

Met de mogelijkheid tot het geven van besluitbevoegdheid wordt volgens de wetgever in een praktische behoefte voorzien. In andere gevallen dan waarin een bestuursbesluit ingrijpend is (die besluiten dienen onverkort te worden genomen door het bestuur gezamenlijk), kan de eis dat alle bestuurders worden betrokken bij besluitvorming onnodig knellen.

In de praktijk zal dit gebeuren in nauwkeurig omschreven gevallen waarin het kernbesluit al is genomen, maar afronding ervan afhankelijk is van bepaalde betreffende welomschreven voorwaarden of nog ontbrekende details. Voorbeeld daarvan is dat het bestuur van een beursvennootschap besluit tot een aandelenemissie en de Chief Financial Officer (CFO) machtigt om binnen de door het bestuur gestelde grenzen, het precieze aantal te emitteren aandelen vast te stellen alsook de precieze emissieprijs.

Een ander voorbeeld is dat bij een portefeuillevreiding van het bestuur aan een bestuurder het bestuur van een bepaalde divisie wordt opgedragen, met inbegrip van de bevoegdheid tot benoeming van het bestuur van een dochtermaatschappij met activiteiten binnen die divisie.

Ook kan genoemd worden het periodiek – en daarmee relatief standaard – investeren in nieuwe ondersteunende apparatuur.

Toepassing monistisch bestuursstelsel in de praktijk?

In 2014 is een eerste inventarisatie gedaan van de mate waarin vennootschappen reeds gebruikmaakten van het monistisch bestuursstelsel. Met name grote en middelgrote ondernemingen met een internationaal karakter bleken de mogelijkheid te hebben benut.⁵ Familiebedrijven waren nog huiverig om hun bestuursstructuur te veranderen.⁶ Nu lijkt de tendens te zijn dat familiebedrijven meer en meer

op de *one tier board* willen overstappen. Bijvoorbeeld in de situatie van bedrijfsopvolging waarbij de oude generatie nog dicht op de bedrijfsvoering wil staan. Bij vennootschappen die in crisissituaties verkeren kan ook behoefte bestaan om het monistisch stelsel in te voeren, omdat de niet uitvoerende bestuurders dan meer en eerder informatie

Nu lijkt de tendens te zijn dat familiebedrijven meer en meer op de *one tier board* willen overstappen

zouden ontvangen over de beoogde besluitvorming van het bestuur dan commissarissen in het duale stelsel.

Informatieplicht: haal- en brengplicht

Gelet op de in potentie belangrijke gevolgen van een door een taakbelaste bestuurder genomen bestuursbesluit – alle bestuursleden blijven immers gezamenlijk verantwoordelijk – bestaat er voor alle bestuurders een informatieplicht. De niet aan de besluitvorming deelnemende bestuurders dienen zich regelmatig op de hoogte stellen van de wijze waarop door bestuurders met besluitvormingsbevoegdheid wordt omgegaan (haalplicht). De bestuurder die een dergelijke bevoegdheid heeft gekregen, moet medebestuurders binnen een redelijke termijn informeren over de aldus genomen besluiten (brengplicht). De wetgever heeft het echter niet nodig gevonden om deze brengplicht wettelijk te regelen.⁷ De taakbelaste bestuurder zou zijn taak onbehoorlijk vervullen als hij niet op een ‘redelijke termijn’, bijvoorbeeld op de eerstvolgende bestuursvergadering, zijn medebestuurders informeert over het genomen bestuursbesluit waarbij de aansprakelijkheidsvraag wordt opgelost via art. 2:9 BW. Daarop wordt hierna ingegaan.

Art. 2:9 BW: (on)behoorlijke taakvervulling

In verband met de mogelijkheid van een monistisch bestuursstelsel is art. 2:9 BW per 1 januari 2013 gewijzigd. Beoogd is om ruimte te geven aan de taakverdeling tussen de verschillende bestuurders. Het eerste lid luidt:

‘Elke bestuurder is tegenover de vennootschap 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 statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld.’

In het tweede lid is de collectieve verantwoordelijkheid van alle bestuurders (uitvoerend en niet uitvoerend) en de door het bestuur genomen besluiten tot uitdrukking gebracht:

‘Elke bestuurder draagt verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken. Hij is voor het geheel aansprakelijk 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 het onbehoorlijk bestuur af te wenden.’

