UNIVERSITEIT VAN AMSTERDAM

FACULTEIT DER RECHTSGELEERDHEID

MASTER-SCRIPTIE

De niet uitvoerend bestuurder in de SE en NV en het aansprakelijkheidsrecht

- rechtsvergelijking naar Duits recht -

Begeleider: Prof. Dr. Jaap W. Winter

Door: Irene M. Brits
Studentnummer: 6365418/10104151
Master: Privaatrechtelijke Rechtspraktijk
Datum: 26 februari 2012

INHOUDSOPGAVE

1. Inleiding ..... - 3 -

2. De Nederlandse Europese vennootschap (SE) ..... - 5 -
2.1 Totstandkoming van Verordening 2157/2001 betreffende het statuut van de Europese Vennootschap (SE) ..... - 5 -
2.2 Structuur van de SE ..... - 6 -
2.2.1 Het two-tier bestuursmodel ..... - 7 -
2.2.2 Het one-tier bestuursmodel ..... - 8 -
2.2.3 Gezamenlijke artikelen ..... - 10 -

3. De praktische verschillen tussen het one-tier en two-tier bestuursmodel en het wetsvoorstel bestuur en toezicht ..... - 12 -
3.1 Taakuitoefening van de RvC binnen het huidige Nederlandse two-tier model - 13 -
3.1.1 De taak van de RvC ..... - 13 -
3.1.1.1 Wettelijke bepalingen en literatuur ..... - 13 -
3.1.1.2 Twee soorten van toezicht ..... - 14 -
3.1.1.3 Meebesturen door de RvC ..... - 16 -
3.1.1.4 Structuurregeling ..... - 17 -
3.1.2 Taakuitoefening van de RvC in de praktijk ..... - 17 -
3.1.2.1 Taakverdeling binnen de RvC ..... - 18 -
3.1.2.2 Informatieverkrijging ..... - 19 -
3.1.2.3 Kwaliteit van de verkregen informatie ..... - 22 -
3.2 Taakuitoefening van niet uitvoerend bestuurders binnen het one-tier bestuursmodel ..... - 23 -
3.2.1 Wettelijke bepalingen van het wetsvoorstel 'Bestuur en toezicht' ..... - 24 -
3.2.1.1 Wettelijke bepalingen ..... - 24 -
3.2.1.2 Structuurvennootschap ..... - 25 -
3.2.2 Het algemeen besturen als hoofdtaak van de niet uitvoerend bestuurders - 25 -
3.2.3 Taakuitoefening van niet uitvoerende bestuursleden in de praktijk ..... - 27 -
3.2.3.1 Taakverdeling ..... - 27 -
3.2.3.2 Informatieverkrijging ..... - 29 -
3.2.3.3 Kwaliteit van de verkregen informatie ..... - 30 -

4. Bestuurdersaansprakelijkheid naar Nederlands recht ..... - 31 -
4.1 Huidig Nederlands recht ..... - 31 -
4.1.1 Bestuurdersaansprakelijkheid naar het systeem van artikel 2:9 BW (huidig): de betekenis van het begrip 'ernstig verwijt' (fase 1) ..... - 32 -
4.1.2 De mogelijkheid tot taakverdeling en disculperen van aansprakelijkheid door het bestuur (fase 2) ..... - 34 -
4.1.3 Aansprakelijkheid van de Raad van Commissarissen op grond van artikel 2:9 BW - 37 -
4.2 Wetsvoorstel Bestuur en Toezicht ..... - 39 -
4.2.1 Interne aansprakelijkheid van een niet uitvoerend bestuurder in een one-tier bestuur ..... - 39 -
4.3 Aansprakelijkheid op grond van de feitelijke taakuitoefening ..... - 42 -

5. Rechtsvergelijking met Duitsland ..... - 44 -
5.1 Het one-tier bestuursmodel in het Duitse recht ..... - 44 -
5.1.1 Algemene bepalingen ..... - 44 -
5.1.2 Uitvoerend managers ..... - 45 -
5.2 Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van § 93 AktG ..... - 47 -
5.2.1 Beschrijving van de bepalingen van § 93 AktG ..... - 47 -
5.2.1.1 § 93 paragraaf 1 AktG en de business judgment rule ..... - 47 -
5.2.1.2 Interne aansprakelijkheid ..... - 48 -
5.2.2 Taak en aansprakelijkheid van leden van de RvC in het two-tier bestuursmodel naar Duits recht ..... - 49 -
5.2.2.1 Taken en bevoegdheden van de RvC ..... - 49 -
5.2.2.2 Aansprakelijkheid van de RvC ..... - 51 -
5.2.3 Taakverdeling en aansprakelijkheid van niet uitvoerend bestuurders in het one-tier bestuursmodel naar Duits recht ..... - 52 -
5.2.3.1 Taakverdeling ..... - 52 -
5.2.3.2 Aansprakelijkheid ..... - 52 -
5.3 Uitwerking Duits recht op de casus van Schwandt/Berghuizer Papierfabriek- 53 -

6. Conclusie ..... - 56 -

7. Literatuurlijst .....
7.1 Boeken ..... - 58 -
7.2 Tijdschriftartikelen ..... - 60 -
7.3 Wetscommentaren ..... - 63 -
7.4 Rapporten en onderzoeken ..... - 64 -

8. Jurisprudentielijst ..... - 65 -

1. INLEIDING

Op 17 maart 2005 is door de Nederlandse wetgever uitvoering gegeven aan de Verordening (EG) Nr. 2157/2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (hierna "SE-Vo").[1] Door de inwerkingtreding van de SE-Vo kunnen in elke lidstaat van de Europese Unie vennootschappen worden opgericht in de vorm van een Europese naamloze vennootschap (Societas Europaea, hierna "SE"). Het oprichten van een SE laat aan vennootschappen onder meer de mogelijkheid vrij om te kiezen voor de inrichting van het bestuur en toezicht van de vennootschap naar een two-tier of one-tier bestuursmodel. Waar de SE-Vo niet op ziet is bestuurdersaansprakelijkheid. Deze aansprakelijkheid wordt bepaald volgens de voorschriften van de lidstaat waar de SE haar statutaire zetel heeft.[2] De aansprakelijkheidsbepalingen in het huidige Nederlands recht zien echter enkel op het two-tier bestuursmodel. Met de invoering van het wetsvoorstel Bestuur en Toezicht, streefdatum 1 juli 2012,[3] zullen de aansprakelijkheidsvoorschriften worden aangepast om ervoor zorg te dragen dat het Nederlandse aansprakelijkheidsregime ook toepasbaar wordt op het one-tier bestuursmodel. In Hoofdstuk 2 zullen eerst de relevante bepalingen van de SE-Vo worden beschreven. Daarbij ligt de focus op artikel 51 SE-Vo welke ziet op de bestuurdersaansprakelijkheid.

Het huidige Nederlands Burgerlijk Wetboek (hierna “BW”) voorziet enkel in bepalingen omtrent het installeren van een two-tier bestuursmodel in een NV.[4] Bestuur en toezicht worden in dit model door twee aparte organen uitgevoerd. Het one-tier bestuursmodel is beter bekend in de Angelsaksische landen en bestaat uit één bestuursorgaan waarbinnen een onderverdeling is gemaakt tussen uitvoerend en niet uitvoerend bestuursleden, waarbij deze laatsten toezicht op de eersten houden. Door onder meer de internationalisering van Nederlandse vennootschappen, de invloed van het Angelsaksische bestuursmodel en de voorkeuren van bestuursleden en commissarissen zelf, is het onderscheid tussen beide modellen in het afgelopen decennium, grotendeels na de invoering van de Corporate

---

[1] Verordening (EG) Nr. 2157/2001 (*PbEG* 2001, L 294/1) betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE). Een verordening heeft een algemene strekking. Zij is verbindend in al haar onderdelen en is rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat, artikel 288 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie van 30 maart 2010, C 83/171. *Zie voor de Nederlandse wet tot uitvoering*: Wet van 17 maart 2005 tot uitvoering van verordening (EG) Nr. 2157/2001 van de Raad van de Europese Unie van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE), *Staatsblad.* 2005, 150.

[2] Artikel 51 SE-Vo.

[3] Wet van 6 juni 2011 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen, *Staatblad* 2011, 275. Met toezegging van de Minister dat de wet op 1 januari 2012 in het Staatsblad komt: Handelingen *I* 2010-2011, vergadernummer 28, p. 10. Huidige streefdatum is echter 1 juli 2012, *zie*: Brief Minister van Veiligheid en Justitie aan de voorzitter van de Tweede Kamer 29 november 2011, onderwerp: Kamervragen beperking aantal toezichthoudende functies.

[4] Hetzelfde geldt voor de BV. Gezien de SE-Vo enkel ziet op de NV zal ik mij in dit onderzoek beperken tot de artikelen omtrent de NV.

Governance Code ("CGC) in 2004, steeds meer vervaagt.[5] In de literatuur wordt ook wel gesproken over het Nederlandse one-and-a-half-tier bestuursmodel.[6]

Dit onderzoek zet uiteen wat het onderscheid is tussen de taakopdracht en uitoefening hiervan door de RvC in het two-tier en door niet uitvoerend bestuurders in het one-tier bestuursmodel. Naar mijn mening brengt dit onderscheid tegelijkertijd een verschil in risico op aansprakelijkheid met zich mee. De onderzoeksvraag betreft welk gevolg de nieuwe regeling van het wetsvoorstel Bestuur en Toezicht met zich mee brengt met betrekking tot de aansprakelijkheid van de niet uitvoerend bestuurder van een Nederlandse SE of NV in het one-tier bestuursmodel. Om tot een beter begrip te komen van de verschillen tussen het one-tier en two-tier bestuursmodel, heb ik een literatuurstudie gedaan naar hoe de RvC en niet uitvoerend bestuurders in de praktijk hun taak uitoefenen. Hoofdstuk 3 geeft de resultaten en geeft mede een overzicht van het wetsvoorstel Bestuur en Toezicht. Gezien het doel en juridische karakter van deze thesis zal ik het two-tier en one-tier model op een meer statische manier behandelen, zoals zij juridisch twee strikt verschillende bestuursmodellen zijn. Ik zal mij daarbij beperken tot de bepalingen voor de niet beursgenoteerde NV waarvoor de bepalingen van de CGC[7] niet direct gelden. De bepalingen van de CGC kunnen wel een inspiratiebron vormen voor de wijze waarop het toezicht wordt uitgeoefend en zal ik deze daarom betrekken in mijn onderzoek. Ook zal ik enkel kort ingaan op de bepalingen voor de structuurvennootschap.

In Hoofdstuk 4 zal ik dieper ingaan op de aansprakelijkheid van bestuurders, RvC en niet-uitvoerend bestuurders naar huidig en komend recht. Centraal staat artikel 2:9 BW omtrent de interne aansprakelijkheid jegens de vennootschap.

Interessant is het om het wetsvoorstel Bestuur en Toezicht en de aansprakelijkheidsregeling te vergelijken met de regeling in Duitsland, welke van oudsher ook enkel het two-tier bestuursmodel kent. In Hoofdstuk 5 wordt een rechtsvergelijking gemaakt met het Duitse recht en wordt bezien hoe deze lidstaat de bepalingen van de SE-Vo geïmplementeerd heeft. Onderzocht wordt voornamelijk hoe Duitsland het vraagstuk omtrent bestuurdersaansprakelijkheid heeft opgelost.

Bovenstaande bevindingen en het antwoord op de onderzoeksvraag zijn te vinden in Hoofdstuk 6.

---

[5] Peij 2011, p. 154 en Calkoen 2011, p. 373 e.v.

[6] Bijvoorbeeld Calkoen 2011, p. 314 e.v., Schuit 2010, p. 31 en Kamerstukken *II* 2008-2009, 31 763, nr. 6, p. 3.

[7] Nederlandse Corporate Governance Code zoals geactualiseerd door de Commissie Frijns en in werking getreden op 1 januari 2009. De eerste Code (Tabaksblat) trad in werking op 1 januari 2004.

2. DE NEDERLANDSE EUROPESE VENNOOTSCHAP (SE)

2.1 Totstandkoming van Verordening 2157/2001 betreffende het statuut van de Europese Vennootschap (SE)

Voorafgaand aan de vaststelling van de SE-Vo ging maar liefst meer dan 30 jaar van overleg tussen de lidstaten. Het streven van de SE-Vo is om handelsbelemmeringen weg te nemen en te voorzien in een mogelijkheid voor internationaal gerichte ondernemingen om efficiënter te kunnen produceren en opereren binnen de Gemeenschap. Dit mede door het kunnen vormen van groepsmaatschappijen binnen de EU.[8] Daarvoor dient de mogelijkheid te worden verschaft aan vennootschappen welke in verschillende lidstaten hun zetel hebben, om tot fusie over te gaan of een holdingvennootschap of een gemeenschappelijke dochtervennootschap op te richten.[9] Ook zal het mogelijk zijn voor een naamloze vennootschap met een dochtervennootschap in een andere lidstaat dan die van haar statutaire zetel, zich om te vormen tot een SE zonder alvorens te moeten ontbinden.[10] Verschillen tussen, en de territoriaal beperkte toepassing van het vennootschapsrecht van de lidstaten zelf, mogen geen belemmering vormen voor de oprichting en het bestuur van de SE.[11]

Voorafgaand aan de SE-Vo gingen een aantal voorontwerpen. Opvallend is dat pas in het Statuut van 1991 een keuzemogelijkheid voor ofwel een two-tier bestuursmodel, of een one-tier bestuursmodel werd toegevoegd aan het ontwerp. Zowel het voorontwerp Sanders in 1967 en het Statuut 1970/1975 kenden alleen de mogelijkheid van een two-tier bestuur.[12]

Uit het verslag van de Commissie[13] blijkt dat in landen waar enkel het two-tier bestuursmodel is toegestaan meer SE's worden opgericht dan in land waar enkel het one-tier model is toegestaan. In landen waar beide modellen zijn toegestaan, waaronder Nederland, worden het minste aantal SE's opgericht. De Commissie wijst er op dat een bestuursstructuur welke onbekend is in het land van inschrijving van de SE, kan zorgen voor rechtsonzekerheid of praktische moeilijkheden. Bedrijven voelen zich weerhouden van het oprichten van een SE door onder meer de hoge oprichtingskosten, de tijdrovende en ingewikkelde procedures en de rechtsonzekerheid rond die procedures die grotendeels een gevolg zijn van het gebrek aan uniformiteit van het SE-statuut en van de vele verwijzingen naar het nationale recht.

---

[8] SE-Vo overweging 1.
[9] SE-Vo overweging 10.
[10] SE-Vo overweging 11.
[11] SE-Vo overweging 7.
[12] Huiskes 1993, p. 41-44.
[13] Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad, De toepassing van Verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE), 17 november 2010, COM/2010/0676,

Één van die verwijzingen is te vinden in artikel 51 SE-Vo. Hierin wordt verwezen naar het aansprakelijkheidsrecht van de lidstaat waar de SE haar statutaire zetel heeft. Overeenkomstig deze geldende voorschriften wordt de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen bepaald, voor schade die de SE ondervindt door het niet nakomen van de wettelijke, statutaire of andere verplichtingen welke uit hoofde van hun functie op hen rusten. De toepasselijke aansprakelijkheidsregels naar Nederlands en Duits recht zullen in respectievelijk Hoofdstuk 4 en 5 behandeld worden. In paragraaf 2.2 zal een kort overzicht van de relevante artikelen van de SE-Vo en hun achtergrond ten aanzien van het two-tier en one-tier bestuursmodel gegeven worden.

2.2 Structuur van de SE

Titel III van de SE-Vo behandelt de structuur van de SE. Artikel 38 SE-Vo bepaalt dat een SE in ieder geval een AVA en hetzij een toezichthoudend en leidinggevend orgaan heeft, hetzij één bestuursorgaan.[14] De keuze voor een two-tier of one-tier model is aan de SE en dient te worden neergelegd in de statuten van de vennootschap. Het artikel heeft tot gevolg dat elke Lidstaat de mogelijkheid moet bieden tot het installeren van een two-tier en one-tier bestuursmodel. In de Nederlandse uitvoeringswet van de SE-Vo in 2005 is geen aparte regeling ten aanzien van het installeren van een one-tier bestuursmodel opgenomen gezien een RvC naar Nederlandse wetgeving, buiten de structuurregeling, niet verplicht is. Een NV met enkel één bestuursorgaan werd al mogelijk geacht naar Nederlandse wetgeving.[15] De Nederlandse structuurregeling wordt daarnaast niet automatisch van toepassing op de SE geacht, waardoor de Nederlandse uitvoering ook in dit opzicht geen regeling hoeft te geven.[16] Afdeling I van Titel III SE-Vo behandelt het two-tier bestuursmodel hieronder uiteengezet in 2.2.1. Afdeling 2 behandelt het one-tier bestuursmodel en wordt uiteengezet in 2.2.2. Het artikel uit de SE-Vo welke dit onderzoek ondersteunt is artikel 51 SE-Vo aangaande de bestuurdersaansprakelijkheid. Artikel 51 geldt zowel voor het two-tier als het one-tier bestuursmodel en zal apart worden behandeld in 2.2.3.

[14] Indien wordt gekozen voor een two-tier bestuursmodel, is een toezichthoudend orgaan verplicht. Indien wordt gekozen voor een one-tier bestuursmodel kan de SE ervoor kiezen om enkel uitvoerend bestuurders te installeren. Zie: Groot 2005, p. 44.
[15] Kamerstukken *II* 2003-2004, 29 309, nr. 3, p.3 en 29 (waarin wordt vermeld dat onder meer artikel 38 en 43 SE-Vo geen uitvoering behoeven in de Uitvoeringswet) en nr. 7, p. 1-2, 8. Ook Dumoulin 2004, p. 105.
[16] Kamerstukken *II* 2003-2004, 29 309, nr. 3, p. 4 en Bartman 2005, p. 17.

2.2.1 Het two-tier bestuursmodel

Afdeling 1 van Titel III SE-Vo begint direct met een opvallende bepaling. Artikel 39 SE-Vo stelt dat in het two-tier bestuursmodel het leidinggevend orgaan onder eigen verantwoordelijkheid belast is met het besturen van de SE. Vervolgens stelt de tweede zin van lid 1 dat een lidstaat kan voorschrijven dat een lid of leden van het bestuur onder eigen verantwoordelijkheid belast is of zijn met de *dagelijkse leiding*, onder dezelfde voorwaarden als die welke gelden voor naamloze vennootschappen met statutaire zetel op het grondgebied van die lidstaat. De mogelijkheid wordt hier geboden om een verschil in verantwoordelijkheid tussen (uitvoerend) bestuurders neer te leggen zoals mogelijk is in Zweden en Finland. Nederland heeft van deze optie geen gebruik gemaakt. Een taakverdeling is door de tekst van artikel 2:9 BW in beginsel mogelijk maar daarbij blijft het bestuur te allen tijde collectief verantwoordelijk voor het besturen van de vennootschap.[17]

Lid 1 van artikel 40 SE-Vo bepaalt dat het toezichthoudend orgaan zich niet zelf met het bestuur van de SE mag 'bemoeien'.[18] De taken en verantwoordelijkheden van beide organen zijn dus strikt gescheiden. In de Nederlandse versie van het two-tier model is sprake van een zwakkere scheiding waarop in Hoofdstuk 3 dieper zal worden ingegaan.

De SE-Vo geeft een uitgebreid artikel omtrent de informatievoorziening voor het toezichthoudend orgaan. In artikel 41 SE-Vo is neergelegd hoe het toezichthoudend orgaan zijn informatie dient te verkrijgen. Het leidinggevend orgaan dient ten minste om de drie maanden verslag uit te brengen over de gang van zaken en de te verwachten ontwikkeling van het bedrijf van de SE. Ter vergelijking schrijft het Nederlandse artikel 141 lid 2 BW voor dat het bestuur de RvC slechts één keer per jaar schriftelijk op de hoogte stelt.[19] Tevens bij situaties welke belangrijke gevolgen voor de SE kunnen hebben, is het bestuur verplicht om, uit eigen beweging of op verzoek, het toezichthoudend orgaan tijdig van deze informatie te voorzien. Lid 3 van artikel 41 SE-Vo bepaalt dat het toezichthoudend orgaan aan het leidinggevend orgaan alle benodigde informatie kan opvragen. Het staat aan lidstaten vrij om te bepalen dat ook een individueel lid van het toezichthoudend orgaan over deze mogelijkheid beschikt. Nederland heeft hier geen gebruik van gemaakt. De RvC als geheel zal moeten voldoen aan de redelijke wensen van een individuele commissaris om bepaalde (aanvullende)

[17] Kamerstukken *II* 2003-2004, 29 309, nr. 3, p. 15-16.
[18] Artikel 40 SE-Vo kent geen aparte uitvoering in de Nederlandse wet, Kamerstukken *II* 2003-2004, nr. 3, p. 29.
[19] Daarbij gaat het om de hoofdlijnen van het strategisch beleid, de algemene en financiële risico's en het beheers en controle-systeem van de vennootschap. Artikel 41 SE-Vo schrijft voor dat omtrent de algemene gang van zaken en de te verwachten ontwikkeling verslag dient te worden uitgebracht, hetgeen minder specifiek is omschreven.

informatie van het bestuur te verkrijgen.[20] Voor het uitoefenen van zijn taak kan het toezichthoudend orgaan de verkregen informatie controleren of laten controleren. Hieronder valt bijvoorbeeld ook een boekenonderzoek. Dit is naar de Nederlandse regeling ook mogelijk maar er dient wel terughoudendheid in acht te worden genomen, zie verder in 3.1.2.2 onder b). Een apart artikel welke deze bevoegdheid toewijst is dan ook niet te vinden in de Nederlandse wetgeving. Het laatste lid van artikel 41 SE-Vo bepaalt dat ieder lid van het toezichthoudend orgaan kennis kan nemen van de informatie welke verstrekt wordt aan het bestuursorgaan als geheel.

Hetgeen het Nederlands BW niet voorschrijft, doet de SE-Vo wel: Het toezichthoudend orgaan kiest uit zijn midden een voorzitter. Op grond van artikel 50 lid 2 SE-Vo heeft de voorzitter van ieder orgaan een doorslaggevende stem bij stemming.[21] De belangrijke rol van de voorzitter is dus in de SE-Vo in beginsel vastgelegd, waar dit niet in de Nederlandse situatie is gedaan.

2.2.2 Het one-tier bestuursmodel

Afdeling 2 van Titel III SE-Vo behandelt het one-tier bestuursmodel. In artikel 43 lid 1 SE-Vo wordt dezelfde zinsnede als in artikel 39 lid 1 SE-Vo wordt gebruikt waardoor een lidstaat kan voorschrijven dat tussen de leden van het bestuursorgaan een onderscheid in verantwoordelijkheid voor de dagelijkse leiding gemaakt kan worden. In de regeling van het one-tier bestuursmodel is het bieden van deze mogelijkheid benodigd gezien nu een deel van de leden van het bestuursorgaan het niet uitvoerend bestuur zal kunnen vormen. De Nederlandse wetgever stelt dat deze bepaling lijkt in te houden dat de leden van het uitvoerend bestuur in dit geval niet langer verantwoordelijk zouden zijn voor de langetermijnstrategie. Gezien dit onwenselijk is, is van deze bepaling geen gebruik gemaakt.[22]

Ik ben van mening dat deze redenering niet geheel juist is. In het one-tier bestuursmodel zijn in beginsel alle bestuurders verantwoordelijk voor het besturen van de vennootschap. Indien een lid of leden van het bestuur onder eigen verantwoordelijkheid belast is of zijn met de dagelijkse leiding, de uitvoerend bestuursleden, wordt deze verantwoordelijkheid onttrokken van de niet uitvoerend bestuursleden. Voor de uitvoerend bestuurders verandert er naar de

[20] Kamerstukken *II* 2003-2004, 29 309, nr. 3, p. 18.

[21] De statuten van de SE kunnen een andere regeling mogelijk maken, behalve indien het toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft uit werknemersvertegenwoordigers bestaat.

[22] Kamerstukken *II* 2003-2004, 29 309, nr. 3, p. 19. Daarnaast wordt een regeling voor naamloze vennootschappen pas vanaf 1 januari 2012 ingevoerd en was het nog niet eerder mogelijk om een onderscheid te maken in verantwoordelijkheid van leden van het bestuursorgaan. Ook: Winter 2001, paragraaf 4.

tekst van artikel 43 lid 1 SE-Vo in principe niets, zij blijven verantwoordelijk voor het besturen van de vennootschap, inclusief de langetermijnstrategie.[23] De niet uitvoerend bestuursleden zullen een meer toezichthoudende rol ten aanzien van het uitvoerend bestuur vervullen.[24]

Lid 4 van artikel 43 SE-Vo bepaalt dat iedere lidstaat passende maatregelen voor een SE kan vaststellen indien deze lidstaat geen regeling voor het one-tier bestuursmodel kent. De Nederlandse wetgever heeft geen aparte regeling voor het one-tier bestuursmodel nodig geacht.[25] Wel wordt verwezen naar de toekomstige aanpassingen van het NV-recht door het wetsvoorstel Bestuur en Toezicht.[26]

Waar het leidinggevend orgaan in het two-tier bestuursmodel ten minste om de drie maanden verslag uit dient te brengen aan het toezichthoudend orgaan, krijgt het niet uitvoerend bestuur in het one-tier bestuursmodel ten minste om de drie maanden informatie door de verplichte gezamenlijke vergadering. Echter, een belangrijk verschil in informatievergaring tussen het toezichthoudend orgaan en niet uitvoerend bestuurders geeft lid 2 van artikel 44 SE-Vo. Ieder lid van het bestuursorgaan, dus uitvoerend en niet uitvoerend bestuurders, kan kennis nemen van alle aan dit orgaan verstrekte informatie. Het toezichthoudend orgaan in het two-tier model kan enkel kennis nemen van de aan hun verstrekte informatie, niet van alle informatie verstrekt aan het leidinggevend orgaan. Om deze laatste informatie zullen zij dienen te vragen of het leidinggevend orgaan dient deze op eigen initiatief te verstrekken. Of het leidinggevend orgaan ook daadwerkelijk alle belangrijke informatie verstrekt ligt buiten de macht van het toezichthoudend orgaan.

Een apart artikel omtrent informatieverstrekking vanuit het uitvoerende bestuur naar het niet uitvoerende bestuur, heeft de Europese wetgever niet nodig geacht. Daarmee wordt mijns inziens aangegeven dat relevante informatie geacht wordt, automatisch of door inzage op verzoek, bij de niet uitvoerend bestuurders terecht te komen.

Ook in het one-tier bestuursmodel kiest het bestuursorgaan een voorzitter. Deze voorzitter zit zowel de uitvoerend als niet uitvoerend bestuurders voor en heeft op grond van artikel 50 lid 2 SE-Vo een doorslaggevende stem. Dit kan in de statuten van de SE anders worden geregeld. In tegenstelling tot de Nederlandse voorgestelde regeling, waarover in Hoofdstuk 3, is het bestuursorgaan van de SE vrij om te kiezen voor zowel een uitvoerende als niet uitvoerend bestuurder als voorzitter.

---

[23] Zie ook: Dumoulin 2004, p. 105 en p. 115.
[24] Kamerstukken *II* 2003-2004, 29 309 nr. 3, p. 3.
[25] Kamerstukken *II* 2003-2004, 29 309 nr. 7, p. 1-2, 8.
[26] Kamerstukken *II* 2003-2004, 29 309 nr. 7, p. 2.

2.2.3 Gezamenlijke artikelen

Afdeling 3 van Titel III SE-Vo behandelt de artikelen die zowel voor het two-tier als het one-tier bestuursmodel gelden. Naar artikel 47 SE-Vo[27] bepaalt de Nederlandse uitvoering dat leden van het toezichthoudend orgaan of de niet uitvoerend bestuurders enkel natuurlijke personen kunnen zijn.
Artikel 48 SE-Vo bepaalt dat de statuten van de SE dienen te bepalen welke handelingen de goedkeuring van het toezichthoudend orgaan in het two-tier bestuursmodel dienen te verkrijgen, of waarvoor het bestuursorgaan in het one-tier model een uitdrukkelijk besluit moet nemen. Voor het two-tier bestuursmodel kan een lidstaat bepalen dat het toezichthoudend orgaan zelf bepaalde categorieën besluiten aan goedkeuring kan onderwerpen. Daarnaast kan een lidstaat bepalen welke categorieën besluiten in ieder geval aan goedkeuring onderworpen dienen te zijn en in de statuten van de SE als zodanig vermeld dienen te worden.

Artikel 51 SE-Vo is de spil in dit onderzoek. De tekst luidt:
De leden van het leidinggevend, het toezichthoudend of het bestuursorgaan zijn overeenkomstig de voor naamloze vennootschappen geldende voorschriften van de lidstaat waar de SE haar statutaire zetel heeft, aansprakelijk voor de schade die de SE ondervindt door het niet nakomen van de wettelijke, statutaire of andere verplichtingen welke uit hoofde van hun functie op hen rusten.
Het gaat in dit artikel enkel over interne aansprakelijkheid van een bestuurder of toezichthouder jegens de vennootschap. Voor een SE met statutaire zetel in Nederland betekent deze bepaling dat aansprakelijkheid wordt bepaald naar artikel 2:9 BW. Boschma en Schutte-Veenstra stellen in hun commentaar bij artikel 51 SE-Vo dat dit artikel nationale bepalingen omtrent externe aansprakelijk niet uitsluit en dat daarmee artikel 2:138, 2:139, 2:149, 2:150 en artikel 6:162 BW van overeenkomstige toepassing zijn.[28] Winter neemt aan dat enkel artikel 2:9 BW krachtens de SE-Vo geldt voor Nederlands Europese vennootschappen maar dat artikel 51 SE-Vo niet uitsluit dat de Nederlandse wetgever andere aansprakelijkheidsbepalingen van toepassing verklaart.[29]

---

[27] Artikel 47 lid 1 SE-Vo is in de Nederlandse wet uitgevoerd in artikel 14 Uitvoeringswet verordening Europese Vennootschap), Kamerstukken *II* 2003-2004, nr. 3, p. 30.
[28] Boschma & Schutte-Veenstra 2009, Aansprakelijkheid leden organen SE bij: Verordening (EG) Nr. 2157/2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE), Artikel 51.
[29] Winter 2001, paragraaf 5.

Zoals gesteld is het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht ten aanzien van bestuurders, waaronder artikel 2:9 BW, niet aangepast aan de mogelijkheid tot het installeren van een one-tier bestuur die de SE-Vo geeft. De meningen in de literatuur zijn verdeeld over de vraag of dit een slimme zet is. Professor Bartman durft deze vraag niet te beantwoorden maar vindt het opmerkelijk dat er is afgezien van een duidelijke positieafbakening van niet uitvoerend bestuurders.[30] Dumoulin onderschrijft dat het Nederlandse recht geen aanpassing behoeft aan de SE-Vo maar vraagt zich daarnaast wel af of nadere codificatie van het one-tier bestuursmodel niet verstandig zou zijn.[31] Nadere regeling ten aanzien van, onder meer, het aansprakelijkheidsregime is ook benodigd naar de mening van Van Veen en Dortmond.[32]

Hoe het ook zij, tot op heden is er geen jurisprudentie met betrekking tot de aansprakelijkheid van een niet uitvoerend bestuurder van een SE met statutaire vestiging op Nederlandse bodem.

Wat wel in aantocht is, is de invoering van het wetsvoorstel Bestuur en Toezicht met streefdatum 1 juli 2012. De Nederlandse wetgever heeft besloten daarin een regeling te geven voor het installeren van een one-tier bestuursmodel in een BV of NV. Ook artikel 2:9 BW zal daarbij worden aangepast. Is de Nederlandse wetgever terecht van gedachten veranderd?

[30] Bartman 2005, p. 18-20.

[31] Dumoulin 2004, p. 104 en 114. Strik ziet mede geen directe reden tot aanpassing maar vindt de aansprakelijkheid van niet uitvoerend bestuurders op grond van het huidige artikel 2:9 BW 'aanvaardbaar', in: Strik 2003, p. 367.

[32] Van Veen 2004, p. 123 en Dortmond 2005, nr. 90.

3. DE PRAKTISCHE VERSCHILLEN TUSSEN HET ONE-TIER EN TWO-TIER BESTUURSMODEL EN HET WETSVOORSTEL BESTUUR EN TOEZICHT

Met streefdatum 1 juli 2012 zal het BW voorzien in een wettelijke bepaling voor het installeren van een one-tier bestuursmodel in een Nederlandse BV of NV. Het is niet de bedoeling van de wetgever om verbeteringen aan te brengen in de verhouding tussen bestuur en toezicht ten opzichte van het huidige two-tier model, een goede corporate governance kan in beide modellen worden vormgegeven.[33] De reden van invoering is onder meer de internationalisering van het vennootschapsrecht. Verwezen wordt naar het model zoals gebruikt in het Verenigd Koninkrijk waar de omschrijving van een non-executive veel raakvlakken vertoont met die van de Nederlandse commissaris.[34] De wijze van invoering van het one-tier bestuursmodel in Nederland doet dan ook sterk denken aan het Britse-Angelsaksische model.[35]

Op dit moment bestaan er al een summier aantal Nederlandse (waarvan er ook deels Angelsaksisch zijn) vennootschappen met een one-tier bestuursmodel, waaronder Unilever N.V. Ook Koninklijke Shell heeft gekozen voor een one-tier bestuursmodel, het 'overleden' Fortis had deze ook.[36] Met passen en meten is een one-tier bestuursmodel mogelijk naar huidig Nederlands recht[37] maar de wijziging van Boek 2 BW zal hierin meer duidelijkheid en gemak scheppen.[38]

Onder 3.1 zal ik de originele kenmerken van het two-tier model behandelen zoals neergelegd in het BW. Daarbij ligt de focus op de manier van informatievergaring door de commissarissen. Onder 3.2 worden eerst de wijzigingen van het BW door het wetsvoorstel Bestuur en Toezicht omtrent het one-tier bestuursmodel behandeld. Vervolgens worden de kenmerken van het one-tier bestuursmodel behandeld. Daarbij wordt direct een vergelijking gemaakt met het two-tier bestuursmodel zoals beschreven onder 3.1.

---

[33] Kamerstukken 2008-2009 31763, nr. 6, p. 2.
[34] Kamerstukken 2008-2009 31 763, nr. 3, p. 3.
[35] Biesheuvel-Hoitinga 2010, para. 7.
[36] Zie: Honeé 2004, nr. 108.
[37] Ook: Dumoulin 2004, p. 105, Spanjaard 2006, p. 32 en Kamerstukken *II* 2003-2004, 29309, nr. 3, p. 29 waarin wordt vermeld dat onder meer artikel 38 en 43 SE-Vo geen uitvoering behoeven in de Uitvoeringswet.
[38] Ook: Van Es 2007, p. 53.

3.1 Taakuitoefening van de RvC binnen het huidige Nederlandse two-tier model

De Nederlandse wetgever heeft aan de RvC de taak toegekend om toezicht te houden op het beleid van het bestuur van de vennootschap en dit bestuur bij te staan met advies. Artikel 2:140 lid 2 BW vermeldt dat de commissarissen zich bij de vervulling van hun taak dienen te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Een beschrijving van hoe deze taak feitelijk behoort te worden ingekleed en welke werkzaamheden precies door de RvC uitgevoerd dienen te worden wordt niet gegeven. De precieze taakinvulling en de bijbehorende betrokkenheid van de RvC wordt overgelaten aan de specifieke wensen van de vennootschap en opvattingen vanuit de bedrijfskunde.[39] De betrokkenheid van een commissaris kan daarbij op een glijdende schaal worden aangegeven waarbij de minste betrokkenheid is te zien bij enkel goed- of afkeuren van bestuursbesluiten, ofwel "ratifying", tot aan intensieve betrokkenheid wanneer de RvC zelf beslissingen maakt, "directing" (met name bij het benoemen, belonen en ontslaan van bestuurders).[40] Daarbij zal goede corporate governance worden bereikt door een zo groot mogelijke betrokkenheid bij het proces van bestuursbesluitvorming.[41] In 3.1.1 worden eerst de relevante bepalingen in het BW behandeld en vervolgens wordt in 3.1.2 uiteengezet hoe de RvC hun taak in de praktijk uitoefent.

3.1.1 De taak van de RvC

3.1.1.1 Wettelijke bepalingen en literatuur

Een Nederlandse vennootschap kan er ingevolge artikel 2:140 lid 1 BW vrijwillig voor kiezen om naast het bestuur een RvC te installeren. Dit zal in de statuten worden neergelegd. Indien de betreffende vennootschap een structuurvennootschap is, zoals bedoeld in Afdeling 6 van Boek 2, is het installeren van een RvC verplicht. De structuurregeling wordt kort behandeld in 3.1.1.4.

Commissarissen worden benoemd door de algemene vergadering van aandeelhouders ("AVA") en kunnen door de AVA worden geschorst en ontslagen ingevolge artikel 2:142 lid 1 en 2:144 lid 1 BW. De RvC kan enkel worden gevormd door natuurlijke personen. Zij

[39] Blanco Fernández 1993, p. 2. Zie ook: Van der Heijden & Van der Grinten 1992, p. 475.
[40] Er zijn vier niveaus te onderscheiden: 1. "Ratifying": enkel goed- of afkeuren van bestuursbesluiten , 2. "Probing": daadwerkelijke toetsing van bestuursbesluiten, 3. "Engaging": samenwerking met het bestuur omtrent het besluitvormingsproces, 4. "directing": beslissingen gemaakt door de RvC. Zie hierover: VTOI 2011, p. 6.
[41] Financieel Dagblad 15 maart 2008, "One-tier ambitie", zie ook Kamerstukken 2008-2009 31 763, nr. 6, p. 7.

handelt bij haar taakuitoefening gezamenlijk als 'college', vandaar dat de wet spreekt van '*Raad* van Commissarissen'.[42]

De CGC geeft een duidelijke opsomming van de taken van de RvC: a) de realisatie van de doelstellingen van de vennootschap; b) de strategie en de risico's verbonden aan de ondernemingsactiviteiten; c) de opzet en de werking van de interne risicobeheersings- en controlesystemen; d) het financiële verslaggevingsproces; e) de naleving van wet- en regelgeving; f) de verhouding met aandeelhouders; en g) de voor de onderneming relevante maatschappelijke aspecten van ondernemen.[43] Daarnaast staat zij het bestuur bij met, gevraagd en ongevraagd, advies. Deze adviestaak is sturend maar niet bindend zolang daarin niet is voorzien in de statuten van de vennootschap.[44] Met Blanco Fernández[45] ben ik van mening dat de adviserende rol van de RvC in de primaire toezichthoudende rol is verwikkeld en zal hierna enkel over toezicht spreken.

Voor het uitoefenen van toezicht is de RvC toegewezen aan informatieverstrekking vanuit het bestuur op grond van artikel 2:141 BW. Omdat de RvC door middel van deze, door het bestuur verstrekte, informatie toezicht dient te houden op ditzelfde bestuur wordt ook wel gesproken over de "onafhankelijkheidsparadox".[46] Het bestuur dient de relevante informatie tijdig te overleggen en stelt de RvC ten minste één keer per jaar op de hoogte van het te voeren strategisch beleid, de algemene en financiële risico's en het beheers- en controlesysteem van de vennootschap. Op de informatieverkrijging van de RvC wordt in 3.1.2.2 uitgebreid ingegaan.

3.1.1.2 Twee soorten van toezicht

Er kunnen twee verschillende soorten van toezicht door de RvC worden onderscheiden: het toezicht *vooraf*, wat bestaat uit het goedkeuren van besluiten en plannen van het bestuur en

[42] Hierover Blanco Fernández 1993, p. 11.
[43] Nederlandse Corporate Governance Code 2008, best practice bepaling III.1.6. Hessels omschrijft de kerntaken van de RvC als (i) het zijn van actief toezichthouder op de gang van zaken in de onderneming en het zorgen voor een verantwoorde groeistrategie met een verantwoord risicoprofiel met de controles, financiering en balans die daar bij horen; (ii) zorgen dat er goed onderbouwde financiële beslissingen genomen worden voor met name de (middel)lange termijn (investeringsbudgetten) en (iii) zorgen voor een goede organisatiestructuur, goede benoemingen en fatsoenlijke beloningen, in Hessels 2006, nr. 32.
[44] Zie: Van Schilfgaarde & Winter 2009, p. 247 en Schuit 2010, p. 69.
[45] Blanco Fernández 1993, p. 22. Van Schilfgaarde spreekt over de adviserende taak als 'uitvloeisel' van het toezicht in: Van Schilfgaarde & Winter 2009, p. 235.
[46] Van Manen & Jansman 2008, p. 74.

wat zich uitstrekt tot de beleidsplannen op langere termijn, en toezicht *achteraf*, wat toetsing van de gang van zaken binnen de vennootschap en het bestuur betreft.[47]

Voor het uitoefenen van het toezicht achteraf krijgt de RvC inzicht in onder meer het jaarverslag, de jaarrekening en het accountantsverslag (Titel 9 Boek 2 BW). De RvC dient de jaarrekening ook mede te ondertekenen op grond van artikel 2:101 lid 2 BW.

In beginsel speelt het vooraf toezicht een beperkte rol: de commissarissen dienen enkel toe te zien op het functioneren van het bestuur en hebben in beginsel geen verderstrekkende bevoegdheden, de betrokkenheid is hier "ratifying/probing". Hierop bestaan een aantal uitzonderingen waaronder de vertegenwoordigende functie van de RvC in het geval van tegenstrijdig belang van de vennootschap met een of meer bestuurders ingevolge artikel 2:146 BW. Voorgaande kan echter worden weggeschreven in de statuten. Goedkeuringsbevoegdheden, daarmee "directing", kunnen aan de RvC worden gegeven door middel van aanvullende bepalingen in de statuten ingevolge artikel 2:140 lid 3 BW. Te denken valt aan goedkeuring voor het doen van belangrijke investeringen, uitgifte van aandelen, fusie of het indienen van een faillissementsaanvraag. Daarnaast kunnen de statuten op grond van artikel 2:135 lid 3 BW bepalen dat de RvC de bezoldiging van het bestuur vast stelt.

Er is geen sprake van een hiërarchische verhouding tussen de RvC en het bestuur, de twee organen staan naast elkaar als 'equals in different positions'.[48] De RvC houdt zich in principe niet bezig met het besturen van de vennootschap, dit is de autonome taak en bevoegdheid van het bestuur.[49] Het bestuur is in een two-tier bestuursmodel het enige orgaan dat verantwoordelijk is voor het opstellen van de strategie. Deze regel vloeit onder meer voort uit de informatievoorsprong die het bestuur heeft met betrekking tot de vennootschap ten opzichte van de RvC.[50] De RvC houdt toezicht op de taakuitvoering van het bestuur en is enkel in die zin betrokken bij de strategie van de vennootschap. Dit is ook terug te zien in de CGC welke bepaalt dat de RvC enkel de strategie en de voornaamste risico's verbonden aan de onderneming *bespreekt.*[51]

De statuten kunnen verder bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van de RvC, artikel 2:129 lid 4 BW. Indien de statuten zulk een bepaling

---

[47] Peij 2011, p. 152 en Spijksma 2011, p.24.
[48] Glasz 1995, p. II.4-12.
[49] Ingevolge artikel 2:129 lid 1 BW en onder meer bevestigd in Hoge Raad 13 juli 2007, LJN: BA7972, *NJ* 2007, 434 (ABN AMRO), ro. 4.3, Hoge Raad 9 juli 2010, LJN: BM0976, *NJ* 2010, 544 (ASMI) en Gerechtshof 's-Gravenhage 25 augustus 1998, *JOR* 1999,60.
[50] Conclusie A-G L. Timmerman, Hoge Raad 13 april 2010, LJN: BM0976, *NJ* 2010, 544 (ASMI), nr. 3.4.13.
[51] Nederlandse Corporate Governance Code, best practice bepaling III.1.8.

bevatten krijgt de RvC een meeromvattende rol toegewezen dan enkel hun wettelijke taak. Zij zullen dan niet langer een oppervlakkige rol kunnen spelen en over meer kennis omtrent de gang van zaken binnen de vennootschap dienen te beschikken.[52]

Voor wat betreft het toezicht vooraf is het belangrijk dat het bestuur en de RvC met elkaar in overleg treden. De RvC kan op die manier nog invloed op het geplande beleid uitoefenen. Vooral bij belangrijke besluiten van het bestuur, bijvoorbeeld betreffende fusies en overnames, zal er een heel traject aan voorbereidingen en tussenbesluiten afgelegd worden voordat er daadwerkelijk een finale beslissing wordt genomen. Het is aan de RvC om in elk stadium van de planning en besluitvorming van het bestuur op de hoogte te zijn van de gang van zaken. Zo kunnen zij een weloverwogen beslissing maken wanneer het daadwerkelijke besluit ter goedkeuring aan hun wordt voorgelegd. Naar huidig corporate governance zal enkel "ratifying" of soms enkel "probing" door een RvC niet meer geaccepteerd worden en zal minstens "engaging" verwacht worden.[53] Op deze manier wordt grotendeels voorkomen dat de RvC achteraf, nadat zij goedkeuring hebben gegeven, in een penibele situatie wordt gebracht omdat er toch onduidelijkheden blijken te zijn of dat er informatie door het bestuur blijkt te zijn achtergehouden.

3.1.1.3 Meebesturen door de RvC

Gezien de RvC niet betrokken is bij het initiëren en uitvoeren van het beleid, hun rol gaat in de meeste gevallen niet verder dan het toetsen van processen en voorgelegde bestuursbesluiten[54], vervult de RvC geen eigen bestuurlijke taak. Zij zijn wel in staat om besluiten goed te keuren of tegen te houden maar niet in staat om een ander beleid aan het bestuur voor te leggen.[55] Ook Calkoen stelt in zijn proefschrift dat de leden van de RvC niet kunnen meesturen ("*supervisory board members may not co-manage*").[56]

Dumoulin is een andere mening toegedaan en maakt de vergelijking tussen de commissaris en niet uitvoerend bestuurder, waarbij de commissaris mee-(be)stuurt doordat hem een wettelijke adviserende rol is toebedeeld. Advies kan, volgens Dumoulin, inhouden dat de commissaris initieert en daardoor invulling geeft aan het beleid van de vennootschap.[57] Ik meen dat

---

[52] Met name omtrent financiën, marketing, investeringen, personeel, productie, research & development en de plaats van de vennootschap in de markt en de strategie: Glasz 1992, p. 76.
[53] Zie ook: Kamerstukken 31 763, nr. 3, p. 3 en Seinstra 2008, p. 58.
[54] Zie over de mate van betrokkenheid van commissarissen verder paragraaf 3.1.2.
[55] Van der Heijden & Van der Grinten 1992, p. 478-480. *Ook* Beckman 2005, nr. 86 "…de geuite veronderstelling dat de [RvC] eindverantwoordelijk voor het beleid is, is onjuist." En Glasz 1992, p. 75-76.
[56] Calkoen 2011, p. 330
[57] Dumoulin 2004, p. 107.