4 W.J.L. Calkoen, t.a.p. (noot 3), p. 26.

5 Aldus W.J.L. Calkoen, t.a.p. (noot 3), p. 24.

6 KPMG-onderzoek ‘Uitkomsten onderzoek Wet bestuur en toezicht bij Familiebedrijven’, via website www.kpmg.com; artikelen en publicaties.

7 De haalplicht overigens ook niet.

Uitgangspunt is derhalve het beginsel van collectief bestuur en daarmee hoofdelijk aansprakelijkheid van alle bestuurders voor het onbehoorlijk bestuur, ook als een kwestie tot de taak van een bepaalde bestuurder behoorde en ongeacht of hij bij de besluitvorming was betrokken.⁸ Met andere woorden: een ernstig verwijt aan een enkele bestuurder is voldoende om op de voet van art. 2:9 BW het gehele bestuur aansprakelijk te houden.

Een bestuurder heeft de mogelijkheid zich te disculperen. Daartoe moeten twee hobbels genomen worden. Vast zal moeten komen te staan dat hem (i) gelet op de aan

(Het gebrek aan) betrokkenheid bij de besluitvorming en de informatievoorziening zal naar wij aannemen dan ook een grote rol spelen bij het bepalen van aansprakelijkheid, althans de disculpatiemogelijkheden

anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en (ii) dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden. Wanneer een bestuurder signaleert dat een medebestuurder zijn taken niet goed vervult, wordt van hem dus verwacht dat hij ingrijpt. Hij moet aantonen dat hij niet nalatig is geweest in het nemen van maatregelen om de negatieve gevolgen van de onbehoorlijke taakvervulling door zijn medebestuurder te neutraliseren.

Ernstig verwijt en taakverdeling

De vraag of sprake is van een ernstig verwijt, moet conform de onder het ‘oude’ art. 2:9 BW ontwikkelde jurisprudentie beoordeeld worden aan de hand van alle omstandigheden van het geval.

In de huidige redactie van art. 2:9 lid 2 BW speelt de taakverdeling – nadrukkelijker dan in het Staleman/Van der Ven-arrest⁹ geformuleerd – een belangrijke rol bij de vaststelling van aansprakelijkheid. Ook uit de wetsgeschiedenis lijkt afgeleid te kunnen worden dat een bestuurder, gemakkelijker dan voorheen, een ernstig verwijt kan

pareren door te verwijzen naar een taakverdeling.¹⁰ In het artikel komt tot uitdrukking dat naarmate het takenpakket van de bestuurder in omvang toeneemt, zijn verantwoordelijkheid en aldus zijn aansprakelijkheidsrisico groeit. Omgekeerd zou moeten gelden dat naarmate het takenpakket van een bestuurder beperkter is, hij minder aansprakelijkheidsrisico’s loopt.

Aldus zou de niet taakbelaste bestuurder de eerste hobbel kunnen nemen om aansprakelijkheid te ontlopen.¹¹ Zeker indien hij ook niet rechtstreeks in de besluitvorming is betrokken, omdat de besluitbevoegdheid in de betreffende kwestie op de voet van art. 2:129a lid 3 BW was toegekend aan (een) andere bestuurder(s), moet naar onze mening een beroep op de taakverdeling afdoende zijn om aan het eerste vereiste voor disculpatie te voldoen. In ieder geval zal het feit dat een bepaalde taak en de besluitvorming daarover was toebedeeld aan een andere bestuurder zwaar (moeten) meewegen bij het beoordelen van een disculpatieberoep. Dat brengt ons bij de tweede hobbel.

Wetenschap bestuurder

Een taakverdeling en toekenning van besluitbevoegdheid aan een andere bestuurder als zodanig is onvoldoende om aansprakelijkheid op de voet van art. 2:9 BW te ontlopen. Ook moet de bestuurder aantonen dat hij voldoende maatregelen heeft getroffen om de negatieve effecten van het onbehoorlijk bestuur af te wenden. Die vraag vertaalt zich ten aanzien van art. 2:129a lid 3 BW aldus: wist of behoorde de disculperende bestuurder te weten van het gewraakte bestuursbesluit en heeft hij desondanks geen maatregelen getroffen? De disculperende bestuurder zal moeten aantonen dat hij niet op de hoogte was en hoefde te zijn van het bestuursbesluit dan wel – ingeval hij wel op de hoogte was – dat hij niet nalatig is geweest maatregelen te treffen.¹² De niet taakbelaste bestuurder, die evenmin heeft deelgenomen aan de besluitvorming, lijkt aansprakelijkheid te kunnen ontlopen als hij zijn taakbelaste bestuurder voldoende in de gaten heeft gehouden.

(Het gebrek aan) betrokkenheid bij de besluitvorming en de informatievoorziening zal naar wij aannemen dan ook een grote rol spelen bij het bepalen van aansprakelijkheid, althans de disculpatiemogelijkheden.

8 Dit in tegenstelling tot de aansprakelijkheid van een bestuurder jegens een derde uit hoofde van onrechtmatige daad. Een bestuurder draagt in dergelijke gevallen niet zonder meer de medeverantwoordelijkheid en aansprakelijkheid voor bestuursbesluiten waar hij niet of niet nauw bij is betrokken (vergelijk HR 8 januari 1999, *NJ* 1999, 318 (Pelco/Sturkenboom)).

9 HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 waarin is geoordeeld dat ‘het inzicht en de zorgvuldigheid die verwacht mogen worden van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervuld’ vooropstaat. Naast de taakverdeling zijn in aanmerking te nemen omstandigheden onder meer de aard van de door de vennootschap uitgeoefende activiteiten, de daaruit voortvloeiende risico’s, de eventueel geldende richtlijnen en de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissing of gedraging.

10 Zie ook A. Knigge en A.W. van der Veen, ‘Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid 2012’, bundel in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten, D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging voor Corporate Litigation 2012/2013*, p. 37-38 en de daar genoemde verwijzingen naar de parlementaire geschiedenis.

11 Uiteraard met uitzondering van taken betreffende de algemene zaken.

12 In dit artikel gaan wij niet in op de vraag welke concrete maatregelen de niet taakbelaste bestuurder had moeten nemen indien hij van het gewraakte bestuursbesluit op de hoogte zou zijn geweest. Zie hierover bijvoorbeeld L.E. Capelle, ‘Interne aansprakelijkheid van one-tier board bestuurder bij uitkeringen’, *Vennootschap & Onderneming* 2013/7, p. 121-122.

Nu de wetgever ervoor heeft gekozen om geen wettelijke informatieplicht in te voeren voor de aan op de voet van art. 2:129a lid 3 BW besluitbevoegdheid toegekende taakbelaste bestuurder, is het zaak dat vennootschappen zelf een regeling invoeren over de wijze waarop de informatievoorziening over door de taakbelaste bestuurder genomen bestuursbesluiten vorm dient te worden gegeven. Het is raadzaam die regeling statutair (met eventueel een concrete uitwerking in een reglement) vast te leggen.¹³

De positie van de taakbelaste bestuurder met besluitbevoegdheid is relatief eenvoudig. Zoals hiervoor is aangegeven, heeft hij de verplichting zijn medebestuurders periodiek (bijvoorbeeld op de eerstvolgende bestuursvergadering) te informeren, bij gebreke waarvan hij onbehoorlijk handelt. Indien de taakbelaste bestuurder in strijd met de bij of krachtens de statuten gestelde regels zijn medebestuurders niet informeert over door hem genomen besluiten, dan zou dit naar onze mening moeten betekenen dat de overige bestuurders zich in beginsel met succes kunnen disculperen.¹⁴

Wij zeggen met nadruk in beginsel, want de haalplicht van de overige bestuurders moet niet uit het oog worden verloren. Aan de hand van alle omstandigheden van het geval zal beoordeeld moeten worden of de overige bestuurders al dan niet aan hun haalplicht hebben voldaan. Hoe kan die haalplicht worden ingevuld? Gedacht kan worden aan:

- het tijdens periodieke bestuursvergaderingen de taakbelaste bestuurder actief bevragen naar door hem genomen bestuursbesluiten, en de overwegingen die aan het besluit ten grondslag hebben gelegen gedegen vastleggen;
- het invoeren van een systeem van *checks and balances*, zodat de overige bestuurders in staat zijn de (volledigheid van) informatie die de taakbelaste bestuurder heeft gegeven, te controleren.¹⁵
- het alert zijn op externe indicaties. Bijvoorbeeld de situatie dat de taakbelaste bestuurder op het punt staat om een periodiek besluit te nemen om een grote voorraad aan te schaffen, terwijl er signalen zijn dat een belangrijke afnemer van de vennootschap dreigt om te vallen.