Dumoulin hiermee een stap te ver gaat. Het advies van de RvC zal kunnen bijdragen aan de uiteindelijke beleidsvorming van de vennootschap, maar het is enkel het bestuur van de vennootschap dat het beleid vast stelt, niet de RvC. Het advies van de RvC is niet bindend en kan daarmee niet als '(mee)besturen' worden omschreven.[58]

3.1.1.4 Structuurregeling

De structuurvennootschap[59] dient verplicht een RvC in te stellen op grond van artikel 2:158 BW. De leden van de RvC worden op voordracht van de RvC benoemd door de AvA.
Indien een vennootschap onder de structuurregeling valt, zijn bepaalde besluiten van het bestuur van de vennootschap onderworpen aan de goedkeuring van de RvC op grond van artikel 2:164 BW.[60] De RvC dient voordat zij deze besluiten van het bestuur goedkeuren ook mede geraadpleegd te worden. Deze toezichtstaak blijft wel oppervlakkig en de RvC hoeft dus niet diep in de ingewikkelde materie te duiken.[61]

3.1.2 Taakuitoefening van de RvC in de praktijk

Alvorens in te gaan op de taakuitoefening van de RvC (en in paragraaf 3.2 de taakuitoefening van de niet uitvoerend bestuurder), maak ik een aantekening dat deze taakuitoefening in de praktijk per vennootschap sterk kan verschillen, ongeacht wat wettelijk van de commissaris verwacht wordt. Sinds de invoering van de CGC in 2004 is er geen verandering gebleken in de wettelijke kerntaken van de RvC maar wel in de wijze van uitvoering daarvan.[62] Vooral bij de grotere vennootschappen is de taak en betrokkenheid van de commissaris groter geworden.[63] Ook bepaalt de persoonlijkheid van de commissaris zelf, de omstandigheden

---

[58] Zie ook Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2009 (2-II*), nr. 486, over de enkel 'blokkerende' bevoegdheid van de RvC.
[59] Een vennootschap welke drie jaar achtereenvolgens een geplaatst kapitaal van ten minste € 16 miljoen heeft, de wettelijke verplichting heeft om een ondernemingsraad in te stellen en tezamen met haar afhankelijke maatschappijen ten minste honderd werknemers in Nederland heeft, is onderworpen aan de volledige structuurregeling, Afdeling 6 van Titel 4 Boek 2 BW.
[60] Hieronder vallen de uitgifte en verkrijging van aandelen in de vennootschap, medewerking aan de uitgifte van certificaten van aandelen, het aanvragen van toelating van aandelen op de beurs, belangrijke fusies en overnames, het nemen van een deelneming of het doen van investeringen ter waarde van ten minste een vierde van het bedrag van het geplaatste kapitaal, een voorstel tot wijziging van de statuten of ontbinding van de vennootschap, de aangifte van faillissement en aanvraag van surseance van betaling en de beëindiging van de arbeidsovereenkomst van een aanmerkelijk aantal werknemers van de vennootschap.
[61] Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2009 (2-II*), nr. 487. In een geval van overname hoeft de RvC bijvoorbeeld niet de wijze waarop een overname contract is verwoord te controleren (Gerechtshof 's-Gravenhage, 6 april 1999, *JOR* 1999, 142 (Verto/Drenth)).
[62] *Zie ook* Spanjaard 2006, p. 32.
[63] Kamerstukken 2008-2009 31 763, nr. 3, p. 3 en Spanjaard 2006, p. 32.

waarin hij zijn taak uitvoert (bijvoorbeeld in een tijd waarin belangrijke besluiten dienen te worden genomen zal meer betrokkenheid van de commissaris verwacht worden) en de interactie met het bestuur van de vennootschap hoe de taakuitoefening zich in de praktijk vervult.[64]

Dit gesteld hebbende zal ik in paragraaf 3.1.2.1 de taakverdeling binnen de RvC beschrijven. In paragraaf 3.1.2.2 zal worden beschreven hoe de RvC aan de informatie komt waarmee zij hun taak dienen uit te oefenen en de kwaliteit hiervan in paragraaf 3.1.1.3. Paragraaf 3.1.1.4 behandelt kort de structuurvennootschap.

3.1.2.1 Taakverdeling binnen de RvC

De RvC handelt bij zijn taakuitoefening als één college maar daarbinnen kan een functionele verdeling worden gemaakt. Daarbij zal in ieder geval een president-commissaris wordt aangesteld.[65] De president-commissaris voert in eerste instantie de gebruikelijke voorzitterstaken uit zoals het voorbereiden en leiden van vergaderingen, de verdeling van taken, onderhouden van contacten en representatie.[66] Hij is daarnaast de spil tussen het bestuur en de commissarissen. Het aanstellen van een president-commissaris is niet wettelijk geregeld. Zijn verantwoordelijkheid is daarom in eerste instantie hetzelfde als die van zijn collega-commissarissen. In de statuten kan de taak van de president-commissaris worden uitgebreid en gespecificeerd, hetgeen wenselijk wordt geacht door commissarissen zelf.[67] Auteur Schuit uit zich sterk voor de invloed van de president-commissaris op de samenstelling van de RvC. Indien de RvC niet goed functioneert zou de president-commissaris hierop in eerste instantie aanspreekbaar zijn omdat deze voortdurend dient toe te zien op de samenstelling.[68] Verder kan gedacht worden aan het benoemen van een vicevoorzitter, secretaris, vertrouwenspersoon en een gedelegeerde commissaris voor het dagelijks contact met het bestuur.[69]

Taken mogen worden verdeeld door het instellen van commissies, waarbij collegiale taakvervulling van de gehele RvC voorop blijft staan. Een advies van een commissie aan de

[64] Zie ook J. Winter in: VTOI 2011, p. 5.
[65] Dumoulin 2004, p. 123. Zie ook artikel 50 SE-Vo.
[66] Van Schilfgaarde & Winter 2009, p. 247.
[67] Zie: Gedragscode 2009 en Schuit 2010, Hoofdstuk 8 waarin hij pleit voor de 'zware' chairman.
[68] Schuit 2010, p. 51-53.
[69] Zie ook: Glasz 1995, Hoofdstuk 4.

gehele RvC kan nooit bindend zijn.[70] Indien commissies worden ingesteld wordt dit neergelegd bij de statuten of reglement. De RvC kan ook een besluit tot delegatie nemen.
In tegenstelling tot de functie van dagelijks bestuurder betreft de functie van commissaris geen fulltime baan. Gemiddeld besteedt een commissaris zo'n 14 uur per maand aan zijn commissariaat.[71]

3.1.2.2 Informatieverkrijging

a) Informatie vanuit het bestuur

Het bestuur dient de RvC de informatie te verschaffen welke zij nodig hebben om hun taak uit te kunnen oefenen. Het bestuur en de RvC zullen met elkaar moeten afstemmen welke informatie relevant is voor deze toezichtstaak.[72] In ieder geval één keer per jaar wordt door het bestuur schriftelijk geïnformeerd over de hoofdlijnen van het strategisch beleid, de algemene en financiële risico's en het beheers- en controlesysteem van de vennootschap. Er kunnen daarnaast vergaderingen worden gehouden waarbij zowel de RvC als het bestuur aanwezig is. In 2007 werden binnen vennootschappen met een RvC gemiddeld 7 van deze gecombineerde vergaderingen gehouden.[73] Extra vergaderingen kunnen worden gehouden op verzoek van leden van het bestuur of de RvC.[74] Gezien er relatief weinig vergaderingen door de RvC worden gepland, dienen deze vergaderingen zo efficiënt mogelijk te worden benut. De president-commissaris dient toe te zien op een duidelijke agendering, goede voorbereiding van de vergadering en voldoende tijd voor de behandeling van belangrijke onderwerpen.[75]
In de praktijk wordt door de RvC veelvuldig gebruikt gemaakt van de mogelijkheid om informatie bij het bestuur in te winnen.[76] Een individuele commissaris kan echter niet zelf informatie bij het bestuur inwinnen.[77] De RvC handelt als college en indien een individuele commissaris zich wil voorzien van informatie zal dit via een drietrap gaan: eerst aanvragen bij de president-commissaris, dan een besluit van de RvC als geheel om informatie in te winnen

[70] Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2009 (II*), nr. 494, en J. Glasz 1995, p. II.4-3/4/5.
[71] De Bos & Lückerath-Rovers 2010, p. 19. Deze vraag werd beantwoord door 432 commissarissen waarvan 97% in een two-tier board plaatsnemen.
[72] J. Stolker, Goede informatie is van groot belang, *Financieel Dagblad* 14 oktober 2010, p. 7.
[73] Maassen & Van den Bosch 2011, p. 42, figuur 2.12.
[74] Glasz 1992, p. 68.
[75] Schuit 2010, p. 55-57.
[76] Seinstra 2008, p. 64.
[77] Kamerstukken *II* 2003-2004 29 309, nr. 3, p. 18. Zie ook artikel 41 lid 3 SE-Vo waarbij Nederland geen gebruik heeft gemaakt van de optie om een individueel lid van de RvC deze mogelijkheid te verschaffen.

en vervolgens kan de informatie worden opgevraagd bij het bestuur.[78] De RvC dient ervoor zorg te dragen dat, indien een individuele commissaris om extra informatie vraagt, er naar redelijkheid rekening wordt gehouden met zijn of haar wensen om een goede taakuitoefening mogelijk te maken.[79] Delfos-Roy pleit ervoor om een bepaling in de wet op te nemen welke het mogelijk maakt dat op verzoek van (minimaal) twee commissarissen, of één commissaris met steun van een tweede, het bestuur verplicht is informatie aan de RvC te verstrekken. Daarmee wordt voorkomen dat indien een minderheid van de RvC twijfels heeft, zij geen antwoord van het bestuur krijgen over omtrent het beleid en de algemene gang van zaken.[80] Indien een individuele commissaris informatie verkrijgt ten aanzien van de vennootschap, hetgeen voor de president-commissaris onvermijdelijk is vanwege zijn spilfunctie tussen het bestuur en de RvC, doet deze er goed aan om de verkregen informatie te delen met de gehele RvC.[81] De president-commissaris is eindverantwoordelijk voor de informatieverschaffing aan de RvC.[82]

b) Informatie vanuit externe bronnen

Naast de informatieverstrekking vanuit het bestuur zal de RvC ook via andere bronnen informatie ter beschikking kunnen (en moeten) krijgen. De laatste jaren wint de opvatting dat overleg tussen RvC en andere stakeholders, zoals aandeelhouders, van belang is, steeds meer terrein.[83] De bevoegdheid en verplichting tot overleg buiten het bestuur vloeit voort uit artikel 2:140 BW.[84] Dit geldt echter in beginsel alleen voor de RvC als college. Naar de mening van de minister kunnen individuele leden van de RvC niet, uitsluitend voor zichzelf, informatie van het bestuur verlangen en daarmee ook niet van andere bronnen binnen de vennootschap.[85] Dit is vreemd gezien de CGC nu juist voorschrijft dat ook afzonderlijke leden van de RvC een verantwoordelijkheid hebben om alle informatie te verlangen die zij nodig hebben om hun taak als toezichthoudend orgaan goed te kunnen oefenen.[86]

---

[78] Kamerstukken *II* 1970-1971 10 751, nr. 10, p. 10.
[79] Zie ook: SER-advies Het functioneren en de toekomst van de structuurregeling 2001, p. 61-62.
[80] Delfos-Roy 1997, p. 60-61.
[81] Een RvC-reglement waarin bepalingen omtrent de informatievergaring zijn neergelegd kan meer zekerheid hieromtrent geven aan zowel het bestuur en de RvC, als andere organen binnen de vennootschap.
[82] Timmerman 2009, p. 22.
[83] Conclusie A-G L. Timmerman 13-04-2010 bij Hoge Raad LJN: BM0976 (ASMI), nr. 3.5.2.
[84] Delfos-Roy 2005, nr. 178.
[85] Kamerstukken II 2003-2004 29 309, nr. 3, p. 18.
[86] Nederlandse Corporate Governance Code, best practice bepaling III.1.9. De bepaling stelt echter vervolgens "indien de Raad van Commissarissen dit geboden acht kan hij informatie inwinnen van functionarissen en externe adviseurs van de vennootschap." In de literatuur wordt echter gesteld dat dit ook geldt voor de

In de praktijk komt het dan ook veelvuldig voor dat individuele commissarissen directe relaties onderhouden met stakeholders binnen de vennootschap. Of dit wordt toegejuicht door het bestuur heeft ten dele te maken met de grote van de vennootschap en de bedrijfscultuur.[87] Kanalen als de ondernemingsraad, werknemers en overige internen kunnen goede bronnen van informatie zijn. Deze bronnen kunnen op allerlei momenten worden aangeboord zoals tijdens een werknemersoverleg of bij (werkgerelateerde) sociale gelegenheden. Daarbij dient wel terughoudendheid in acht te worden genomen aangezien zulk vragen om informatie buiten het bestuur om tot onrust binnen de vennootschap en haar verbonden ondernemingen kan lijden. Dit geldt met name voor gebruikmaken van het recht van de RvC tot het inzien van de boeken en bescheiden van de vennootschap.[88] De RvC kan instellen om periodiek te verschijnen bij bijvoorbeeld het werknemersoverleg om zo het effect van een rood sein te verlagen.[89] Om het bestuur niet onnodig te passeren zal de RvC bij het vergaren van informatie de volgende route aan dienen te houden: eerst ingevolge artikel 2:141 lid 1 BW bij het bestuur aankloppen voor de betreffende informatie, indien dit niet bevredigend blijkt kunnen andere bronnen binnen de vennootschap, met gepaste terughoudendheid, worden aangesproken waarbij de mogelijkheid tot het boekenonderzoek tot het laatst wordt bewaard. Wordt het bestuur toch zonder goede reden gepasseerd, dan kan worden gesteld dat dit in strijd is met artikel 2:8 BW, het gedrag dat naar redelijkheid en billijkheid van degenen binnen een organisatie gevorderd wordt. Aan de andere kant dient het bestuur een goede doorstroom van informatie richting de RvC te bevorderen en het contact tussen RvC en andere bronnen binnen de vennootschap niet in de weg te staan.[90] De buiten het bestuur om verkregen informatie dient vervolgens nog wel aan het bestuur voorgelegd te worden ter bevestiging van de inhoud. Indien het bestuur vervolgens met anders luidende informatie komt dient de RvC een afweging te maken van de verkregen informatie om vast te stellen op welke zij af zullen gaan.[91]

---

individuele commissaris gezien het gebod in de eerste regel. *Zie* Seinstra 2008, p. 64 en Den Boogert 2004, p. 38.

[87] Zie ook: Seinstra 2008, p. 64.

[88] Delfos-Roy 1997, p. 56-57 waarbij deze ook de statutaire bepaling aanhaalt ingevolge waarvan "de RvC en/of individuele commissarissen te allen tijde het recht hebben op toegang tot de kantoren en de bezittingen van de vennootschap" en Glasz 1995, p. II.4-11.

[89] Van der Vossen 2007, p. 68, op dezelfde weg ook Glasz welke stelt dat de RvC ten minste éénmaal per jaar zonder het bestuur dient te vergaderen om zo de associatie met mogelijke aanleidingen en dus onrust bij het bestuur te vermijden, in: Glasz 1995, p. II.4-11.

[90] Glasz 1995, p. II.4-14 .

[91] Delfos-Roy 2005, nr. 178.

3.1.2.3 Kwaliteit van de verkregen informatie

Een commissaris kan in eerste instantie geen invloed uitoefenen op de informatie die het bestuur aan hem verstrekt. Zoals de oud-president van VNU, Van den Bergh, stelt:
'Je loopt in het Nederlandse model (two-tier, IB) als commissaris altijd achter de feiten aan. Je bent nooit zo goed geïnformeerd als het bestuur dat de dagelijkse leiding geeft. [92]
Ook Calkoen spreekt van een informatieachterstand voor een commissaris doordat een bestuurder over alle relevante informatie beschikt en zelf kan bepalen welke informatie hij wil prijsgeven en welke informatie hij nu juist wil achterhouden. Daarbij is vooral de dynamiek tussen de voorzitter van het bestuur en de president-commissaris van belang.[93] Schokkend is dat bijna de helft van de commissarissen in Nederland twijfelt of een genomen besluit juist was en of er in de eerste plaats wel voldoende informatie beschikbaar was om te kunnen besluiten. [94] Bedacht moet ook worden dat niet alle informatie in hard-copy wordt aangeleverd. Informatie omtrent de samenwerking binnen het bestuur zal door de RvC of individuele commissaris door eigen indrukken dienen te worden beoordeeld.[95]
Bestuur en RvC zullen op basis van vertrouwen met elkaar dienen samen te werken. Indien meer informatie benodigd is of wanneer informatie niet tijdig of duidelijk genoeg is, zal de RvC zelf initiatief moeten nemen om door te vragen.[96] De RvC is zelfs verplicht om een actieve houding te hebben ter inwinnen van informatie. De tendens is de afgelopen jaren steeds meer verschoven naar een meer actieve houding en grotere betrokkenheid van de RvC bij het bestuur van de vennootschap.[97] Naar het arrest Bodam jachtservice dient de RvC zich omtrent zaken te laten inlichten om te kunnen adviseren en indien nodig in te grijpen.[98] In het verslag van de Enquêtecommissie inzake Ogem werd het volgende vermeld:
'Indien, zoals is gebleken, het bestuur meer dan eens de Raad van Commissarissen niet, onvolledig, onjuist of te laat informatie heeft verschaft, en daardoor de Raad van Commissarissen niet heeft ingegrepen waar ingrijpen geboden was, kan zulks aan de Raad van Commissarissen niet worden verweten, tenzij de Raad van Commissarissen over

---

[92] Van Dijk & Van Mierlo 2007, p. 124.
[93] Calkoen 2011, p. 339.
[94] De Bos & Lückerath-Rovers 2009.
[95] Dumoulin 2005, par 6 en Kamerstukken *II* 2008-2009, 31763, nr. 6 p. 8.
[96] Zie ook de gedragsregels opgesteld voor de commissaris omtrent informatievergaring in: Glasz 1992, p. 74.
[97] Dumoulin 2004, p. 107. Zie ook Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer), 13 maart 2003, *JOR* 2003, 85 (Corus) waar de RvC in het gelijk werd gesteld omtrent hun mening dat niet voldoende informatie tot hun beschikking stond om goedkeuring te kunnen verlenen aan een belangrijk bestuursbesluit (ro. 3.3 – 3.16).
[98] Hoge Raad 28 juni 1996, *NJ* 1997, 58, ro 3.5 (Bodam jachtservice).

aanwijzigen beschikte, waaruit de raad kon afleiden, dat het bestuur met zijn informatieplicht in gebreke was'.[99]

Het innemen van een actieve houding en doorvragen bij het bestuur om informatie blijkt in de praktijk als lastig te worden ervaren.[100] In beginsel mag de RvC er gelukkig vanuit gaan dat de informatie verstrekt vanuit het bestuur toereikend en waarheidsgetrouw is.[101] Onder omstandigheden kan het echter toch onverantwoord zijn om op de mededelingen van het bestuur. In de uitspraak Tilburgsche Hypotheekbank werd gesteld dat zodra het aan de RvC duidelijk moet zijn dat er sprake is van onbetrouwbaarheid van het bestuur, zij niet alleen dienen te informeren maar ook zelf te verifiëren of bepaalde informatie juist is. Daarbij dienen bepaalde publicaties grondig bestudeerd te worden en mag ook niet op informatie van bijvoorbeeld de accountant afgegaan worden zonder deze informatie ook zelf aandachtig in te zien. Commissarissen kunnen zich niet laten geruststellen door informatie die niet geruststellend kan zijn.[102]

3.2 Taakuitoefening van niet uitvoerend bestuurders binnen het one-tier bestuursmodel

Met streefdatum 1 juli 2012 zal Boek 2 BW een regeling geven om de keuze van vennootschappen tussen een one-tier en two-tier bestuursmodel te faciliteren. De wetswijziging voorziet in het vergroten van de bruikbaarheid van de naamloze en besloten vennootschap in nationale en internationale vennootschapsverhoudingen. Het Nederlandse vennootschapsrecht mag niet aan (internationale) concurrentieverhoudingen in de weg staan.[103] Daarnaast moet voorkomen worden dat ondernemers voor een buitenlandse rechtsvorm kiezen omdat de Nederlandse wet niet voorziet in de wensen van de ondernemer. De Nederlandse wetgever houdt dan invloed op de verhouding tussen bestuur en toezicht.[104] Verwacht wordt dat met de komst van het wetsvoorstel door Nederlandse vennootschappen meer gebruik zal worden gemaakt van het one-tier bestuursmodel.[105]

---

[99] Verslag Enquête Ogem 1986, Boek 1, p. 540, geciteerd in: Delfos-Roy 1997, p. 50.
[100] Redacteur FD, 'Commissarissen te lief voor bestuurder', *Financieel Dagblad* 1 september 2010, p. 15.
[101] Zie ook: Hoge Raad 8 april 2005, LJN: AS5010 (Laurus), ro. 3.3.
[102] Rechtbank Breda 1 mei 1990, *NJ* 1990, 740 (Tilburgsche hypotheekbank). Zie ook: Van Manen & Jansman 2011, p. 83-84 en Hoge Raad 9 juli 1998, *NJ* 1998, 882 (Vie D'or) ro 6.7. Voor beursvennootschappen: Principe II.i, best practice III.1.9 en best practice III.4.1.
[103] Kamerstukken *II* 2008-2009, 31 763, nr.3, p. 1.
[104] Kamerstukken *II* 2008-2009, 31 763, nr. 6, p. 3 en 13.
[105] Schuit 2010, p. 123.

In 3.2.1 worden de wettelijke bepalingen van het wetsvoorstel 'Bestuur en Toezicht' behandeld. 3.2.2 wordt de term ‘algemeen besturen’, de hoofdtaak van de niet uitvoerend bestuurders, uitgelegd waarna vervolgens in 3.2.3 de taakuitoefening van het niet uitvoerende bestuur uiteen wordt gezet. De meningen over de vraag of de invoering van het one-tier model in de Nederlandse wet een verschil in bestuurlijke taakverdeling gaat meebrengen, zijn verdeeld.[106] De focus ligt daarom op de eventuele verschillen tussen de taakuitoefening van de niet uitvoerend bestuurders in een one-tier bestuursmodel en de RvC in een two-tier bestuursmodel.

3.2.1 Wettelijke bepalingen van het wetsvoorstel 'Bestuur en toezicht'.

3.2.1.1 Wettelijke bepalingen

Het nieuwe artikel 2:129a BW zal bepalen dat de bestuurstaken worden verdeeld over één of meer uitvoerend en één of meer niet uitvoerend bestuurders. Deze bestuurders zijn allen betrokken en in beginsel verantwoordelijk voor *alle* bestuurstaken waaronder de besluitvorming en het vaststellen van het beleid. Er wordt onder de bestuurders een taakverdeling gemaakt waarbij een deel van de bestuurders zich zal bezig houden met de uitvoerende bestuurstaken zijnde de dagelijkse leiding over de vennootschap, en het andere deel zal zich bezig houden met de niet uitvoerende bestuurstaken inclusief het toezicht op de dagelijkse leiding.[107] De functie van niet uitvoerend bestuurder is sterk persoonsgebonden en wordt te allen tijde vervuld door natuurlijke personen, evenals het geval is bij de RvC.[108]
Lid 1 en lid 2 van artikel 2:129a BW geven een aantal voorbehouden. De uitvoerend bestuurders kunnen niet worden toebedeeld met het voorzitterschap van het bestuur, het doen van voordrachten voor benoeming van een bestuurder en zij mogen niet deelnemen aan de besluitvorming omtrent het vaststellen van de bezoldiging van uitvoerend bestuurders. De toezichtstaak valt in ieder geval toe aan de niet uitvoerend bestuurders.
Een opvallende toevoeging aan artikel 2:129a BW is lid 3. Bepaald is dat bij of krachtens de statuten kan worden bepaald dat een of meer bestuurders rechtsgeldig zelfstandig kunnen besluiten omtrent zaken die tot zijn of hun taak behoren. Dit kan gevolgen hebben voor de aansprakelijkheid van (niet uitvoerend) bestuurders. Hierover meer in Hoofdstuk 4.