Hoever moet de haalplicht strekken? De plicht tot het actief halen van de benodigde informatie door de overige bestuurders bij de taakbelaste bestuurder met besluitbevoegdheid kan het risico inhouden dat het vertrouwen dat bestuurders redelijkerwijs in elkaar stellen, kan worden ondermijnd.¹⁶ Een overkill aan het inwinnen van informatie – uitsluitend ter beperking van aansprakelijkheid – kan een negatieve invloed hebben op de bedrijfsvoering.

Conclusie

Het vormgeven in de statuten van de taakbelaste bestuurder met besluitbevoegdheid luistert nauw. Het lijkt erop dat waar in de statuten van vennootschappen met een *one tier board* beoogd wordt de figuur van de taakbelaste bestuurder met besluitbevoegdheid te faciliteren, de specifieke bepaling ontbreekt die de besluitbevoegdheid toekent. Hiervoor is niet alleen een specifieke statutaire bepaling nodig, maar ook een daartoe strekkend besluit van het bestuur.

Daarnaast is het in verband met disculpatiemogelijkheid van de overige bestuurders raadzaam om in of krachtens de statuten de verplichting tot het verstrekken van informatie over de door de taakbelaste bestuurder genomen besluiten zo concreet mogelijk te regelen. Dat neemt overigens niet weg dat van de overige bestuurders verwacht wordt dat zij zelf (structureel) actief informatie inwinnen. Wat de reikwijdte van die haal- en brengplicht is, zal van geval tot geval verschillen en in de jurisprudentie ontwikkeld moeten worden. Wij zijn van mening dat een systeem van *checks and balances* niet zodanig strikt zou moeten zijn dat dit de bedrijfsvoering kan ondermijnen. Als een taakbelaste bestuurder zijn medebestuurders welbewust niet of onjuist informeert over een besluit dat op zichzelf onbehoorlijk bestuur oplevert, dan zou voor hoofdelijke aansprakelijkheid van het voltallig bestuur geen plaats moeten zijn.

Over de auteur

Mr. W. (Wessel) Bosse is notaris bij Bosse Notaris Corporate Law in Amsterdam. Mr. A.J. (Arjen) Raat is Director Legal bij Unsworth & Associates in Amsterdam.

13 Vergelijk Hoge Raad 29 november 2002, «JOR» 2003/2 (Schwandt/Berg-huizer Papierfabiek), waarin is geoordeeld dat handelen in strijd met een statutaire bepaling die de rechtspersoon beoogt te beschermen, als een zwaarwegende omstandigheid moet worden aangemerkt, die in beginsel de aansprakelijkheid van de bestuurder vestigt. W.J.L. Calkoen, t.a.p. (noot 3) heeft een dergelijk statutaire bepaling kennelijk niet geconstateerd, althans hij schrijft daar niet over.

14 Mocht het beroep op disculpatie niet slagen, dan moet de overtreding van de informatieplichting onzes inziens in ieder geval een belangrijke rol spelen in de onderlinge regresverhouding tussen de bestuurders. Zo ook D.A.M.H.W. Strik, 'One tier board en aansprakelijkheid', *Ondernemingsrecht* 2012/91, p. 498.

15 Hoe zo'n systeem van checks and balances in de praktijk moet worden vormgegeven is afhankelijk van de omvang en complexiteit van de onderneming. Strik t.a.p. (noot 14) geeft het voorbeeld van een actuele besluitenlijst die via intranet ter beschikking wordt gesteld.

16 Y. Borrius, 'Taakverdeling en aansprakelijkheid binnen bestuur en raad van commissarissen', in *Jaarboek Corporate Governance 2012-2013*, p. 116.