[106] Kamerstukken *II* 2008-2009, 31 763, nr.3, p. 3-4.
[107] Dortmond 2002, nr. 38 en Dumoulin 2005, par. 4.
[108] Kamerstukken *II* 2008-2009, 31 763, nr. 6 p.7.

Om als niet uitvoerend bestuurders de uitvoerend bestuurders indien nodig te kunnen domineren, dienen deze eersten een meerderheid in het bestuur te vormen.[109] Daarnaast worden aanvullende regels gegeven om de positie als toezichthouder van één persoon te beperken welke op dit moment onderwerp van discussie zijn.[110]

3.2.1.2 Structuurvennootschap

Een nieuw artikel 2:164a BW zal vorm geven aan het one-tier bestuursmodel voor de structuurvennootschap. In plaats van het instellen van een RvC[111] wordt ook aan de regeling voldaan met het benoemen van niet uitvoerend bestuurders.
De toepassing van het derde lid van artikel 2:129a BW wordt uitgesloten, hetgeen inhoudt dat niet langer bij statuten kan worden bepaald dat een of meer bestuurders rechtsgeldig een besluit kunnen nemen genoemd in artikel 2:164 BW. De besluiten genoemd in artikel 2:164 BW, zie ook onder 3.1.1 structuurvennootschap, vereisen de goedkeuring van de meerderheid van de niet uitvoerend bestuurders van de vennootschap. Het ontbreken van deze goedkeuring tast de vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuur of bestuurders echter niet aan.

3.2.2 Het algemeen besturen als hoofdtaak van de niet uitvoerend bestuurders

De hoofdtaak van de niet uitvoerend bestuurders is het *algemeen besturen* van de vennootschap. Deze, door de minister gebruikte term is gekozen om aan te geven dat deze taak meer omvattend is dan enkel het reeds voor de RvC bekende toezicht houden op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken.[112] Waar echter de parlementaire geschiedenis de taak van de uitvoerend bestuurders met het geven van specifieke voorbeelden omschrijft (zoals het financiële beheer, inkoop en verkoop, het aansturen van een bepaald bedrijfsonderdeel of het personeelsbeleid), wordt de taakomschrijving van de niet uitvoerend bestuurders algemeen gehouden en over gelaten aan de vennootschap zelf.[113] Daarbij dient rekening te worden gehouden met de eisen van artikel 2:129a BW en krijgen de niet

[109] Seinstra 2008, p. 59.
[110] Artikel 2:142a BW. Één persoon kan niet bij meer dan vijf (grote) rechtspersonen tegelijk commissaris of niet uitvoerend bestuurder zijn. Voorzitterschap kan daarbij dubbel tellen. Indien een persoon commissaris of niet uitvoerend bestuurder is bij meer dan twee (grote) rechtspersonen kan deze geen bestuurder zijn, artikel 2:132a/242a BW. De minister heeft echter op 2 september 2011 een reparatie wet doen uitgaan waarmee bepaalde stichtingen vrij zouden worden gesteld van de genoemde limitering, Kamerstukken *II* 2010-2011, 32 873, nr. 2.
[111] Zoals verplicht op grond van artikel 2:158 BW
[112] Kamerstukken *II* 2008-2009, 31 763, nr.3, p. 14-15.
[113] Kamerstukken *II* 2008-2009, 31763, nr. 6, p. 15.

uitvoerend bestuurders een meer toezichthoudende rol toebedeeld. Blijft de vraag wat de minister nu precies met 'algemeen bestuur' bedoelt? De literatuur stelt hierover het volgende:
Er zal van de niet uitvoerend bestuurders meer betrokkenheid bij het algemene beleid van de vennootschap worden verwacht en zij nemen deel aan en zijn direct verantwoordelijk voor de besluitvorming over de algemene beleidslijnen en strategie.[114] Zo dienen zij ook actief te zijn in het opstellen van de jaarrekening, risk management en maatschappelijk verantwoord ondernemen en het algemeen managen van de vennootschap.[115] Ook Seinstra stelt dat '*voor de term 'algemene', boven bijvoorbeeld 'toezichthoudend', werd gekozen, omdat deze bestuurders zich niet zullen beperken tot advisering en toezicht, maar een actievere rol zullen gaan spelen dan de traditionele commissaris'*. [116] Ofwel, de taak verschuift van "ratifying/probing" naar ten minste "engaging". Calkoen laat in zijn schema zien dat niet uitvoerend bestuurders, in tegenstelling tot gewoonlijk de RvC, betrokken zijn bij het maken van strategie, welke de uitvoerend bestuurders vervolgens uitvoeren.[117] Professor Wezeman stelt dat deze actievere rol mede wordt ingegeven door het feit dat de niet uitvoerend bestuurders deelnemen aan bestuursvergaderingen en daardoor sneller en waarschijnlijk beter geïnformeerd zijn dan een RvC.[118]
Artikel 2:129 BW maakt geen onderscheid tussen een two-tier of one-tier bestuursmodel. Ook niet uitvoerend bestuurders zijn daarmee in beginsel verantwoordelijk voor het (mee)besturen[119] van de vennootschap waaronder het opstellen van de strategie valt. Waar de RvC geen initiatief hoeft te nemen ten aanzien van het beleid, wordt beoordeling en indien nodig aanpassing van voorstellen door de niet uitvoerend bestuurders wel verwacht, het zogenaamde "engaging".[120] Dit onderscheid in verantwoordelijkheid brengt naar mijn mening een verschil teweeg in de verantwoordelijkheid en daarop volgende aansprakelijkheid van RvC en niet uitvoerend bestuurders.
Een aantekening hierbij is een recente uitspraak van Rechtbank Utrecht welke als hoofdtaak van de niet uitvoerend bestuurder het toezicht houden op de vennootschap neerlegt en

[114] Kamerstukken *II* 2008-2009, 31 763, nr.3, p. 15, herhaald door Strik, in: Strik 2009, p. 355, Seinstra 2008, p. 71 en Calkoen 2011, p. 384 e.v. *Zie ook* Schuit 2010, p. 27. Van Boogert wil de taak van de toezichthouder wanneer betrokken bij kernvragen van het bestuursbeleid niet labelen maar noemt wel de mogelijke term "meebesturen", Den Boogert 2004, p. 38.
[115] Calkoen 2011, p. 367.
[116] Seinstra 2008, p. 71. Zie ook: Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2009 (II*), nr. 424.
[117] Calkoen 2011, p. 384. Zie ook schema J. Winter voor de RvC waarvan de betrokkenheid wat betreft strategie voor het "Toezicht 2.0" wel verschuift richting "engaging" maar zeker niet "directing" is: VTOI 2011, p. 6.
[118] Wezeman 2009, p. 111, ook Kamerstukken *II* 2008-2009, 31763, nr. 6, p. 4. Gesteld kan worden dat de niet uitvoerend bestuurders geen toezicht houden *op* het bestuur maar *binnen* het bestuur: Dortmond 2005, p. 90 en Van Es 2007, p. 52.
[119] In tegenstelling tot de RvC waarvan de rol niet zover gaat dat zij (mee)besturen, zie paragraaf 3.1.1.3.
[120] Schuit 2010, p. 27 en p. 117.

daarnaast niet spreekt van een rol in (in beginsel) de beleidsvorming, of algemeen besturen, binnen de vennootschap.[121] Er wordt op dit punt geen onderscheid gemaakt tussen een commissaris en een niet uitvoerend bestuurder.[122] Ik ben het eens met deze uitspraak indien bedoeld wordt de situatie na statutaire taakverdeling tussen uitvoerend en niet uitvoerend bestuurders, waarbij de hoofdtaak het toezicht houden is, *naast* het algemeen besturen.[123] In het oog dient te worden gehouden dat deze uitspraak is gewezen onder huidig recht. Het zal uit de ontwikkeling van de jurisprudentie na de invoering van het wetsvoorstel Bestuur en Toezicht moeten blijken wat de Nederlandse rechter verstaat onder de hoofdtaak van de niet uitvoerend bestuurder 'het algemeen besturen'.

3.2.3 Taakuitoefening van niet uitvoerend bestuursleden in de praktijk

3.2.3.1 Taakverdeling

Zoals al eerder vermeld, doet de wijze van invoering van het Nederlandse one-tier bestuursmodel denken aan het Britse model. De gehele 'board' is belast met het besturen van de vennootschap, hier wordt in juridische zin geen verschil gemaakt, in de praktijk is enkel een deel van het bestuur belast met taken omtrent het dagelijks bestuur en een deel geeft advies en houdt toezicht op de uitvoering van het dagelijks bestuur.[124]

Ingevolge artikel 2:129a BW kunnen de bestuurstaken worden verdeeld over de uitvoerend en niet uitvoerend bestuurders. De specifieke taakverdeling wordt *bij de statuten* vastgelegd waarbij de taken die niet zijn vastgelegd toekomen aan het bestuur als geheel.[125] Indien de statuten niet voorzien in een duidelijke taakverdeling, vindt de taakverdeling door de bestuurders plaats. Deze kan dan in een bestuurdersreglement worden vastgelegd.[126] Hoe de taakverdeling wordt ingevuld, en hoe betrokken de niet uitvoerend bestuurders in de praktijk zijn, kan per vennootschap sterk verschillen evenals het geval is bij het two-tier bestuursmodel (zie inleiding bij paragraaf 3.1.2). Let wel, de hoofdtaak van de niet uitvoerend bestuurders, het 'algemeen besturen' van de vennootschap zoals hierboven beschreven in 3.2.2, kan niet door een taakverdeling worden weggenomen.

---

[121] Rechtbank Utrecht 15 februari 2012, LJN: BV3753, ro. 4.53.
[122] De rechtbank stelt wel dat telkens in formele en feitelijke zin moet worden bepaald in hoeverre een bestuurder uitvoerend of niet-uitvoerend is en welke taakverdeling binnen de Raad van Bestuur bestaat.
[123] Zie ook Huybens 2009, p. 215.
[124] Biesheuvel-Hoitinga 2010, para. 7.
[125] Kamerstukken *II* 2008-2009, 31 763, nr.6 , p. 2. De wettelijke term 'bij de statuten' houdt in dat voor de keuze tussen een two-tier of one-tier bestuursmodel een besluit van de AVA nodig is.
[126] Kamerstukken *II* 2008-2009, 31 763, nr. 6 p.26.

In tegenstelling tot het two-tier model is er in het one-tier model geen sprake van een voorzitter van enkel het toezichthoudend orgaan. De voorzitter van het bestuur, een niet uitvoerend bestuurder, leidt het bestuur als geheel en draagt er zorg voor dat de Chief Executive Officer ("CEO"), de leidinggevende over de uitvoerend bestuurders, zich kan focussen op zijn uitvoerende taak.[127] Daarbij dient hij een evenwicht te vinden tussen het faciliteren maar indien nodig ook tegenwicht te bieden aan een dominante CEO.[128] De voorzitter speelt een nog belangrijkere rol in het one-tier bestuursmodel dan hij al deed in het two-tier model. Zo representeert hij de vennootschap als aanspreekpunt voor aandeelhouders en andere externe contacten, waar deze taak niet geheel duidelijk is neergelegd voor de president-commissaris.[129]

De niet uitvoerend bestuursleden kunnen de aan hun toegekende taken onderverdelen in commissies, evenals een RvC en zoals is gedaan door het huidige Unilever NV bestuur.[130] De voorzitter dient op de hoogte te zijn van de taakuitoefening en de verkregen informatie door de commissies. Deze kan vervolgens besluiten de informatie door te sturen aan alle niet uitvoerend bestuurders.[131]

Omdat de taak van de niet uitvoerend bestuurder meeromvattend is dan die van een commissaris (zie 3.2.2) is zijn tijdsbesteding aan deze parttime baan logischerwijze ook groter. Er is meer kennis en inzicht vereist en dus dienen relevante stukken en een gepland overleg uitvoeriger te worden voorbereid.[132] Een niet uitvoerend bestuurder besteedt ongeveer 30 tot 50 dagen per jaar aan zijn taak tegenover ongeveer 15 dagen door een commissaris.[133]

---

[127] Kamerstukken *II* 2008-2009, 31 763 nr. 3, p. 16 en Dumoulin 2005, par. 6.

[128] Hessels 2006, nr. 32.

[129] Kamerstukken *II* 2008-2009, 31 763, nr. 6, p. 8 en conclusie A-G L. Timmerman 13-04-2010 bij Hoge Raad LJN: BM0976 (ASMI), nr. 3.5.9. Voor beursvennootschappen is in de CGC in Principe III.4 wel neergelegd dat de president-commissaris zorg draagt voor het functioneren van zijn raad en namens de raad het aanspreekpunt is voor het bestuur en aandeelhouders. Als aanspreekpunt spreekt hij enkel over het functioneren van zijn raad.

[130] Daarbij kan gedacht kan worden aan een nominatiecommissie, remuneratiecommissie, audit- of controlecommissie en een MVO- en reputatiecommissie. *Zie ook*: Schuit 2010, p. 59. Voor een uitgebreide taakomschrijving van verschillende committees: Aanbeveling van de Commissie van 15 februari 2005 betreffende de taak van niet bij het dagelijks bestuur betrokken bestuurders of commissarissen van beursgenoteerde ondernemingen en betreffende de comités van de raad van bestuur of van de raad van commissarissen, (2005/162/EG). Statuten van Unilever N.V. onder nummer 23.5: www.unilever.com/images/irArticlesofAssociationUnileverNV2009Dutchtcm1396282.pdf

[131] Schuit 2010, p. 63.

[132] *Zie ook*: Schuit 2010, p. 27.

[133] Calkoen 2011, p. 428. Een voorbeeld geven de 'terms of appointment as non-executive director' van Unilever waarin wordt aangegeven dat de functie van niet uitvoerend bestuurder ten minste 2 dagen per maand in beslag zal nemen: Terms of appointment as Non-Executive Director, www.unilever.com/images/ir20090528-NonExecutiveDirectorsTermsofEngagementtcm1312297.pdf, Unilever May 2009, par. 2.

3.2.3.2 Informatieverkrijging

Een voordeel van het one-tier model zou zijn dat een toezichtorgaan geïntegreerd in het bestuur eerder en meer informatie zou krijgen dan een RvC welke geen deel uitmaakt van het bestuur.[134] Niet uitvoerend bestuurders zullen informatie ook eerder nodig hebben dan een RvC gezien zij samen met de uitvoerend bestuurders besluiten dienen te nemen. Om dit te kunnen doen moeten de niet uitvoerend bestuurders zo vroeg mogelijk in het besluitvormingsproces over de benodigde informatie te beschikken om invloed te kunnen uitoefenen op het voorgenomen besluit.[135]

Niet uitvoerend bestuurders vergaderen gemiddeld 8 tot 10 keer per jaar, tegenover gemiddeld 7 vergaderingen door een RvC.[136] Dit zijn vergaderingen met het gehele bestuur gezamenlijk. De niet uitvoerend bestuurders kunnen zich geen oppervlakkige rol aanmeten maar dienen betrokken te zijn bij de gang van zaken binnen de vennootschap. Gesteld wordt dat niet uitvoerend bestuurders daardoor slagvaardiger kunnen optreden dan een RvC.[137] Zoals Kees Storm, zowel lid van de RvC als niet uitvoerend bestuurder bij verschillende ondernemingen, dit mooi heeft verwoord: *"De leiding berust bij de RvB en het toezicht bij de RvC, een duidelijke scheiding. (…) Gaat het in een bedrijf of organisatie fout (…), dan (wordt verwacht) dat de RvC de leiding overneemt, maar die zit helemaal niet op de bok. Die heeft de leiding niet, die houdt toezicht. (…) Daarom prefereer ik toch de one-tier-opzet. Gewoon een club met executives en non-executives die risico neemt en daarvoor verantwoordelijk kan worden gehouden. (…) Wel kost een one-tier-commissariaat meer tijd. Maar dan zit je ook bij alle belangrijke beslissingen. Dat is het essentiële verschil."*[138]

Niet uitvoerend bestuurders zouden gemakkelijker informatie kunnen 'halen' dan de RvC door bijvoorbeeld bestaande rapportagesystemen.[139] De bepaling dat een individuele commissaris niet op eigen initiatief informatie aan het bestuur mag opvragen maar dit via de RvC als college dient te doen, zoals gesteld door de minister, wordt in het one-tier bestuursmodel sowieso overgeslagen gezien de benodigde informatie rechtstreeks naar de bestuursleden individueel of het bestuur als geheel wordt verzonden.[140] Dit geldt ook voor

---

[134] Kamerstukken *II*, 31 763, nr. 6 p. 4 en Wezeman 2009, p. 111.
[135] Kamerstukken *II*, 31 763, nr. 6 p. 15 en Dumoulin 2005, par. 6.
[136] Calkoen 2011, p. 438.
[137] Kamerstukken *II* 2008-2009, 31763 nr. 3, p. 3.
[138] Interview Dr. Paul-Nobelen met Kees Storm, in: Management Scope, 5 augustus 2009, managementscope.nl/magazine/artikel/303-kees-storm-commissaris. Kees Storm is commissaris bij KLM, Pon Holdings, AEGON en InBev, Baxter International en niet uitvoerend bestuurder bij en Unilever.
[139] Seinstra 2008, p. 64.
[140] Dumoulin 2004, p. 106. *Zie ook* artikel 44 lid 2 SE-Vo.

informatie verkregen vanuit andere kanalen binnen de vennootschap. Overleg met bijvoorbeeld een groot aandeelhouder of het 'tweede echelon', de mensen hiërarchisch dicht onder het bestuur, kan zonder aanwezigheid van uitvoerend bestuursleden.[141]

3.2.3.3 Kwaliteit van de verkregen informatie

Doordat niet uitvoerend bestuurders bestuursverantwoordelijkheid dragen zullen zij direct en tegelijk met de uitvoerend bestuursleden op de hoogte zijn van informatie die aan het gehele bestuur is verzonden en daarmee de gang van zaken binnen de vennootschap.[142] Dit is een verbetering ten opzichte van de informatieasymmetrie welke kan optreden in het two-tier bestuursmodel als onder 3.1.2.3 beschreven. Het voorkomt tegelijkertijd het gevaar dat bepaalde confronterende informatie door uitvoerend bestuursleden kan worden achtergehouden of verkeerd wordt doorgegeven. De niet uitvoerend bestuursleden kunnen er op vertrouwen dat de direct verkregen informatie waarheidsgetrouw is.
Daarbij maak ik wel de aantekening dat het one-tier bestuursmodel niet direct zaligmakend is. De uitvoerend bestuursleden betrekken een fulltime baan en zullen daardoor over veel meer informatie kunnen beschikken dan de parttime niet uitvoerend bestuurders.[143] Daarnaast zullen de uitvoerend bestuurders ook vaak zonder de niet uitvoerend bestuurders vergaderen als het om de uitvoering van de dagelijkse leiding gaat.[144] Er zal dus nog steeds informatie bij de uitvoerend bestuurders kunnen blijven liggen, zij het (in beginsel) in mindere mate dan bij het two-tier model.

[141] Schuit 2010, p. 63.
[142] *Zie* Kamerstukken *II* 2008-2009 31 763 nr. 3, p. 3.
[143] *Ook:* Schuit 2003, p. 152.
[144] Dortmond 2003, p. 121.

4. BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID NAAR NEDERLANDS RECHT

Bij de uitvoering van de SE-Vo, waarbij lidstaten de mogelijkheid tot het installeren van een one-tier bestuursmodel in een SE mogelijk dienen te maken, werd aanpassing van de aansprakelijkheidsregels ten aanzien van bestuurders door de Nederlandse wetgever niet nodig geacht, zie Hoofdstuk 3. Zeven jaar later is de Nederlandse wetgever van mening veranderd en worden de aansprakelijkheidsregels toch aangepast met de invoering van het wetsvoorstel Bestuur en Toezicht.

Artikel 2:149 BW verklaart de artikelen 2:9, 2:131 en 2:138 BW, omtrent de aansprakelijkheid van bestuurders, van overeenkomstige toepassing ten aanzien van de taakvervulling van commissarissen. Niet uitvoerend bestuurders zullen automatisch onder de regeling omtrent bestuurdersaansprakelijkheid vallen gezien zij deel uitmaken van het bestuur. Vandaar dat enkel artikel 2:9 BW behoeft te worden aangepast om de aansprakelijkheid van niet uitvoerend bestuurders duidelijk in de wet vast te leggen. Waar hierna over 'bestuur' of 'bestuurder' wordt gesproken is het gegeven van overeenkomstige toepassing op, respectievelijk, de 'RvC' of 'commissaris'.

Omtrent de huidige aansprakelijkheidsregels in het Nederlandse recht is de laatste tijd veel geschreven en de standpunten van de Hoge Raad en in de literatuur zijn vrij duidelijk. Ik zal hiervan een overzicht geven in paragraaf 4.1. In paragraaf 4.2 zal ik de aanpassing van de aansprakelijkheidsregels door het wetsvoorstel Bestuur en Toezicht beschrijven en welke gevolgen dit heeft voor de aansprakelijkheid van niet uitvoerend bestuurders.

4.1 Huidig Nederlands recht

Artikel 2:9 BW legt de interne aansprakelijkheid neer van de bestuurder jegens de vennootschap. Een procedure op grond van dit artikel kan worden ingesteld door degene die bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen.[145] Het huidige artikel klinkt:

Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Indien het een aangelegenheid betreft die tot de werkkring van twee of meer bestuurders behoort, is ieder van hen voor het geheel aansprakelijk terzake van een tekortkoming, tenzij deze niet aan hem is te wijten en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.

[145] Wezeman 1998, p. 73.

Het huidige artikel kent al geruime tijd dezelfde inhoud en stamt af van artikel 31 lid 2 Wet op de Coöperatieve Vereenigingen uit 1925.[146] Voorop gesteld is altijd de collectiviteit van het bestuur, waarover meer in paragraaf 4.1.2.

De bestuurders zijn gehouden tot een behoorlijke vervulling van hun taak: 'het besturen van de vennootschap'.[147] De bestuurder dient te voldoen aan een 'inspanningsverbintenis'[148] en aan hem wordt de eis gesteld dat hij beschikt over het inzicht en de zorgvuldigheid die mag worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.[149] De bestuurder die eindverantwoordelijk is voor het beleid, en voor deze functie heeft getekend, zal zich hierbij niet snel op persoonlijk onvermogen moeten kunnen beroepen.[150]

4.1.1 Bestuurdersaansprakelijkheid naar het systeem van artikel 2:9 BW (huidig): de betekenis van het begrip 'ernstig verwijt' (fase 1[151])

De maatstaf die de Hoge Raad voor het bestaan van aansprakelijkheid op grond van onbehoorlijk bestuur heeft neergelegd, is te vinden in het arrest Staleman/Van de Ven[152]: '*Voor aansprakelijkheid op de voet van artikel 2:9 (is) vereist dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt'*. De bestuurder is dan '*zozeer in een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak tekortgeschoten dat hij krachtens artikel 2:9 BW tegenover de rechtspersoon aansprakelijk is voor de schade welke deze als gevolg van die tekortkoming lijdt*'. Of hiervan sprake is dient te worden bepaald naar de specifieke omstandigheden van het geval.[153] Tot de in aanmerking te nemen omstandigheden behoren zowel de feitelijke taakuitoefening (te beoordelen voor de vaststelling van aansprakelijkheid,

---

[146] Schutte 1925. Zie voor een overzicht van de geschiedenis van artikel 2:9 BW: Strik 2010, p. 87-89.
[147] Artikel 2:129 lid 1 BW.
[148] Van Schilfgaarde & Winter 2009, p. 168.
[149] *Ook*: Hoge Raad 8 april 2005, *NJ* 2006, 443 (Laurus) ro. 3.8 en Wezeman 1998, p. 68 en Löwensteyn, Pitlo & Raaijmakers 1994, p. 71.
[150] De Groot 2003, p. 7.
[151] Zie de annotatie van F.J.P. Van den Ingh bij Rechtbank Rotterdam 17 juni 1999, *JOR* 1999, 244 waar hij de aard van de activiteiten van de vennootschap toekent aan de 'eerste fase' en de taakverdeling in de 'tweede fase'. Graag neem ik deze twee-fase verdeling van Van den Ingh, aansprakelijkheid en disculpatie, over.
[152] Hoge Raad 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 (Staleman/Van de Ven).
[153] Hoge Raad 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360, ro. 3.3.1. Onder meer wordt door de Hoge Raad in aanmerking genomen: de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten, de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's, de taakverdeling binnen het bestuur, de eventueel geldende richtlijnen, de gegevens waarover de bestuurder beschikte of hoorde te beschikken alsmede het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van en bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult. Recent herhaald door Rechtbank Utrecht 15 februari 2012, LJN: BV3753, ro. 4.52.

fase 1) als de taakverdeling (te beoordelen voor een eventuele grond voor disculperen voor een individuele bestuurder, fase 2).[154]

Er bestaat enige onduidelijkheid in de literatuur omtrent de betekenis van het begrip 'ernstig verwijt'.[155] Waar noch in de literatuur, noch in de jurisprudentie van de Hoge Raad een duidelijk antwoord op is te vinden, is de vraag of het kunnen maken van een ernstig verwijt aan de bestuurder in de eerste plaats benodigd is voor de vaststelling van onbehoorlijke taakvervulling?[156] Of is het kunnen maken van een ernstig verwijt enkel benodigd voor het bestaan van aansprakelijkheid? In het tweede geval zal het bewijs, door de aangesproken bestuurder, dat er geen sprake is van een ernstig verwijt voor een mogelijkheid tot disculperen kunnen zorgen. Ik heb hiervoor de volgende formulevorm opgesteld:

1. Onbehoorlijke taakvervulling (dus er is sprake van een ernstig verwijt) = hoofdelijke aansprakelijkheid, of
2. Onbehoorlijke taakvervulling = hoofdelijke aansprakelijkheid – ernstig verwijt (individuele disculpatie)

Naar mijn mening is naar de wetsgeschiedenis en de uitspraken van de Hoge Raad volgend op Staleman/Van de Ven goed te beargumenteren welke formule gebruikt kan worden voor de vaststelling van aansprakelijkheid. Uit de parlementaire geschiedenis: '*In de term 'onbehoorlijk' moet vooral het element van 'verwijtbaarheid' worden gelezen'.*[157] De Hoge Raad blijft steevast met dezelfde bewoording werken als hij heeft gebruikt in Staleman/Van de Ven: '*Voor aansprakelijkheid op de voet van art. 2:9 BW is vereist dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt'*.[158] Deze regel betreft een maatstaf, namelijk dat er zonder een ernstig verwijt geen sprake is van onbehoorlijk bestuur. De Hoven in voorgaande instanties worden echter ook niet door de Hoge Raad in het ongelijk gesteld met de overweging dat door ernstig verwijtbaar te handelen, de bestuurder zijn taak onbehoorlijk

[154] Zie voetnoot 153 en Strik 2010, p. 18-19

[155] Onder meer: Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2009 (2-II*), nr. 448, Assink 2010, p. 47-49 en Strik 2010, p. 17-19 en al in 1993: Blanco Fernandez 1993, p.169-171.

[156] Ook: Assink 2007, p. 613-614.

[157] Kamerstukken *II* 1983-1984, 16 631, nr. 6, p. 3 en nr. 3, p. 3-4, over de uitleg van het begrip onbehoorlijke taakvervulling in het kader van artikel 2:138/248 BW. Aansluiting is daarbij gezocht bij artikel 2:8 BW (het huidige artikel 2:9 BW).

[158] Hoge Raad 29 november 2002, *NJ* 2003, 455 (Schwandt/Berghuizer Papierfabriek), ro. 3.4.5, Hoge Raad 10 december 1999, *NJ* 2000, 6 (Moonen/Prickartz q.q.), r.o. 3.2, Hoge Raad 4 april 2003, *NJ* 2003, 538 (Skipper Club Charter/Jaarsma), r.o. 3.5, Hoge Raad 2 maart 2007, *NJ* 2007, 240 (Holding Nutsbedrijf Westland), r.o. 3.4.4., Hoge Raad 20 juni 2008, *JOR* 2008, 260 (NOM/Willemsen), r.o. 5.3.

vervult.[159] Ik ben het met Strik[160] eens dat de Hoge Raad in zijn oordeel geen tweedeling maakt, maar gebruik maakt van de volgende (derde) formule:

3. Onbehoorlijke taakvervulling + ernstig verwijt = hoofdelijke aansprakelijkheid – ernstig verwijt (individuele disculpatie)

Indien de aangelegenheid tot de werkkring van twee of meer bestuurders behoort, zal, gezien het beginsel van collegiaal bestuur, in beide gevallen het vaststellen van onbehoorlijke taakvervulling op grond van artikel 2:9 BW hoofdelijke aansprakelijkheid (artikel 6:7 BW) van elk van deze bestuurders met zich meebrengen. De vennootschap hoeft enkel te bewijzen dat er sprake is van ernstige verwijtbaarheid van het bestuur als geheel, waarbij de gedraging van één bestuurder wordt toegerekend aan het gehele bestuur.[161]

Procesrechtelijk is de betekenis van het begrip 'ernstig verwijt' dus relevant, gezien aansprakelijkheid, op grond van onbehoorlijke taakvervulling, minder snel zal worden vastgesteld indien daar ook het maken van een ernstig verwijt voor benodigd is.

4.1.2 De mogelijkheid tot taakverdeling en disculperen van aansprakelijkheid door het bestuur (fase 2)

Artikel 2:130 BW geeft het bestuur de gezamenlijke opdracht tot het vertegenwoordigen van de vennootschap. Deze collectieve vertegenwoordiging kan in de statuten niet worden uitgesloten.[162] Artikel 2:9 BW gaat er dan ook van uit dan het bestuur als collectief bestuurt en hiervoor collectief verantwoordelijk is.[163] In de bewoording van de tweede zin van artikel 2:9 BW: het besturen van de vennootschap behoort tot de 'werkkring' van iedere bestuurder.[164] Onder besturen valt in ieder geval de dagelijkse leiding en vertegenwoordiging, het beheer van het vermogen, de administratieplicht van artikel 2:10 BW en het openbaar maken van de jaarrekening op grond van artikel 2:394 BW.[165] Het bestuur dient bovenal het belang van de vennootschap te dienen.[166]

---

[159] Hoge Raad 29 november 2002, *NJ* 2003, 455, ro. 3.4.5 (Schwandt/Berghuizer Papierfabriek), Hoge Raad 11 juni 1999, *NJ* 1999, 586, r.o. 3.4 (Van Dooren q.q./Hendriks). De Hoven in voorgaande instantie maken gebruik van voorgenoemde formule 1.
[160] Strik 2009 (2), nr. 156 en Strik 2010, p. 17-20
[161] Kalsbeek 2006, p. 29.
[162] *Zie ook*: Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2009 (2-II*), nr. 417.
[163] Bartman 2005, p. 18 en Van Schilfgaarde & Winter 2009, p. 150.
[164] Kamerstukken *II* 1980-1981, 16 631, nr. 3, p. 5.
[165] Literatuur: o.a. Van Schilfgaarde & Winter 2009, p. 150 en Wezeman 1998, p. 68 en Löwensteyn, Pitlo & Raaijmakers 1994, p. 71-73 en Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2009 (2-II*), nr. 390-392. Rechtspraak: Rechtbank Rotterdam 14 juli 2010, *JOR* 2010, 336, ro 6.4. met noot Y. Borrius, Rechtbank Arnhem 22 juni 2011, LJN: BR0169, ro 4.17
[166] Löwensteyn, Pitlo & Raaijmakers 1994, p. 70.

Iedere bestuurder is, omtrent taken die tot zijn werkkring behoren, hoofdelijk aansprakelijk voor het geheel. Voor onbehoorlijke taakvervulling met betrekking tot het besturen van de vennootschap, zijn dus alle bestuurders in beginsel hoofdelijk aansprakelijk.[167] Strik maakt hierbij de aantekening dat enige nuance geschikt zou zijn indien het aankomt op bijvoorbeeld het financiële beleid. Een financieel directeur zou dan voor bepaalde taken meer verantwoordelijkheid kunnen nemen.[168] Ik vraag mij af hoe zij denkt over het vereiste van wederzijdse controle binnen het bestuur. Ik ben van mening dat indien een taak aan een bepaalde bestuurder is toegewezen, en deze valt onder de algemene bestuurstaak, het de verantwoordelijkheid van iedere bestuurder is om toezicht te houden op een deugdelijke uitvoering van deze taak. Daarmee zijn we terug bij collectieve verantwoordelijkheid voor het 'besturen van de vennootschap'.[169]

Met inachtneming van deze grens kan binnen het bestuur een taakverdeling worden gemaakt. Dat wordt aangegeven door de tweede zin van artikel 2:9 BW waarin een mogelijkheid tot disculperen wordt gegeven voor het geval een opgedragen taak niet behoort tot de werkkring van een individuele bestuurder.[170] Indien een bestuurder van mening is dat een aangelegenheid niet tot zijn werkkring behoort, draagt hij hiervoor de bewijslast.[171] De bestuurder zal moeten bewijzen dat de tekortkoming niet aan hem is te wijten en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. Een in de statuten neergelegde taakverdeling zal daarbij mede kunnen dienen als bewijs.[172]

Let wel dat met het bestaan van een interne taakverdeling nog niet bewezen is dat de handeling buiten de werkkring van een individuele bestuurder valt. In de uitspraak Gispen/Coebergh[173] werden handelingen, ondanks een taakverdeling, toch tot de werkkring van de bestuurder gerekend gezien hij uitdrukkelijk betrokken was geweest bij de handeling, of in een vroegtijdig stadium kennis had van de handeling. Gesteld werd dat '*transacties die het voortbestaan van de vennootschap reëel in gevaar brengen, het hart van de vennootschap raken en mitsdien tot de werkkring van in elk geval die bestuurders worden gerekend die kennis dragen van de plannen om zulke handelingen uit te voeren*' (ro. 3.4.). Ook het verweer

[167] Löwensteyn, Pitlo & Raaijmakers 1994, p. 71.
[168] Strik 2010, p. 91-92.
[169] Zie hierover ook binnen de RvC: Dortmond 2005, p. 90.
[170] *Zie ook*: Conclusie A-G mr. Mok bij Hoge Raad 10 januari 2997, *NJ* 1997, 360 (Staleman/van de Ven), Van Schilfgaarde & Winter 2009, p. 150 en Huizink 1989, p. 41.
[171] Op grond van artikel 150 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
[172] Van Schilfgaarde & Winter 2009, p. 168.
[173] Rechtbank Rotterdam 17 juni 1999, *JOR* 1999, 244 (Gispen/Coebergh).

dat de verantwoordelijkheid voor de boekhouding door een (interne) taakverdeling bij een medebestuurder ligt, stuit af op het collectieve karakter van bestuurdersaansprakelijkheid.[174]
De Groot lijkt een andere mening te zijn toegedaan. Hij stelt dat indien het bestuur onderling een taakverdeling heeft gemaakt, bestuurders zich kunnen disculperen door te bewijzen dat de bestuurshandeling in kwestie, *gezien de interne taakverdeling* niet tot hun werkkring behoort. In alle andere gevallen zullen zij zich slechts kunnen disculperen door de stelling van de tweede zin van artikel 2:9 BW te bewijzen.[175] De opvatting van de Groot werd recent grotendeels gevolgd door Rechtbank Rotterdam in de uitspraak Hattink q.q./Anfodie.[176] De rechtbank nam in deze een collectieve verantwoordelijkheid voor het bestuur aan om te zorgen voor het beheer van de vermogensbestanddelen van de vennootschap. De bestuurders hadden niet gehandeld in overeenstemming met hun verplichtingen hiertoe. De rechtbank stelt dat bestuurder Anfodie hiervan geen ernstig verwijt treft gezien deze werkzaamheden niet tot zijn werkkring behoren.[177] Ook is Anfodie niet tekortgeschoten in haar controleverplichtingen met betrekking tot de boekhouding op grond van artikel 2:10 BW. Anfodie is door zijn medebestuurder niet betrokken bij de betreffende handeling maar was van het bestaan wel op de hoogte. Anfodie mocht er (desondanks) op vertrouwen dat zijn medebestuurder maatregelen zou treffen en Anfodie treft op dit punt geen verwijt.
Evenals Borrius in de noot bij voorgaande uitspraak vind ik de stellingen van rechtbank Rotterdam in de Hattink q.q./Anfodie uitspraak opmerkelijk. De rechtbank gaat voorbij aan de (in beginsel) hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders welke volgt op de collectieve verantwoordelijkheid voor zaken die per definitie het 'besturen van de vennootschap' betreffen. Individuele disculpatie komt pas aan de orde wanneer is vastgesteld dat het bestuur, als collectief, een ernstig verwijt van onbehoorlijke taakvervulling valt te maken.[178] Daarbij ben ik het eens met dezelfde rechtbank Rotterdam in Gispen/Coebergh, dat een taakverdeling enkel onderdeel kan zijn van het bewijs dat de tekortkoming niet aan de betreffende bestuurder te wijten valt. Indien de feitelijke situatie inmenging van de betreffende bestuurder laat zien, zal deze handeling ondanks een taakverdeling behoren tot zijn werkkring.[179] Niet, zoals De Groot naar mijn mening stelt, dat een taakverdeling een grond voor disculpatie op zichzelf is. In de Hattink q.q./Anfodie uitspraak was Anfodie wel degelijk op de hoogte van

[174] Rechtbank Arnhem 22 juni 2011, LJN: BR0169, ro 4.17. Aansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW.
[175] De Groot 2003, p. 12. Ook de Nederlandse wetgever stelt dat er enige twijfel is omtrent dit onderwerp door het huidige artikel 2:9 BW maar sluit aan bij de stelling dat een interne taakverdeling enkel een argument voor disculpatie vormt: Kamerstukken *II,* 2008-2009 31 763, nr. 3, p. 8.
[176] Rechtbank Rotterdam 14 juli 2010, *JOR* 2010, 336 (Hattink q.q./Anfodie)
[177] Dit wordt ondersteund door de bedrijfsomschrijving in het uittreksel van het handelsregister.
[178] Zie formule 3 onder paragraaf 4.1.1.
[179] Ook: Wezeman 1998, p. 68 en Löwensteyn, Pitlo & Raaijmakers 1994, p. 72.

de handeling maar heeft, zoals de feiten schetsen, niets gedaan om de gevolgen van de onbehoorlijke taakvervulling (door zijn medebestuurder) af te wenden.[180] De onbehoorlijke taakvervulling zou daarmee ook Anfodie te verwijten moeten zijn, gezien de collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur voor het beheren van het vermogen van de vennootschap.

4.1.3 Aansprakelijkheid van de Raad van Commissarissen op grond van artikel 2:9 BW

Op grond van artikel 2:149 BW is artikel 2:9 BW van overeenkomstige toepassing op de aansprakelijkheid van commissarissen jegens de vennootschap. De taak van de RvC is besproken in 3.1.1 en betreft in algemene bewoordingen het toezicht houden op het beleid van het bestuur en het bestuur bijstaan met advies. Indien de RvC de hun toegewezen taak niet behoorlijk vervult, en hun daarvan een *ernstig verwijt* is te maken, is de RvC aansprakelijk voor de schade jegens de vennootschap.[181] Ook de RvC kent het beginsel van collegiale taakuitoefening.[182] Hoe werkt dit uit in de rechtspraak?

a) Rechtspraak met betrekking tot de aansprakelijkheid van de RvC (fase 1)

In een uitgebreide uitspraak omtrent Ceteco heeft de rechtbank Utrecht zich uitgelaten over de gronden voor aansprakelijkheid van bestuur en RvC.[183] Ik zal de uitkomsten van de uitspraak hieronder vereenvoudigd weergeven zonder daarbij in te gaan op de feiten.[184]
De rechtbank behandelt primair de aangevoerde grond voor aansprakelijkheid van artikel 2:138 BW.[185] Het toetsingskader dat daarbij wordt gebruikt is de vaststelling dat '*geen redelijk denkend bestuurder of commissaris – onder dezelfde omstandigheden – aldus zou hebben gehandeld*.' (ro 5.8) Het bestuur wordt een voldoende ernstig verwijt van onbehoorlijke taakvervulling gemaakt gezien zij bij hun beleidskeuze in het geheel geen acht hebben geslagen op de daaraan voor de organisatie verbonden risico's (ro 5.105). De RvC wist voldoende af van de bestaande risico's, ondanks de onvolledige informatie van het bestuur, en van een redelijk denkende commissaris had mogen worden verwacht dat zij nader

[180] Zie in dit verband ook Rechtbank Rotterdam 17 juni 1999, *JOR* 1999,244 (Gispen/Coebergh), ro 3.4.
[181] Huizink 2011, Burgerlijk Wetboek Boek 2, Artikel 149, nr. 2.
[182] Ser-advies Raden van Commissarissen structuurvennootschappen 1984, p. 29-31 en Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2009 (2-II*), nr. 494 en Delfos-Roy 2005, nr. 178.
[183] Rechtbank Utrecht 12 december 2007, *JOR* 2008,10 (Ceteco)
[184] Voor een overzicht van de feiten zie: *RO* 2008, 13, *RI* 2008, 14 en *JOR* 2008, 10 m.nt. S.M. Bartman.
[185] Zie ook voetnoot 15: De wetsgeschiedenis maakt duidelijk dat voor de criteria van artikel 2:138 BW aansluiting is gezocht bij artikel 2:8 BW (het huidige artikel 2:9 BW).

onderzoek zouden plegen, alvorens toestemming te geven voor de plannen van het bestuur. Hiermee is de RvC een voldoende ernstig verwijt te maken en hebben zij hun toezichtstaak kennelijk onbehoorlijk vervuld (ro 5.106-108).[186]

Vervolgens wordt ingegaan op aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW. De rechtbank houdt vast aan de criteria van het arrest Staleman/Van de Ven[187] (ro 5.115).

Het eerste verwijt gemaakt aan het bestuur heeft betrekking op het door hun gevoerde beleid met betrekking tot de onderneming.[188] De RvC wordt een verwijt van onbehoorlijke taakvervulling gemaakt gezien zij de negatieve ontwikkeling van de solvabiliteit, veroorzaakt door het beleid van het bestuur, niet nader hebben onderzocht.[189]

Het tweede verwijt gemaakt aan het bestuur is het presenteren van misleidende jaarresultaten.[190] De RvC heeft daarop hun taak onbehoorlijk vervuld door een beslissing te nemen op grond van deze gepresenteerde cijfers.[191]

In beide gevallen wordt er een actief handelen van de RvC geëist: zij dienden een nader onderzoek te doen om het gevolgde beleid van het bestuur te kunnen controleren, en mochten niet enkel vertrouwen op de door het bestuur gepresenteerde cijfers. Let wel: In geen geval wordt de RvC een verwijt gemaakt voor het gevoerde beleid zelf. Het opstellen beleid valt dan ook niet onder hun taak.

Vervolgens een interessante overweging van de rechtbank: '*Uit het feit dat de bestuurders (ten aanzien van deze beslissing[192]) geen verwijt gemaakt kan worden, volgt in de gegeven omstandigheden aldat de commissarissen op dit punt evenmin een verwijt treft'*. (ro 5.228) Er wordt niet verder ingegaan op de taakvervulling van de RvC. Hieruit zou volgen dat de RvC enkel een verwijt kan worden gemaakt, en daaropvolgend aansprakelijkheid, indien in eerste plaats het bestuur aansprakelijkheid wordt bevonden. De gedachte zou kunnen spelen dat indien het bestuur zijn taak, *het besturen van de vennootschap*, niet naar behoren heeft uitgevoerd, hieruit blijkt dat de RvC, welke *toezicht op dit bestuur* dient te houden, zijn taak

---

[186] Zie hier de geïntegreerde beoordeling van de term 'onbehoorlijke taakvervulling', waarbij de rechtbank gebruik maakt van formule 1 (zie paragraaf 4.1.1).
[187] Hoge Raad 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 (Staleman/Van de Ven) ro. 3.3.1. Zie ook voetnoot 153.
[188] De veiligheidsprocedure had, in de gegeven omstandigheden, niet achterwege mogen worden gelaten. (ro 5.146) Het laten lopen van de debiteurenportefeuille, 'sign of life systeem', het impliceit of expliciet goedkeuren van sin inicial acties (allen betrekking tot de beheersbaarheid van de groei van de organisatie). (ro 5.150-153).
[189] Van de RvC had mogen worden verwacht dat zij in de gegeven omstandigheden, waaronder de negatieve ontwikkeling van de solvabiliteit, een nader onderzoek hadden ingesteld. (ro 5.210)
[190] De jaarresultaten van Ceteco over 1997 waren misleidend (ro 5.199)
[191] Een deugdelijke financiële onderbouwing ontbrak bij belangrijke investeringsbeslissingen die door de RvC zijn goedgekeurd, terwijl financiële onderbouwingen achteraf ondeugdelijk bleken te zijn (ro 5.224-225).
[192] De beslissing van het bestuur om de cruciale bedrijfsprocessen AO/IC en IT niet op orde te brengen, alvorens te besluiten tot integratie van Imgeve en Lehaca.

ook niet naar behoren heeft uitgevoerd. Immers, indien de RvC goed toezicht houdt, zou het bestuur niet in een positie mogen komen waarbij zij hun taak niet goed vervullen.[193]
In een uitspraak van Gerechtshof 's-Gravenhage wordt gesteld dat een commissaris zijn toezichthoudende taak verwaarloost door verwijtbaar geen actie te ondernemen om te komen tot een tijdige publicatie van deugdelijke jaarstukken van de vennootschap.[194] Zijn taak bestaat in deze uit het toezicht houden op het naleven van de publicatieplicht door het bestuur. Wat de taak van de RvC te boven gaat is het bestuur controleren op de letterlijke tekst en contractsinhoud wijze waarop een (overname)contract is verwoord. Dit valt niet langer onder het toezicht houden op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken.[195]

4.2 Wetsvoorstel Bestuur en Toezicht

4.2.1 Interne aansprakelijkheid van een niet uitvoerend bestuurder in een one-tier bestuur

Met de invoering van het wetsvoorstel Bestuur en Toezicht zal artikel 2:9 BW een tekstuele verandering ondergaan. Het nieuwe artikel zal klinken:
Lid 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.*
Lid 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 de 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.*
Zoals paragraaf 4.1 duidelijk maakt, bestaat er omtrent de precieze betekenis van het huidige artikel 2:9 BW, ook volgens de Nederlandse wetgever, nog enige onduidelijkheid. De introductie van de keuze voor vennootschappen tussen het one-tier en two-tier bestuursmodel

[193] Van Schilfgaarde stelt dat aansprakelijkheid van de RvC zelden zal voorkomen indien de bestuurders niet aansprakelijk zijn maar onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur impliceert niet direct dat de RvC onvoldoende toezicht heeft gehouden: Van Schilfgaarde & Winter 2009, p. 251.
[194] Gerechtshof 's-Gravenhage 26 april 2005, *JOR* 2005, 171 (Berntsen/Lampe). De commissaris wordt aansprakelijk gesteld op grond van artikel 2:248 jo 2:259 BW.
[195] Gerechtshof 's-Gravenhage 6 april 1999, *JOR* 199,142 (Verto/Drenth) ro 18. Indien leden van de RvC zich wel mengen in het territorium van het bestuur, krachtens een bepaling in de statuten of een besluit van de AvA, zal dit als een 'daad van bestuur' te gelden hebben op grond van artikel 2:151 BW. Hieronder valt het bezig houden met de uitvoering van beleid van het bestuur, bijvoorbeeld het uitvoeren van een (overname)contract. De aansprakelijk van de betreffende commissaris zal worden vastgesteld als ware hij bestuurder.

geeft reden om artikel 2:9 BW tekstueel aan te passen en zijn precieze betekenis te verduidelijken.[196] Daarbij leg ik de nadruk op 'tekstuele aanpassing' gezien de wetgever aangeeft dat artikel 2:9 lid 2 BW aansluit bij de in de rechtspraak gebruikte terminologie.[197]
Ingevolge het nieuwe lid 1 van artikel 2:9 BW wordt aan het bestuur de mogelijkheid gegeven om een taakverdeling te maken. Deze taakverdeling wordt bij of krachtens de statuten vastgelegd, hetgeen inhoudt dat deze door een bestuursbesluit of bestuursreglement kan worden vastgesteld.[198]
Lid 2 van het nieuwe artikel maakt duidelijk dat de collectieve verantwoordelijk van het bestuur vooropgesteld blijft. Een taakverdeling zal hierin dan ook geen verandering brengen ten opzichte van de (hoofd)taak: het besturen van de vennootschap.[199] Enkel, indien bepaalde taken aan een bestuurder zijn toegekend betekent dit dat deze bestuurder weet dat deze specifieke taken buiten het takenpakket van zijn medebestuurders vallen. De andere bestuurders kunnen zich disculperen in het geval deze taken onbehoorlijk zijn uitgevoerd en de betreffende bestuurder daarvan een ernstig verwijt kan worden gemaakt, waarover in 4.2.1. Taken die niet aan een specifieke bestuurder worden toebedeeld, vallen toe aan elke bestuurder.[200]

(a) Aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW (fase 1)

Door de keuze voor het one-tier bestuursmodel zullen uitvoerend bestuurders en niet uitvoerend bestuurders in één bestuursorgaan functioneren, zoals is uitgelegd in Hoofdstuk 3. Zij zijn collectief verantwoordelijk voor het besturen van de vennootschap. Dit betekent dat niet uitvoerend bestuurders in beginsel verantwoordelijkheid dragen voor de taakuitvoering van de uitvoerend bestuurders.[201] Interne aansprakelijkheid voor eventuele onbehoorlijke taakvervulling bouwt voort op deze verantwoordelijkheid en dient te worden getoetst naar het systeem van (het nieuwe) artikel 2:9 BW.[202]
Let ook op het nieuwe artikel 2:129a lid 3 BW. Een besluit dat door een of meer bestuurders is genomen, wordt toegerekend aan het gehele bestuur.[203] De bestuurder die het besluit heeft

[196] Kamerstukken *II* 2008-2009, 31 763, nr. 3, p. 7.
[197] Kamerstukken *II* 2008-2009, 31 763, nr. 3, p. 9 en nr. 6, p. 18. Ook: Strik 2010, p. 25-26.
[198] Kamerstukken *II* 2008-2009, 31 763, nr. 6, p. 2.
[199] Bartman 2005, p. 18 en Van Schilfgaarde & Winter 2009, p. 150. Zie voor hetgeen onder 'besturen van de vennootschap' verstaan wordt paragraaf 4.1.2.
[200] Kamerstukken *II* 2008-2009 31 763, nr. 3, p. 7-8 en 14 en Kamerstukken *II* 2008-2009, 31 763, nr. 6, p. 15.
[201] Ook: Wezeman 2009, p. 111-112.
[202] Kamerstukken *II* 2008-2009, 31 763, nr. 6, p. 4
[203] Kamerstukken *II* 2008-2009, 31 763, nr. 3, p.17.

genomen dient wel zijn medebestuurders hierover wel binnen een redelijke termijn te informeren op grond van artikel 2:8 BW.[204] Seinstra stelt dat het voorgestelde artikellid op gespannen voet staat met artikel 2:9 lid 2 BW. [205] Daarin is vastgesteld dat elke bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken, wat betekent dat iedere bestuurder verantwoordelijk blijft voor de taakuitoefening door en de besluiten van het bestuur.

Een zeer recente uitspraak van de Rechtbank Utrecht maakt duidelijk dat de normstelling waaraan het handelen van een bestuurlid van een one-tier bestuurs moet worden gemeten niet verschilt van het huidige systeem.[206] Wel dient rekening te worden gehouden met de taken die horen bij de taakverdeling en zoals deze, al dan niet in aanvulling op of in afwijking van dat formele kader, *feitelijk* vorm hebben gekregen. Er zal moeten worden bezien in hoeverre een bestuurder niet uitvoerend dan wel uitvoerend bestuurder is, welke taakverdeling er binnen de Raad van Bestuur bestaat en welke taken en bevoegdheden aan de Raad van Bestuur als collectief zijn toebedeeld. Er zal in het algemeen minder snel van een persoonlijk ernstig verwijt sprake zijn wanneer het gaat om een niet uitvoerend bestuurder (met als taak het toezicht houden op de vennootschap) dan wanneer het gaat om een uitvoerend bestuurder (wiens taak in hoofdzaak ziet op de beleidsvorming binnen de vennootschap).

(b) De mogelijkheid tot disculpatie (fase 2)

De gevoerde grond voor disculpatie zal mede zijn de gemaakte taakverdeling tussen uitvoerend en niet uitvoerend bestuurders én het bewijs dat zij niet nalatig zijn geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van de onbehoorlijke taakverdeling af te wenden. Let hier op de bewijslast verdeling waar deze rust op de vennootschap in fase 1, maar in fase 2 op de bestuurder welke dient aan te tonen dat hem geen ernstig verwijt valt te maken voor de onbehoorlijke taakvervulling.[207] Met Langman en Strik ben ik van mening dat het voor een bestuurder voordeliger is te moeten bewijzen dat een bepaalde handeling in het geheel niet tot zijn takenpakket behoort, dan bewijs te moeten leveren voor het feit dat, ondanks dat de handeling wel tot het takenpakket behoort, de bestuurder geen ernstig verwijt valt te maken.[208]

---

[204] Kamerstukken *II* 2008-2009, 31 763, nr. 6, p.13.
[205] Seinstra 2008, p. 62.
[206] Zie voetnoot 153.
[207] Artikel 150 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering: De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten. Ook: annotatie Van den Ingh bij Rechtbank Rotterdam 17 juni 1999, *JOR* 1999, 244 (Gispen qq./Coebergh).
[208] Strik 2010, p. 85 en Langman 1996, p. 58.

Daarbij dient nog steeds in het oog te worden gehouden dat een statutaire taakverdeling op zichzelf niet de enige grond voor disculpatie kan zijn maar enkel een 'wegingsfactor'.[209] Indien de niet uitvoerend bestuurder op de hoogte was van de onbehoorlijke taakvervulling van de uitvoerend bestuurder én niet heeft ingegrepen, of indien de niet uitvoerend bestuurder zelf betrokken was bij de (voorbereiding van) de betreffende handeling[210], zal een beroep op een taakverdeling hem niet kunnen baten. Zoals de Nederlandse wetgever stelt: *'kennis over misstanden verplicht tot ingrijpen!'*[211] Ook Wezeman stelt dat uit de beperkte jurisprudentie inzake artikel 2:9 BW lijkt te volgen dat disculpatieverweren als bedoeld tot op heden slechts in uitzonderlijke gevallen worden gehonoreerd.[212]

4.3 Aansprakelijkheid op grond van de feitelijke taakuitoefening

Een interessante vraag die gesteld kan worden na het voorgaande is wat het voor de aansprakelijkheid betekent indien een commissaris in een two-tier bestuursmodel, ofwel het Nederlandse one-and-a-half tier bestuursmodel, zich feitelijk gedraagt zoals van een niet uitvoerend bestuurder verwacht zou worden? Zoals in Hoofdstuk 3 paragraaf 3.2. is gesteld, gaat de wettelijke taak van de RvC in de meeste gevallen niet verder dan het niveau van betrokkenheid "ratifying/probing".[213] Het opstellen van beleid valt in geen geval onder de wettelijke taak van de RvC.[214] Tot de taak van de niet uitvoerend bestuurder, welke als hoofdtaak het "algemeen besturen" van de vennootschap heeft, valt wel het beoordelen en actief aanpassen van voorstellen omtrent beleid van het uitvoerend bestuur, zogenaamd "engagen" of soms zelfs "directing".[215] Wat nu indien een commissaris of de RvC als geheel zich wel degelijk gaat bemoeien met het bijvoorbeeld opstellen van het beleid? In de praktijk komt een "over-actieve" RvC weldegelijk voor, zeker bij grotere vennootschappen.

De normstelling voor het vaststellen van een ernstig persoonlijk verwijt, waarna aansprakelijkheid kan volgen, beantwoordt de vraag op zichzelf al: In aanmerking te nemen omstandigheden zijn onder meer de taakverdeling binnen het bestuur en de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken.[216] Stellende dat de RvC meer

---

[209] Bartman 2005, p. 18. Dumoulin is van mening dat een taakverdeling, ook ten opzichte van de bestuurstaak, wel direct gevolgen heeft voor de persoonlijke aansprakelijkheid, in: Dumoulin 2004, p. 111-114.
[210] Rechtbank Rotterdam 17 juni 1999, *JOR* 1999, 244 met noot Van den Ingh (Gispen qq./Coebergh), ro 3.4.
[211] Kamerstukken *II* 2008-2009, 31 763, nr 6, p. 4.
[212] Wezeman 2009, p. 112.
[213] De RvC kan in de statuten van de vennootschap een verdergaande bevoegdheid krijgen wanneer het bijvoorbeeld aankomt op de bezoldiging, het doen van goedkeuringen van bestuursbesluiten etc, *zie* paragraaf 3.1.1.2.
[214] *Zie* paragraaf 3.1.1.3.
[215] *Zie* paragraaf 3.2.2.
[216] Hoge Raad 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360, r.o. 3.3.1. *Zie ook* paragraaf 4.1.1.

betrokken is bij het opstellen van beleid, zal hij daarmee dichter op informatie zitten, meer invloed kunnen uitoefenen op het bestuur en dus ook meer verantwoordelijkheid dragen. Een commissaris zal dan niet snel met het excuus kunnen aankomen dat hij niet heeft ingegrepen omdat hij geen kennis had van de omstandigheden.[217] Zoals de Nederlandse wetgever stelt: *'kennis over misstanden verplicht tot ingrijpen!'*[218]

Over de verdere invulling van deze norm is rechtbank Utrecht zeer duidelijk: "*...te worden bezien (dient) – telkens in formele en feitelijke zin – in hoeverre (een) bestuurder uitvoerend of niet-uitvoerend bestuurder is, welke taakverdeling er binnen de groep ... bestuurders bestaat en welke taken en bevoegdheden aan de Raad van Bestuur als collectief zijn toebedeeld.*"[219] Deze toetsing zal op dezelfde manier kunnen worden toegepast ten aanzien van een commissaris welke taken vervult die meer neigen naar (uitvoerende) bestuurstaken. Zoals al eerder gesteld geldt een statutaire taakverdeling enkel als wegingsfactor en niet als toereikende grond voor disculpatie van aansprakelijkheid.[220] Indien een commissaris uit eigen beweging een verdergaande rol vervult dan zijn statutaire taak inhoudt, zal hij ook meer verantwoordelijkheid moeten nemen en een hoger risico op aansprakelijkheid moeten aanvaarden.

[217] Zoals de RvC bij de enquete van Ogem wel kon aanvoeren, Verslag Equete Ogem 1986, Boek 1, p. 540, geciteerd in: Delfos-Roy 1997, p. 50.
[218] Kamerstukken *II* 2008-2009, 31 763, nr 6, p. 4.
[219] Rechtbank Utrecht 15 februari 2012, LJN: BV3753, r.o. 4.52-4.53.
[220] Zie paragraaf 4.2.1. onder b).

5. RECHTSVERGELIJKING MET DUITSLAND

5.1 Het one-tier bestuursmodel in het Duitse recht

5.1.1 Algemene bepalingen

Duitsland kent, net als Nederland, van oudsher een two-tier bestuursstructuur.[221] De bepalingen omtrent het bestuur (*Vorstand*) van de Duitse equivalent van de NV, de Aktiengesellschaft[222], zijn neergelegd in § 76 - § 94 Aktiengesetz (hierna "AktG"). De bepalingen omtrent het toezichthoudend orgaan (*Aufzichtsrat*) zijn te vinden in § 95 - § 116 AktG.[223] De SE-Vo heeft zijn bepalingen omtrent het two-tier bestuursmodel veelal gebaseerd op deze Duitse bepalingen.[224] Een Duitse SE welke de keuze maakt voor het two-tier bestuursmodel zal er dus nagenoeg uitzien als de Duitse Aktiengesellschaft.
Het AktG voorziet niet in een regeling voor het one-tier bestuursmodel. Ingevolge artikel 43 lid 4 SE-Vo kan de Duitse wetgever hierin voorzien voor de toepassing op de SE maar deze heeft gekozen om een aparte regeling neer te leggen in de uitvoeringswet SE (*SE-Ausführungsgesetz*, hierna "SEAG"[225]). In Hoofdstuk 4 SEAG is de structuur van de SE neergelegd. Paragraaf 2, § 20- § 49 SEAG, is van toepassing indien wordt gekozen voor het one-tier bestuursmodel. Gezien de totale uitvoeringswet SE 55 artikelen bevat, neemt dit deel verhoudingsgewijs veruit de meeste artikelen in beslag. Veel van de artikelen gaan in op de details van de uitvoering van het one-tier bestuursmodel. Ik zal mij beperken tot de meest in het oog springende artikelen.

Het Duitse one-tier bestuursorgaan (hierna "Verwaltungsorgan") zal bestaan uit ten minste drie bestuursleden, tenzij anders bepaald in de statuten.[226] Enkel natuurlijke personen kunnen lid zijn van het Verwaltungsorgan, dit geldt dus ook voor bestuurders met een uitvoerende

---

[221] Beck 2004, AktG § 76 Leitung der Aktiengesellschaft, I. Allgemeines en Teichmann 2004, p. 119. Ook: Hopt & Leyens 2004, p. 139.
[222] § 1 AktG Wesen der Aktiengesellschaft
(1) Die Aktiengesellschaft ist eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit. Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen.
(2) Die Aktiengesellschaft hat ein in Aktien zerlegtes Grundkapital.
[223] Zie omtrent het Duitse two-tier bestuursmodel: Jungmann 2006, p. 432-435.
[224] Samen met Oostenrijks recht: Teichmann 2003, p. 312.
[225] Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) (SE-Ausführungsgesetz - SEAG)Vom 22. Dezember 2004.
[226] § 23 SEAG waarin ook het maximum aantal leden wordt aangegeven voor verschillende hoogten van het kapitaal van de vennootschap. Het artikel vertoont opvallende gelijkenis met § 95 AktG welke het aantal leden van de RvC bepaalt.

taak.[227] Het maximale aantal bestuurder- en/of commissarisfuncties per lid van het Verwaltungsorgan is gezet op 10. Voorzitterschap telt daarbij dubbel.[228]
De leden van het Verwaltungsorgan worden gekozen door de AvA.[229] Uit hun midden wordt een voorzitter gekozen en er kunnen commissies worden opgericht, waarbij de auditcommissie expliciet genoemd wordt. De auditcommissie zal de verantwoordelijkheden dragen zoals vastgesteld in artikel § 107 paragraaf 3, tweede zin AktG.[230]
Het Verwaltungsorgan is verantwoordelijk voor het besturen van de vennootschap. § 22 SEAG maakt duidelijk dat zij verantwoordelijk zijn voor het beleid, de business planning en de lange termijn doelstellingen.[231] Hieronder valt de boekhouding en het Verwaltungsorgan heeft daarvoor te allen tijde inzicht in de boeken en bescheiden van de vennootschap.[232] Zij dienen de nodige maatregelen te nemen om risico's met betrekking tot de vennootschap in een vroeg stadium te herkennen door bijvoorbeeld een controle systeem op te zetten.[233]

5.1.2 Uitvoerend managers

Het onderscheid tussen uitvoerend en niet uitvoerend bestuurders, zoals de Nederlandse wetgever voor het one-tier bestuursmodel heeft neergelegd (zie Hoofdstuk 3 onder 3.2.1), wordt niet gemaakt in de Duitse uitvoeringsbepalingen.
§ 40 SEAG bepaalt dat er door het Verwaltungsorgan verplicht één of meer uitvoerend managers (*geschäftsführende Direktoren*, niet te verwarren met uitvoerend bestuurders) worden aangesteld welke gezamenlijk bevoegd zijn om de vennootschap te besturen en in en buiten rechte te vertegenwoordigen.[234] Zij zijn verantwoordelijk voor de dagelijkse leiding en voeren het beleid, zoals gemaakt door het Verwaltungsorgan, uit.[235] Ook leden van het Verwaltungsorgan, mede de voorzitter[236], kunnen deze taak op zich nemen voor zover de niet

[227] § 27 SEAG
[228] Een wettelijke vertegenwoordiger van een afhankelijke maatschappij van de vennootschap is ook uitgesloten van lidmaatschap van het bestuur, § 27 SEAG.
[229] § 31 SEAG. De aanstelling van een bestuurder welke gekozen is door de AvA zonder dat een voordracht is gedaan, kan voordat de termijn is verstreken worden ingetrokken door stemming met een meerderheid van drie/vierde van de uitgebrachte stemmen, § 29 SEAG.
[230] § 34 SEAG: het toezicht op financiële rapportageproces, de effectiviteit van de interne controle, risicobeheer en interne auditsysteem en controle, in het bijzonder de onafhankelijkheid van de accountant.
[231] Eden 2004, nr. 544 en Reichter & Brandes 2006, Art. 43 Verwaltungsorgan, II.2.a, Rn. 13-15.
[232] § 22 SEAG, gebaseerd op het Franse artikel L. 225-35 Code de commerce. Zie Teichmann 2004, p. 120.
[233] § 22 paragraaf 3 SEAG
[234] § 41 SEAG, op grond van artikel 43 lid 4 SE-Vo mag Duitsland passende maatregelen voor de SE vaststellen. Ook: Thamm 2008, nr.132.
[235] Walla 2008, p. 569.
[236] Dit is uit praktische overwegingen niet aan te raden, gezien de machtsconcentratie (uitvoering en toezicht) die hierdoor bij de voorzitter wordt neergelegd: Spitzbart 2006, nr. 369 en Berte Timm 2004, SEAG § 40.

uitvoerend bestuurders (bestuurders die niet zijn aangesteld als uitvoerend manager) de meerderheid in het bestuur blijven vormen. Taken die wettelijk zijn toegewezen aan het Verwaltungsorgan kunnen niet worden gedelegeerd aan de uitvoerend managers. Deze taken betreffen de pure leiding van de vennootschap zoals de planning, organisatie, financiën en informatie- en rapporteringverplichtingen.[237]

De uitvoerend managers dienen ten overstaande van de vennootschap instructies en beperkingen op te volgen die op grond van de SEAG, de statuten, het Verwaltungsorgan, de AVA en het bestuursreglement op het beleid van toepassing zijn.[238] Zij zijn een ondergeschikt orgaan: de eindverantwoordelijkheid blijft te allen tijde bij het Verwaltungsorgan liggen.[239] Dit is het essentiële verschil met het two-tier bestuursmodel waarbij de verantwoordelijkheid wordt verdeeld over twee organen.[240] Door bepaalde uitvoerende taken te kunnen delegeren, blijft het in het Duitse vennootschapsrecht bekende controle mechanisme tussen uitvoering en toezicht bestaan. Dit is met name van belang bij bijvoorbeeld het opstellen van de jaarrekening door de uitvoerend manager en het goedkeuren van deze door het bestuur.[241]

De Duitse wetgever dient wel een duidelijk verschil te maken tussen de status van de uitvoerend manager en bestuurder gezien, op grond van artikel 38 sub b SE-Vo, de SE de ruimte moet krijgen om een keuze te maken tussen een two-tier en one-tier bestuursmodel.[242] Hieraan wordt voldaan door het instructie- en ontslagrecht van het bestuur.[243] In meer of mindere mate zal het Verwaltungsorgan zich nog zelf met uitvoerende taken dienen bezig te houden, waaronder in ieder geval de wettelijk aan het bestuur toegewezen taken (zie voetnoot 237). Het is niet in overeenstemming met artikel 43 lid 1 SE-Vo indien het bestuur alle uitvoerende en vertegenwoordigende taken overdraagt aan de uitvoerend managers en zich geheel toelegt op toezichthoudende taken.[244] Een optie is om deze scheiding niet te maken en leden van het Verwaltungsorgan als uitvoerend manager aan te stellen.[245]

---

[237] Reichert &Brandes 2006, Art. 51, III.3.a., Rn. 17-18, Ebersprächer 2010, SE-VO Art 43, 1., Rn 11 en Hüffer 2010, AktG § 76, II.3.a., Rn. 7-8. Onder deze taken vallen: § § 83 'voorbereiding en uitvoering AvA-besluiten', 90 'informeren RvC', 91 'boekhouding', 92, 110 lid 1 'oproepen AvA', 118 lid 2, 121 lid 2, 124 lid 3 zin 1, 170 'voorleggen jaarrekening aan AvA'.
[238] § 44 SEAG
[239] Reichert & Brandes 2006, Art. 43 Verwaltungsorgan.
[240] Teichmann 2004, p. 121.
[241] Thamm 2008, nr. 132 en Teichmann 2004, p. 123.
[242] Reichert & Brandes 2006, Art. 43 Verwaltungsorgan, aa. en Teichmann 2004, p. 121.
[243] Ook: Teichmann 2003, p. 325.
[244] Reichert &Brandes 2006, Art. 43 Verwaltungsorgan, II-2-b-aa en Spitzbart 2006, nr. 369. Ook § 22 SEAG.
[245] Reichert & Brandes, Artikel 43 Verwaltungsorgan, II-2-a.

5.2 Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van § 93 AktG

§ 93 AktG is ingevolge § 39 SEAG van toepassing op de aansprakelijkheid van het bestuur van de Duitse SE. De Duitse wetgever laat door deze expliciete verwijzing geen twijfel bestaan over welke voorschriften op grond van artikel 51 SE-Vo van Duits nationaal recht gelden ten aanzien van de aansprakelijkheid van het bestuursorgaan. Nederland heeft hierin niet voorzien, wat voor enige onduidelijkheid zorgt.[246] In 5.2.1 geef ik een algemene beschrijving van § 93 AktG. In 5.2.2 zal ik ingaan op de aansprakelijkheid van de RvC in het Duitse two-tier bestuursmodel en zal het verschil met de aansprakelijkheid van niet uitvoerend bestuurders in het one-tier bestuursmodel weergeven onder 5.2.3.

5.2.1 Beschrijving van de bepalingen van § 93 AktG

5.2.1.1 § 93 paragraaf 1 AktG en de business judgment rule

§ 93 AktG betreft de zorgplicht en de verantwoordelijkheid van het bestuur van de vennootschap. Expliciet vermeldt artikel § 93 lid 1 AktG een geheimhoudingsplicht van informatie met betrekking tot de vennootschap.
De RvC vertegenwoordigt de AvA in en buiten rechte en is daarmee degene die een vordering tot aansprakelijkheid van het bestuur tegenover de vennootschap in zal kunnen stellen.[247]
Het bestuur dient de vennootschap kundig en zorgvuldig te leiden. Een bestuurder wordt geacht deze taak niet te hebben geschonden indien hij, op grond van de informatie die hij op dat moment bezat, ervan uit mocht gaan dat hij handelde in het belang van de vennootschap (*business judgment rule*).[248] De business judgemnt rule, geïnspireerd door het Amerikaanse recht, is gecodificeerd in § 93 paragraaf 1 zin 2 AktG, na onder meer de uitspraak ARAG/Garmenbeck.[249] In deze uitspraak werd bepaald dat aan de bestuurders een zekere handelingsvrijheid toekomt, gezien succesvol ondernemen anders onmogelijk wordt.[250] De RvC mag, voordat zij de beslissing nemen om tot aansprakelijkheidstelling van bestuurders over te gaan,[251] het aanwezige ondernemingsrisico en het risico van bestuurlijke

[246] *Zie* Hoofdstuk 4 onder paragraaf 4.1.1.
[247] Op grond van § 111 lid 1 en 112 AktG.
[248] § 93 paragraaf 1 zin 2 AktG. *Zie* uitgebreid over de business judgment rule: Jungmann 2008 en voor de Amerikaanse versie Assink 2008.
[249] Bundesgerichtshof Zivilsenat 21 april 1997, ZR 175/95 (ARAG/Garmenbeck).
[250] Ro. II.cc. (ARAG/Garmenbeck) en Jungmann 2008, paragraaf B.II.
[251] Op grond van § 111 jo § 112 AktG dient de RvC toezicht te houden op het bestuur en vertegenwoordigen daarnaast de AvA in en buiten rechte.

inschattingsfouten in overweging nemen. Bij deze overweging dient bijvoorbeeld de financiële gesteldheid en de economische positie van de vennootschap te worden mee genomen. Voor de hoogte van het risico dat door de bestuurders genomen mag worden is geen algemene grens te geven maar dit zal per geval beoordeeld worden.[252] Indien de bestuurder onverantwoordelijk of in strijd met zijn taken handelt, dient de RvC echter over te gaan tot ingrijpen.[253] Handelingen gedaan ter bevoordeling van de bestuurder zelf vallen niet onder de beschermende werking van de business judgment rule.[254]

5.2.1.2 Interne aansprakelijkheid

Bestuurders welke hun taak schenden zijn, op grond van § 93 paragraaf 2 AktG, gezamenlijk en hoofdelijk aansprakelijk jegens de vennootschap voor de daardoor ontstane schade. Deze aansprakelijkheid wordt voor iedere bestuurder individueel vastgesteld.[255] Daarbij geldt een omkering van de bewijslast waardoor de bestuurders dienen te bewijzen dat zij hun taak niet hebben geschonden.

Het principe van collectieve verantwoordelijkheid, zoals het Nederlandse recht kent,[256] is ook van toepassing op het Duitse artikel § 93 AktG.[257] Een belangrijk verschil is echter dat een taakverdeling, te maken op grond van § 77 AktG, kan zorgen voor een verschil in aansprakelijkheid. Een individuele bestuurder draagt de volledige verantwoordelijkheid voor de aan hem toegewezen taak (*Ressortverantwortung*).[258] Hij mag zich niet mengen in de taken van zijn medebestuurders. De collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur brengt vervolgens mee dat iedere bestuurder toezicht dient te houden op de taakuitoefening van zijn medebestuurders.[259] De vereiste intensiteit van deze interne toezichthoudende taak verschilt per vennootschap maar betreft wel een lichtere taak dan het toezicht zoals uitgeoefend door de RvC.[260]

Paragraaf 3 geeft een opsomming van gevallen waarin het bestuur in elk geval aansprakelijk is voor de geleden schade door de vennootschap. Deze betreffen de schending van wettelijke

---

[252] Kock 2004, paragraaf 1.c.
[253] Ro. II.aa. (ARAG/Garmenbeck).
[254] Spindler 2010, AktG § 93 C.2.5.c, Rn 44 en Kock 2004, paragraaf II.2.
[255] Spindler 2010, AktG § 93 E.I, Rn 127.
[256] *Zie* Hoofdstuk 4 in paragraaf 4.1.
[257] Spindler 2010, AktG § 93 E.II.2.a, Rn 132.
[258] Holger Fleischer 2003, nr. 449.
[259] Spindler 2010, AktG § 93 E.II.2.a, Rn 131-133.
[260] Holger Fleischer somt op: ingrijpen bij verdachte omstandigheden, verscherpte controle, het opzetten van een intern informatie systeem, doorlopende controle en de vraag of de CEO extra toezicht dient te houden in: Holger Fleischer 2003, nr. 449 en Spindler 2010, AktG § 93 E.II.2.a, Rn 131-133 en E.II.2.b, Rn. 135-144.

bepalingen die het kapitaal van de vennootschap beschermen tegen betalingen aan aandeelhouders en bestuurders.[261]

De vennootschap kan zich niet beroepen op aansprakelijkheid van bestuurders indien het betreffende besluit is genomen met goedkeuring van de AvA. Aansprakelijkheid wordt echter niet uitgesloten indien enkel de RvC goedkeuring heeft gegeven. De AvA kan een besluit nemen om na drie jaar afstand te doen van hun vordering indien niet meer dan tien procent van de aandeelhouders hier tegen stemt.[262]

5.2.2 Taak en aansprakelijkheid van leden van de RvC in het two-tier bestuursmodel naar Duits recht

5.2.2.1 Taken en bevoegdheden van de RvC

De taken en bevoegdheden van de RvC worden gegeven in § 111 AktG. Deze bepaling is niet uitputtend maar geeft enkel de belangrijkste taken weer.[263]

Paragraaf 1 bepaalt dat de RvC toezicht dient te houden op het bestuur. Voor de toezichtstaak is de RvC collectief verantwoordelijk en deze kan niet gedelegeerd worden aan een individuele commissaris.[264] Zij hebben het recht om de boeken en bescheiden van de vennootschap in te zien.[265]

De informatieplicht van het bestuur tegenover de RvC is uitgebreid neergelegd in § 90 AktG.[266] Het bestuur dient de RvC op de hoogte te brengen van onder meer het geplande beleid, de winstgevendheid en marktpositie van de vennootschap en omtrent belangrijke deelnemingen.[267] De RvC kan te allen tijde rapporten omtrent de gang van zaken bij het bestuur opvragen.[268]

---

[261] Hieronder vallen terugbetalingen gedaan aan aandeelhouders, de uitgifte van certificaten onder de uitgifteprijs, de uitdeling van vennootschappelijk vermogen en het verstrekken van leningen.

[262] § 93 paragraaf 4 AktG. Afstand doen van deze vordering is niet mogelijk indien de vennootschap insolvent is of indien een faillissementsplan is opgesteld.

[263] Habersack 2008, AktG § 111, I.1. Rn 1-3. Voor andere bevoegdheden van de RvC zie onder meer § 84 AktG 'benoemen en ontslaan bestuurders', § 112 AktG 'vertegenwoordigen van de vennootschap, § § 88, 89, 114 en 115 AktG 'concurrerend vermogen en recht om overeenkomsten te beeindigen', § § 98, 103-105 AktG 'samenstelling van de RvC en delegatie naar het bestuur'.

[264] Op grond van § 107 AktG. *Zie ook:* Habersack 2008, AktG § 111, III.6.c, Rn. 49.

[265] De RvC mag specifieke taken aan individuele leden toewijzen en dient een accountant aan te stellen om de jaarrekening te controleren, § 111 paragraaf 2 AktG.

[266] *Zie over § 90 AktG ook uitgebreid*: Delfos-Roy 1997, p. 87 e.v.

[267] Het bestuur dient deze informatie op grond van § 90 paragraaf 4 zin 3 AktG overwegend in hardcopy aan te leveren.

[268] De RvC heeft enkel het recht om aan het bestuur als collectief informatie op te vragen, niet aan een individuele bestuurder, zie uitgebreid over het informatierecht van de RvC: Manger 2010, nr. 1255.

De RvC is verantwoordelijk voor het instellen van een vordering tot aansprakelijkheid van het bestuur tegenover de vennootschap.[269] Daarbij mag zij een afweging maken tussen de kans op toewijzing van de vordering door de rechter en de (reputatie)schade als gevolg hiervan voor de vennootschap en het bestuur.[270] Het gevaar bestaat dat bij behandeling van de vordering in rechte wordt vastgesteld dat de RvC zijn toezichtstaak niet naar behoren heeft uitgevoerd. Gezien de RvC de kans op eigen aansprakelijkheid wil voorkomen, zullen zij een meer preventief toezicht willen houden.[271]

Het Bundesgerichtshof heeft uitdrukkelijk bepaald dat in de regel een vordering tegen het bestuur door de RvC moet worden ingediend.[272] Veel plaats voor de *business judgment rule* blijft hier dus niet over.[273]

In de statuten dient te worden neergelegd dat bepaalde besluiten van het bestuur aan goedkeuring van de RvC onderhevig zijn.[274] De RvC heeft daarbij een adviesrecht maar geen recht tot initiatief.[275] Enkel het bestuur draagt de verantwoordelijkheid voor het daadwerkelijk gevoerde beleid op grond van § 76 paragraaf 1 AktG. De RvC heeft indirect invloed op het gevoerde beleid door wel of geen goedkeuring te geven.[276]

Een overzichtelijke uitleg van de plichten van de RvC geeft de uitspraak van OLG Frankfurt am Maine[277]: De RvC mag zich niet alleen controlerend opstellen maar dient ook preventief toezicht te houden op het bestuur, waarbij mogelijke vorderingen tot aansprakelijkheid van het bestuur voor de rechter gebracht moeten worden (zie ook ARAG/Garmenbeck, 5.2.1.1). Iedere commissaris behoort voldoende kennis en vaardigheden bezitten om een goed begrip en inzicht te hebben in de bedrijfsvoering (*Mindeststandard*). Taken kunnen niet gedelegeerd worden maar ondersteuning door derden is wel mogelijk. Daarbij blijft de verantwoordelijkheid bij de RvC liggen op grond van § 116 AktG.[278]

---

[269] *Zie* 5.2.1.1.
[270] Habersack 2008, AktG § 111, III.4.cc, Rn. 34-38 en Gehb 2005, paragraaf III.
[271] OLG Frankfurt am Main, 18 november 2010, 5 U 110/08, *BeckRS* 2010, 30178, ro. 3.
[272] Bundesgerichtshof 2 Zivilsenat 21 april 1997, *ZR* 175/95 (ARAG/Garmenbeck), ro. 2.c.
[273] Ook: Gehb 2005, paragraaf III.
[274] § 111 paragraaf 4 AktG.
[275] De RvC mag niet op de stoel van de bestuurder gaan zitten, in: Delfos-Roy 1997, p. 86.
[276] Habersack 2008, AktG § 111, II.1.b. Rn 13-14.
[277] Oberlandesgerichthof Frankfurt am Main 18 november 2010, 5 U 110/08.
[278] Ingevolge § 111 paragraaf 4 en 5 AktG.

5.2.2.2 Aansprakelijkheid van de RvC

Ingevolge § 116 AktG is § 93 AktG van overeenkomstige toepassing bij het bepalen van de aansprakelijkheid van de RvC in het two-tier bestuursmodel.[279] De norm voor aansprakelijkheid is wettelijk dezelfde als voor het bestuur van de vennootschap maar er wordt naar Duits recht wel een onderscheid gemaakt tussen de standaard voor verplichtingen van bestuurders en RvC. In eerste instantie dient de term 'management' in § 93 paragraaf 1 AktG gelezen te worden in het licht van de wettelijke 'toezichthoudende' taken van de RvC. Ook wordt rekening gehouden met het parttime karakter van de taak van toezichthouder.[280]

Naar Landesgericht Bielefeld[281]: Door geen actie te ondernemen bij een vermoeden van illegale handelingen door het bestuur, ingevolge geruchten over een 'onzekere en onjuiste' gang van zaken welke essentieel kunnen zijn voor de voortgang van de vennootschap, is niet voldaan aan de zorgplicht van artikel § 116 jo § 93 paragraaf 1 zin 1 AktG.[282] Indien er aanwijzingen zijn dat het bestuur zijn informatieplicht niet nakomt, dient de RvC zich van goedkeuring van bestuursbesluiten te onthouden indien zij daarmee illegale bestuurshandelingen kunnen voorkomen.

De rechter gebruikt een 'mozaïek"-methode waarbij verschillende klachten, welke op zichzelf niet doorslaggevend zijn, worden samengevoegd, met als uitkomst dat de RvC niet langer had mogen stilzitten.[283]

Van de RvC wordt een actief toezicht houden gevergd. Enkel wanneer de RvC redelijkerwijs mochten aannemen dat zij handelden in het belang van de vennootschap, op basis van adequate informatie en een onafhankelijke beslissing maakten, zijn zij vrijgesteld van aansprakelijkheid.[284]

---

[279] § 93 AktG is van toepassing met uitzondering van paragraaf 2 zin 3, omtrent het eigen risico van de bestuurders van 10% van de schade tot ten hoogste een half maal de vaste jaarlijkse bezoldiging van de bestuurder indien een beroepsschadeverzekering is afgesloten.

[280] Lederer 2006, p. 1598-1599.

[281] Landesgericht Bielefeld 16 november 1999, *Zip* 2000, 20 ff.

[282] Daarbij had in deze casus de individuele toezichthouder de RvC dienen te informeren omtrent de hem ter oren gekomen geruchten: Overweging van het gerecht onder nr. 2.

[283] Annotatie H.P. Westermann bij Landesgericht Bielefeld 16 november 1999, *Zip* 2000, 20 ff.

[284] Zie bijvoorbeeld ook Oberlandesgerichthof Frankfurt am Main 18 november 2010, 5 U 110/08, waarin de RvC aansprakelijk wordt gesteld omdat zij een huurcontract mede ondertekenen zonder hier kritisch naar te hebben gekeken (ro.3).

5.2.3 Taakverdeling en aansprakelijkheid van niet uitvoerend bestuurders in het one-tier bestuursmodel naar Duits recht

5.2.3.1 Taakverdeling

Door de keuze voor het one-tier bestuursmodel in een Duitse SE is één orgaan, het bestuur (*Verwaltungsorgan*), gezamenlijk eindverantwoordelijk voor de uitvoerende en toezichthoudende taken.[285] Op grond van de dwingende bepaling van artikel 43 lid 1 SE-Vo zal ook een taakverdeling tussen de bestuurders, zoals beschreven onder 5.2.1.2, geen verschil maken in deze gezamenlijke verantwoordelijkheid (en eventueel daarop volgende aansprakelijkheid).[286]

Zoals uitgelegd in 5.1.2 dient het bestuur van de SE één of meer uitvoerend managers aan te stellen welke, onder verantwoordelijkheid van het Verwaltungsorgan, bevoegd zijn de vennootschap besturen en te vertegenwoordigen. Leden van het bestuur kunnen ook worden aangesteld als uitvoerend manager waardoor binnen het bestuur een scheiding tussen bestuur en toezicht wordt gemaakt zoals in beginsel bedoeld in artikel 43 lid 1 SE-Vo.

De niet uitvoerend bestuurders houden toezicht op de taakuitoefening van de uitvoerend managers. Hiervoor krijgen zij dezelfde bevoegdheden toegewezen als de RvC in het two-tier bestuursmodel.[287] Omdat het gehele bestuur eindverantwoordelijk is voor bestuur én toezicht, zal er intensiever toezicht worden gehouden dan door een RvC welke zelf niet verantwoordelijk is voor uitvoerende taken.[288] Indien de leden van het bestuur als uitvoerend manager wordt aangewezen, neemt elke bestuurder daarmee ook de verplichting op zich om wederzijds toezicht te houden op deze taakuitvoering.[289]

5.2.3.2 Aansprakelijkheid

§ 39 SEAG bepaalt dat § 93 AktG van toepassing is op de aansprakelijkheid van het bestuur. Daarmee is de *business judgment rule*, zoals behandeld in 5.2.1.1, van overeenkomstige toepassing.

---

[285] Artikel 43 lid 1 SE-Vo jo § 22 paragraaf 1 SEAG.
[286] Reichert & Brandes 2006, Art. 43, I.1., Rn. 3-5.
[287] Eberspächer 2010, SE-VO Art 51, IV.4., Rn. 21-24. Onder meer het informatierecht van § 22 paragraaf 4 en § 40 paragraaf 3 en 6 SEAG en de mogelijkheid tot toestemmingsvoorbehoud van § 48 SEAG.
[288] Het bestuur komt dan ook een instructie- en ontslagrecht ten opzichte van de uitvoerend managers toe, Eberspächer 2010, SE-VO Art 51, III., Rn. 8.
[289] Eberspächer 2010, SE-VO Art 43, 4., Rn. 23.

Belangrijker nog is de mogelijkheid tot een interne taakverdeling binnen het bestuur, waarbij een individuele bestuurder de volledige verantwoordelijkheid draagt voor de aan hem toegewezen taak (*Ressortverantwortung,* zie 5.2.1.2). Dit schept de mogelijkheid om de niet uitvoerend bestuurders te ontslaan van verantwoordelijkheid voor de uitvoering taken door hun medebestuurders, en ontstaat een taakgerichte aansprakelijkheid op grond van § 93 AktG.[290] Daarbij houdt het gehele bestuur wel de verantwoordelijkheid om toezicht te houden op de taakuitoefening van hun medebestuurders en de aangewezen uitvoerend managers.[291] Let wel dat er geen taakverdeling mogelijk is van taken welke wettelijk aan het gehele bestuur zijn toegewezen, zoals de informatie- en rapporteringverplichtingen en de boekhouding (zie 5.2.3.2).

Op grond van § 40 SEAG is § 93 AktG van overeenkomstige toepassing op de verantwoordelijkheid en zorgplicht van de uitvoerend managers.[292] Handelingen van een uitvoerend managers op grond van een instructie gegeven door het bestuur ontslaat de uitvoerend manager van interne aansprakelijkheid op grond van § 93 lid 2 AktG. Dit geldt ook voor een lid van het bestuur die tegelijkertijd uitvoerend manager is.[293] Eventuele goedkeuring van besluiten door het bestuur, ontslaat de uitvoerend managers niet van aansprakelijkheid.[294]

5.3 Uitwerking Duits recht op de casus van Schwandt/Berghuizer Papierfabriek

Hierboven is in 5.1 en 5.2 uitgelegd dat het Duitse one-tier bestuursmodel een aantal significante verschillen laat zien in vergelijking met het Nederlandse one-tier bestuursmodel zoals beschreven in Hoofdstuk 3. Ten eerste worden in het Duitse one-tier bestuursmodel uitvoerende taken door het bestuur toegewezen aan uitvoerend managers welke een apart orgaan, hiërarchisch ondergeschikt aan het bestuur, vormen. Het tweede verschil is de mogelijkheid tot taakverdeling en de daarbij behorende taakgerichte aansprakelijkheid.

Ik zal het gevolg van de hiervoor genoemde verschillen aantonen door een Nederlandse casus te behandelen naar Duits recht. Er zijn tot op heden, zowel naar Duits als naar Nederlands recht, nog geen uitspraken verschenen omtrent bestuurdersaansprakelijkheid binnen een one-

[290] Eberspächer 2010, SE-VO Art 51, I, Rn. 1-3, Reichter & Brandes 2006, Art. 51, III.3., Rn. 14-16, Birte Timm 2004, SEAG § 39 en Akbarian 2005, p. 190.
[291] Spindler 2010, AktG § 93 E.II.2.a, Rn 131-133 en Eberspächer 2010, SE-VO Art 38, III.1.f., Rn. 17-18.
[292] Ingevolge § 40 AktG is artikel § 93 AktG ook van toepassing op de uitvoerend managers.
[293] Reichert &Brandes 2006, Art. 51, III.3.b, Rn. 19-21.
[294] Een instructie gegeven door de Ondernemingsraad kan de uitvoerend managers wel van aansprakelijkheid ontheffen, § 310 lid 3 jo § 308 lid 2 AktG.

tier bestuursmodel. Ik zal daarom de uitspraak Schwandt/Berghuizer Papierfabriek[295] als betrof deze een one-tier bestuur behandelen.

a) Korte casusschets naar Nederlands recht

Een bestuurder van de NV heeft in strijd met een bepaling in de statuten, zonder toestemming van de RvC, aan derden optierechten verleend op aandelen die de NV in een andere vennootschap hield. De bestuurder voert onder meer aan dat de desinvestering een gering bedrag betrof en deze geen strategisch belang van BPF diende. De omstandigheid dat geen toestemming van de RvC is verkregen wordt door de Hoge Raad aangemerkt als een te maken ernstig verwijt van onbehoorlijke taakvervulling en vestigt aansprakelijkheid van de betreffende bestuurder op grond van artikel 2:9 BW.

Het verlenen van optierechten is in het one-tier bestuursmodel een taak en bevoegdheid van het uitvoerend bestuur en valt onder 'het besturen van de vennootschap' als bedoeld in artikel 2:129 lid 1 BW.[296] Indien een bestuurder aansprakelijk wordt gesteld op grond van artikel 2:9 BW, is elk lid van het bestuur, uitvoerend en niet uitvoerend, in beginsel hoofdelijk aansprakelijk (zie Hoofdstuk 4 paragraaf 1.2.1 b). Aan elke individuele bestuurder komt vervolgens de mogelijkheid toe zich te disculperen door aan te tonen dat hem geen ernstig verwijt kan worden gemaakt (zie Hoofdstuk 4 paragraaf 1.2.1 c). Zoals we hebben gezien is deze mogelijkheid tot disculpatie vrij beperkt.

b) Casus Schwandt/Berghuizer Papierfabriek naar Duits recht

Interne aansprakelijkheid van een bestuurder van een SE waarbij gekozen is voor het one-tier bestuursmodel wordt bepaald naar § 93 lid 2 AktG.[297] Het verlenen van opties is een taak en bevoegdheid welke zal worden toebedeeld aan een uitvoerend manager welke mogelijk tegelijkertijd lid is van het Verwaltungsorgan.[298] De uitvoerend managers kunnen door een taakverdeling de Ressortverantwortung voor het verlenen van opties hebben toegekend aan één uitvoerend manager.

[295] Hoge Raad 29 november 2002, *JOL* 2002, 195 (Schwandt/Berghuizer Papierfabriek).
[296] Onder de taak van uitvoerend bestuurders valt bijvoorbeeld het financiële beheer, inkoop en verkoop, het aansturen van een bepaald bedrijfsonderdeel of het personeelsbeleid, zie ook Hoofdstuk 3 in 3.1.1.3.
[297] Op grond van § 39 en 40 SEAG.
[298] Het verlenen van opties valt niet onder de algemene leiding van de vennootschap zoals deze toebehoort aan het niet uitvoerend bestuur of onder taken die wettelijk aan het bestuur zijn toegekend, *zie* 5.1.2.

Eerst zal naar de *business judgment rule* worden bepaald of de bestuurder, op grond van de informatie die hij op het moment van zijn handelen bezat, ervan uit mocht gaan dat hij handelde in het belang van de vennootschap (zie 5.2.1.1). Zoals gesteld in Schwandt/Berghuizer Papierfabriek was de betreffende bestuurder niet op de hoogte van de mogelijkheid dat derden een hogere prijs voor de optierechten zouden betalen.[299] Aan deze stelling zal een zwaarder ontlastend gewicht worden toegekend dan nu door de Nederlandse rechter werd gedaan.[300]

Stel dat de bestuurder op grond van § 93 lid 2 AktG aansprakelijk wordt bevonden voor de door de vennootschap geleden schade. De Ressortverantwortung brengt mee dat hij de individuele verantwoordelijkheid draagt voor zijn taakuitvoering (zie 5.2.1.2). Indien de overige uitvoerend managers voldoende toezicht hebben gehouden, zijn zij niet hoofdelijk aansprakelijk voor de taakuitoefening van hun collega.

De niet uitvoerend bestuurders zijn eindverantwoordelijk voor bestuur en toezicht.[301] Het verlenen van opties is, zoals hierboven vastgesteld, geen wettelijke toegewezen taak aan het Verwaltungsorgan.[302] Zij hebben wel de verantwoordelijkheid om voldoende toezicht op de taakuitvoering van de uitvoerend manager te houden. Indien het Verwaltungsorgan hieraan heeft voldaan zijn zij niet mede aansprakelijk voor de schending van de taak van de uitvoerend manager.

---

[299] Hoge Raad 29 november 2002, *JOL* 2002, 195 (Berghuizer Papierfabriek NV) onder Middel 2.

[300] Hoge Raad 29 november 2002, *JOL* 2002, 195 (Berghuizer Papierfabriek NV) ro. 3.4.5. De Nederlandse rechter zal zich houden bij een 'marginale toetsing', waarmee een objectieve redelijkheidstoets wordt bedoeld. De voorbereiding van een zakelijke afweging wordt wel ten volste getoetst waaruit geen terughoudende opstelling van de rechter blijkt, in: Assink 2008, paragraaf 14.

[301] Artikel 43 lid 1 SE-Vo jo § 22 lid 1 SEAG

[302] *Zie ook* voetnoot 237.

6. CONCLUSIE

In dit onderzoek is onderzocht welk gevolg de nieuwe regeling van het wetsvoorstel Bestuur en Toezicht met zich mee brengt met betrekking tot de aansprakelijkheid van de niet uitvoerend bestuurder van een Nederlandse SE of NV in het one-tier bestuursmodel. Het praktische verschil in taak en uitvoering hiervan door de RvC of niet uitvoerend bestuurders is uitgebreid beschreven.

Bestuurders van een statutair in Nederland gevestigde SE of NV zijn onderworpen aan de aansprakelijkheidsregeling van artikel 2:9 BW. Aanpassing van dit artikel met betrekking tot het one-tier bestuursmodel was bij de inwerkingtreding van de SE-Vo volgens de Nederlandse wetgever niet nodig. Dit is opmerkelijk te noemen gezien het substantiële verschil in de wettelijke toegekende taak aan RvC of niet uitvoerend bestuur. De hoofdtaak van het niet uitvoerend bestuur is het *algemeen besturen* van de vennootschap. Deze taak strekt verder dan 'toezicht houden op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken' zoals van de RvC wordt verlangd. Vooraf toezicht houden speelt een veel grotere rol: In het one-tier bestuursmodel dragen de uitvoerend en niet uitvoerend bestuurders gezamenlijk de verantwoordelijkheid voor het besturen van de vennootschap, inclusief het opstellen van het beleid en de strategie, zoals in het onderzoek genoemd "engaging" of zelfs "directing".
Daarnaast is er een zekere mate van verschil in de informatieverkrijging tussen de RvC en niet uitvoerend bestuurders waar te nemen. Het verschil zit in de hoeveelheid informatie, de aard van deze informatie en het tijdstip waarop het toezichthoudend orgaan deze tot zijn beschikking krijgt. De niet uitvoerend bestuurders zitten dichter op het uitvoerend bestuur en de informatie omtrent de gang van zaken binnen de vennootschap, en zullen dus eerder afweten van potentiële risico's en brandhaarden. Dit resulteert in een eerdere mogelijkheid en daarmee verantwoordelijkheid tot ingrijpen, hetgeen weer resulteert in een hoger risico tot aansprakelijkheid.
Het verschil tussen de taakuitvoering van een commissaris of niet uitvoerend bestuurder kan in de praktijk veel kleiner zijn door de feitelijke betrokkenheid die een commissaris of niet uitvoerend bestuurder laat zien. Indien een commissaris ervoor kiest om in zijn taakuitoefening meer betrokken te zijn dan wettelijk of statutair van hem wordt verwacht, zal hij daarvoor ook extra verantwoordelijkheid op zich dienen te nemen. Zijn risico op aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW wordt daarmee dus vergroot.

De Nederlandse wetgever erkent het verschil tussen de taak en uitvoering hiervan door RvC en niet uitvoerend bestuur en eventueel daaropvolgende aansprakelijkheid. Echter, het wetsvoorstel Bestuur en Toezicht brengt enkel een tekstuele verandering van artikel 2:9 BW. De door de Hoge Raad gebruikte formule, in dit onderzoek genoemd formule 3, blijft gelden. Ook de collectieve verantwoordelijkheid voor de bestuurstaak blijft onverminderd van toepassing. Aansprakelijkheid door onbehoorlijke taakvervulling van een medebestuurder in het one-tier bestuursmodel heeft daarmee in beginsel hoofdelijke aansprakelijkheid van het gehele bestuur tot gevolg. Daarna wordt pas toegekomen aan individuele disculpatie waarbij een eventueel gemaakte taakverdeling enkel een factor is en over het algemeen geen toereikende grond voor disculpatie op zichzelf. Het is aan de Nederlandse rechter om te beoordelen of een taakverdeling tussen uitvoerend en niet uitvoerend bestuurders in de regel wel voldoende grond voor disculpatie van aansprakelijkheid voor onbehoorlijk bestuur gaat opleveren.

Het lijkt mij op basis van de rechtszekerheid en het doel van het wetsvoorstel aan te bevelen om een kritische blik naar de regeling omtrent bestuurdersaansprakelijkheid van onze Duitse oosterburen te werpen. Ook het Duitse vennootschapsrecht kent het beginsel van collectief bestuur. Echter, een gemaakte taakverdeling binnen het bestuur zorgt voor een taakgerichte aansprakelijkheid. Aan disculpatie van hoofdelijke aansprakelijkheid wordt dan niet meer toegekomen, hetgeen een verlichting geeft voor de processuele bewijslast van de overige bestuurders. Aan de effectieve taakuitoefening van het bestuur wordt niet afgedaan door de verantwoordelijkheid van iedere bestuurder om toezicht te houden op zijn medebestuurders. Daarnaast geeft de geldende business judgment rule bestuurders meer handelingsvrijheid om voortvarend te kunnen ondernemen.

De nieuwe regeling van het wetsvoorstel Bestuur en Toezicht omtrent het one-tier bestuursmodel lijkt mij niet bedoeld als farce. Indien de Nederlandse wetgever ook daadwerkelijk het gebruik van het one-tier bestuursmodel wil stimuleren lijkt het mij zinvol om een mogelijkheid tot taakverdeling binnen het bestuur door te trekken naar de aansprakelijkheidsregeling. Door een taakgerichte aansprakelijkheid neer te leggen in artikel 2:9 BW weet een potentiële niet uitvoerend bestuurder precies waar zijn verantwoordelijkheid binnen de vennootschap ligt, en kan hij zich met een gerust hart toeleggen op de uitvoering van deze taak.

7. LITERATUURLIJST

7.1 Boeken

Akbarian 2005
L. Akbarian, *Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft – Societas Europaea*, Augsburg: J.P. Himmer 2005, p. 190.

Assink 2010
B.F. Assink, *De januskop van het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Assink 2007
B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag: binnen het vennootschapsrecht van Nederland en Delaware*, Deventer: Kluwer 2007.

Bartman 2005
S.M. Bartman, De SE: nuttig vehikel of speeltje voor juristen?, in: M.E. Koppenol-Laforce e.a., *De Europese vennootschap (SE) in de praktijk,* Deventer: Kluwer 2005,

Blanco Fernández 1993
J.M. Blanco Fernández, *De raad van commissarissen bij de NV en BV (*dissertatie Rijksuniversiteit Limburg te Maastricht), Deventer: Kluwer 1993.

Calkoen 2011
W.J.L. Calkoen, The One-Tier Board in the changing and converging world of corporate governance (A comparative study of boards in the UK, the US and the Netherlands) (dissertatie Erasmus universiteit Rotterdam), Erasmus Universiteit Rotterdam 2011.

Delfos-Roy 1997
Y.L.L.A.M. Delfos-Roy, *Informatieverstrekking en informatievergaring in het kader van de toezichthoudende en raadgevende taak van de Raad van Commissarissen*, Deventer: Kluwer 1997.

Van Dijk & Van Mierlo 2007
B. van Dijk & J. van Mierlo, *Bestuur onder vuur: de machtsstrijd om VNU,* Amsterdam: Business contact 2007.

Dortmond 2003
P.J. Dortmond, De one-tier board in een Nederlandse vennootschap, in: L.J. Hijmans van den Bergh e.a., *Nederlands ondernemingsrecht in grensoverschrijdend perspectief,* Deventer: Kluwer 2003.

Dumoulin 2004
S.H.M.A. Dumoulin, De one-tier board in het Nederlandse NV-recht, in: H.J. de Kluiver e.a., *De Europese Vennootschap (SE): preadvies van de Vereniging Handelsrecht,* Deventer: Kluwer 2004.

Glasz 1995
J. Glasz, *Praktijkboek commissaris*, Deventer: Kluwer 1995.

Glasz 1992
J.R. Glasz, *De commissaris - Aanbevolen gedragsregels*, Deventer: Kluwer 1992.

De Groot 2005
C. de Groot, Corporate Governance, in: M.E. Koppenol-Laforce e.a., *De Europese vennootschap (SE) in de praktijk*, Deventer: Kluwer 2005.

De Groot 2003
H. de Groot, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2003.

Van der Heijden & van der Grinten 1992
E.J.J. van der Heijden & W.C.L. van der Grinten, *Handboek voor de Naamloze en Besloten vennootschap*, Zwolle: Tjeenk Willink 1992, p. 475.

Huiskes 1993
C.R. Huiskes, *De Europese Vennootschap*, Zwolle: Tjeenk Willink 1993.

Huizink 1989
J.B. Huizink, Bestuurders van rechtspersonen, Deventer: Kluwer 1989.

Maassen & Van den Bosch 2011
G.F. Maassen & F.A.J. van den Bosch, Corporate Governance in internationaal perspectief, in S.C. Peij e.a., *Handboek Corporate Governance*, Deventer: Kluwer 2011.

J.A. van Manen & Jansman 2011
J.A. van Manen & A.J.E. Jansman, (Gewijzigde) rollen van commissarissen en bestuurders, in S.C. Peij e.a., *Handboek Corporate Governance*, Deventer: Kluwer 2011.

Van Manen & Jansma 2008
J.A. van Manen & A.J.E. Jansman, (Gewijzigde) rollen van bestuurders en commissarissen, in S.C. Peij e.a., *Handboek Corporate Governance*, Deventer: Kluwer 2008.

Peij 2011
S.C. Peij, Operationele processen van de Raad van Commissarissen: samenstelling, inrichting en werking, in S.C. Peij e.a., *Handboek Corporate Governance*, Deventer: Kluwer 2011.

Löwensteyn, Pitlo & Raaijmakers 1994
F.J.W. Löwensteyn, A. Pitlo & M.J.G.C. Raaijmakers, *Rechtspersonenrecht*, Gouda Quint 1994.

Van Schilfgaarde & Winter 2009
P. van Schilfgaarde & J. Winter, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2009.

Schuit 2010
S.R. Schuit, *The chairman makes or breaks the board*, Amsterdam: Gopher 2010.

Schuit 2003
S. Schuit, Verslag van de discussie, in: L.J. Hijmans van den Bergh e.a., *Nederlands Ondernemingsrecht in grensoverschrijdend perspectief,* Deventer: Kluwer 2003.

Schutte 1925
W.F.M. Schutte, Wet op de coöperatieve vereenigingen 1925: wet van den 28sten Mei 1925, S. 204, houdende nieuwe wettelijke regeling van de Coöperatieve Vereenigingen, Zwolle: Tjeenk Willink 1925.
Strik 2010
D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid 'Een maatpak voor de Board Room'* (dissertatie Erasmus Universiteit Rotterdam), Deventer: Kluwer 2010.

Strik 2009
D.A.M.H.W. Strik, in: B. Assink & D.AM.H.W. Strik, *Preadvies Vereeniging Handelsrecht, Ondernemingsbestuur en risicobeheersing op de drempel van een nieuw decennium: een ondernemingsrechtelijke analyse*, Deventer: Kluwer 2009.

Teichmann 2004
C. Teichmann, Germany, in: K. Oplustil & C. Teichmann, *The European Company – all over Europe*, Berlin: De Gruyter Recht 2004.

Timmerman 2009
L. Timmerman, De two tier-commissaris vergeleken met de one-tier-niet-uitvoerende bestuurder, in: M.J. Kroeze e.a., *Bestuur en toezicht*, Deventer: Kluwer 2009.

Van der Vossen 2007
G-J. van der Vossen, *Goed toezichthouderschap*, Den Haag: SDU 2007.

Wezeman 1998
J.B. Wezeman, Aansprakelijkheid van bestuurders (dissertatie Rijksuniversiteit Groningen), Deventer: Kluwer 1998.

7.2 Tijdschriftartikelen

Assink 2008
B.F. Assink, Kan de Delaware business judgment rule wat betekenen voor het Nederlandse vennootschapsrecht, specifiek het enquêterecht?, *Ondernemingsrecht* 2008, 66.

Beckman 2005
H. Beckman, Enkele losse gedachten bij en over commissaris, toezicht en controle, Ondernemingsrecht 2005, nr. 86

Biesheuvel-Hoitinga 2010
J. Biesheuvel-Hoitinga, De civielrechtelijke balansaansprakelijkheid van commissarissen bij beursvennootschappen, *ONDR* 2010, 142.

Den Boogert 2004
M.W. den Boogert, De raad van commissarissen onder de nieuwe corporate governance code, *Ondernemingsrecht* 2004, nr. 38.

Delfos-Roy 2005
Y.L.L.A.M. Delfos-Roy, De individuele commissaris en informatievergaring, *Ondernemingsrecht* 2005, nr. 178

Dortmond 2005
P.J. Dortmond, Delegatie binnen het toezichthoudend en het bestuurlijk orgaan, *Ondernemingsrecht* 2005, nr. 90.

Dortmond 2002
P.J. Dortmond, Over monistisch bestuur tijdens het congres 'Nederlands ondernemingsrecht in grensoverschrijdend perspectief, M.E. Honeé in *Ondernemingsrecht* 2002, nr. 38.

Dumoulin 2005
S.H.M.A. Dumoulin, De positie van niet-uitvoerend bestuurders in het monistische bestuursmodel, *Ondernemingsrecht* 2005, nr. 91.

Eden 2004
C.J. Eden, Die monistisch verfasste Societas Europaea - Überlegungen zur Umsetzung eines CEO-Modells, *NZG* 2004, nr. 544.

Van Es 2007
T.M.L. van Es, Het aansprakelijkheidsregime van non-executives in een one-tier bestuursstructuur, *V&O,* 2007, nr. 3.

Gehb 2005
J. Gehb, Haftungsfreistellung von Vorständen, ZRP 2005, nr. 145.

Hessels 2006
J.M. Hessels, in: S-J. Spanjaard, Congres 'Veranderingen in het commissariaat', *Ondernemingsrecht* 2006, nr. 32.

Holger Fleischer 2003
Holger Fleischer, Zum Grundsatz der Gesamtverantwortung im Aktienrecht, *NZG* 2003, 449.

Honeé 2004
Ch. E. Honeé, Reserves bij de corporate governance structuur van Shell?, *Ondernemingsrecht* 2004, aflevering 8.

Hopt & Leyens 2004
K. Hopt & P.C. Leyens, Board models in Europe – recent developments of internal corporate goverance structures in Germany, the United Kingdom, France and Italy, *ECFR* 2004, nr. 135.

Huybens 2009
J.H. Huybens, Wetsvoorstel bestuur en toezicht – Bouwstenen voor de praktijkjurist?, TVO 2009, 6

Jungmann 2008
C. Jungmann, Responsibility and liability of the management board, Summer school on European business law 2008, *Düsseldorf Law School*: 2008.

Jungmann 2006
C. Jungmann, The effectiveness of Corporate Governance in One-tier and Two-tier board systems, *ECFR* 2006, nr. 4.

Kalsbeek 2006
G.J.R. Kalsbeek, Bestuurdersaansprakelijkheid en bewijs; een verzwaarde motiveringsplicht voor bestuurders?, *O&F* 2006, nr. 71.

Kock 2004
M. Kock, Die zivilrechtliche Haftung von Vorständen für unternehmerische Entscheidungen - Die geplante Kodifizierung der Business Judgment Rule im Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts, *NZG* 2004, nr. 441.
Langman 1996
H. Langman, Boekbespreking Mr. J.R. Glasz, Enige beschouwingen over zinvol commissariaat (proefschrift), *WPNR* 1996, nr. 6208.

Lederer 2006
Philipp Lederer, A comparative analysis of the liability of non-executive directors in the UK and of members of the supervisory board in Germany, *European Business Law Review* 2006, Vol. 17, issue 6.

Manger 2010
R. Manger, Das Informationsrecht des Aufsichtsrats gegenüber dem Vorstand – Umfang und Grenzen, *NZG* 2010, nr. 1255.

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

Spanjaard 2006
S-J. Spanjaard, Ondernemingsrecht, Congres 'Veranderingen in het commissariaat', Ondernemingsrecht 2006, 32.

Spijksma 2011
J.A. Spijksma, Organisatie van intern toezicht en advies bij vennootschappen, *TOP* 2011, nr. 1.

Spitzbart 2006
B. Spitzbart, Die Europäische Aktiengesellschaft (Societas Europaea, SE) Aufbau der SE und Gründung, *RnotZ* 2006, nr. 369.

Strik 2009 (2)
D.A.M.H.W. Strik, Ernstige verwijtbaarheid: tussen onrechtmatigheid en toerekenbaarheid Over de 'inkleuring' van art. 6:162 BW door art. 2:9 BW, *Ondernemingsrecht* 2009, nr. 156

Strik 2003
D.A.M.H.W. Strik, Aansprakelijkheid van niet uitvoerend bestuurders: You cannot have your cake and eat it, *Ondernemingsrecht* 2003, nr.10.

Teichmann 2003
C. Teichmann, European Company – A challenge to academics, Legislatures and Practioners, *GLJ* 2003 vol 3, nr. 3.

Thamm 2008
R. Thamm, Die Organisationsautonomie der monistischen Societas Europaea bezüglich ihrer geschäftsführenden Direktoren, *NZG* 2008, nr. 132.

Van Veen 2004
W.J.M. van Veen, Het monistische stelsel en Uitvoeringswet SE, *WPNR* 2004, nr.6565.

VTOI 2011
Vereniging van Toezichthouders in onderwijsinstellingen, *Nieuws*, September 2011, nr. 28, p. 5.

Walla 2008
F. Walla, Corporate Governance in einer monistisch verfassten Societas Europaea deutscher Provenienz, *ZJS* 5/2008.

Wezeman 2009
J.B. Wezeman, Uitvoerende bestuurders en niet uitvoerende bestuurders van naamloze en besloten vennootschappen, *AA* 2009, nr. 01/10.

Winter 2001
J.W. Winter, De Europese vennootschap: besturen en toezicht houden in rangen en standen, *Ondernemingsrecht* 2001, nr. 195.

7.3 Wetscommentaren

Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2009
Asser/Maeijer 2-II* De naamloze en besloten vennootschap, Deventer: Kluwer 2009.

Beck 2004
C.H. Beck, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Auflage 2004.

Berte Timm 2004
Berte Timm, *Kommentar zum Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE),* Nomos - Erläuterungen zum Deutschen Bundesrecht, 2004.

Boschma & Schutte-Veenstra 2009
Boschma & Schutte-Veenstra, in: J.M. van Dijk e.a., *Tekst & Commentaar Ondernemingsrecht Effectenrecht*, Deventer: Kluwer 2009.

Eberspächer 2010
Eberspächer, *Spindler/Stilz Kommentar zum Aktiengesetz* Band 2 Verordnung (EG) Nr 2157/2001 des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), Auflage 2010.

Habersack 2008
W. Goete & M. Habersack, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Verlag C.H. Beck München 2008

Hüffer 2010
U. Hüffer, *Beck'sche Kurz-Kommentare Aktiengesetz*, Verlag C.H. Beck München 2010.

Huizink 2011
J.B. Huizink e.a., *Groene Serie Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 2011.

Reichert & Brandes 2006
Reichert & Brandes, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz EWG_VO_2157_2001,* Auflage 2006.

Spindler 2010
G. Spindler, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Verlag C.H. Beck München 2010.

7.4 Rapporten en onderzoeken

De Bos & Lückerath-Rovers 2010
A. de Bos & M. Lückerath-Rovers, *Nationaal commissarissen onderzoek 2010*, Erasmus Universiteit Rotterdam 2010.

De Bos & Lückerath-Rovers 2009
A. de Bos & M. Lückerath-Rovers, *Nationaal commissarissen onderzoek 2009*, Erasmus Universiteit Rotterdam 2009.

Gedragscode 2009
A. De Bos & M. Lückerath-Rovers, Gedragscode voor commissarissen en toezichthouders, Erasmus Instituut Toezicht & Compliance oktober 2009.

SER-advies Het functioneren en de toekomst van de structuurregeling 2001
Advies over het functioneren en de toekomst van de structuurregeling (advies van 19 januari 2001, 2001/2), Den Haag SER 2001

SER-advies Raden van Commissarissen structuurvennootschappen 1984
Advies betreffende de samenstelling van toezichthoudende organen van grote naamloze en besloten vennootschappen (advies van 13 april 1984, 1984/06), Den Haag SER 1984.

8. JURISPRUDENTIELIJST

Nederlandse rechter

Hoge Raad:

Hoge Raad 9 juli 2010, LJN: BM0976, *NJ* 2010, 544 (ASMI II).
Hoge Raad 20 juni 2008, *JOR* 2008, 260 (NOM/Willemsen)
Hoge Raad 13 juli 2007, LJN: BA7972, *NJ* 2007, 434 (ABN Amro).
Hoge Raad 2 maart 2007, *NJ* 2007, 240 (Holding Nutsbedrijf Westland)
Hoge Raad 8 april 2005, LJN: AS5010 (Laurus).
Hoge Raad 4 april 2003, *NJ* 2003, 538 (Skipper Club Charter/Jaarsma).
Hoge Raad 29 november 2002, *NJ* 2003, 455 (Schwandt/Berghuizer Papierfabriek).
Hoge Raad 10 december 1999, *NJ* 2000, 6 (Moonen/Prickartz q.q.).
Hoge Raad 11 juni 1999, *NJ* 1999, 586, r.o. 3.4 (Van Dooren q.q./Hendriks)
Hoge Raad 9 juli 1998, *NJ* 1998, 882 (Vie D'or).
Hoge Raad 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 (Staleman/Van de Ven).
Hoge Raad 28 juni 1996, *NJ* 1997, 58 (Bodam jachtservice).

Ondernemingskamer:

Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer), 13 maart 2003, *JOR* 2003, 85 (Corus).

Gerechtshoven:

Gerechtshof ’s-Gravenhage 26 april 2005, *JOR* 2005, 171 (Berntsen/Lampe)
Gerechtshof ’s-Gravenhage, 6 april 1999, *JOR* 1999, 142 (Verto/Drenth).
Gerechtshof ’s-Gravenhage 25 augustus 1998, *JOR* 1999, 60.

Lagere rechtspraak:

Rechtbank Utrecht 15 februari 2012, LJN: BV3753.
Rechtbank Arnhem 22 juni 2011, LJN: BR0169.
Rechtbank Rotterdam 14 juli 2010, *JOR* 2010, 336 (Hattink q.q./Anfodie).
Rechtbank Utrecht 12 december 2007, *JOR* 2008,10 (Ceteco).
Rechtbank Rotterdam 17 juni 1999, *JOR* 1999, 244 (Gispen/Coebergh).
Rechtbank Breda 1 mei 1990, *NJ* 1990, 740 (Tilburgsche hypotheekbank).

Duitse rechter

OLG Frankfurt am Main, 18 november 2010, 5 U 110/08, BeckRS 2010, 30178.
Bundesgerichtshof Zivilsenat 21 april 1997, ZR 175/95 (ARAG/Garmenbeck).

Landesgericht Bielefeld 16 november 1999, Zip 2000, 20 ff