

6 | Aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders: de juridische risico's van ondernemen

Jeroen Fleming

1. Inleiding

Aansprakelijkheid van bestuurders en degenen die toezicht (moeten) houden op het bestuur blijft een onderwerp in beweging, dat al in eerdere edities van dit jaarboek aan de orde is gekomen.¹

In deze bijdrage bespreek ik een aantal recente rechterlijke uitspraken op het terrein van bestuurdersaansprakelijkheid. Daarbij heb ik niet gestreefd naar een uitvoerige behandeling van de voor de vennootschapsrechtelijke specialist interessante juridische details, maar tracht ik om de relevante onderwerpen ook voor niet juridisch geschoolde lezers uit te lichten. Ik noem een aantal uitspraken van de gewone civiele rechter, maar ook relevante beschikkingen van de Ondernemingskamer. De enquêterechter gaat niet over bestuurdersaansprakelijkheid, maar zijn oordeel is zoals bekend een opstap voor een aansprakelijkheidsprocedure, waarin zijn overwegingen een vaak (zeer) grote rol spelen.

Ik vrees dat het Nederlandse ondernemingsrecht meer en meer geworden is tot een wetenschap die voor de niet-specialist nog nauwelijks te doorgronden is en ik kan mij voorstellen dat het voor degenen die met het onderwerp bestuurdersaansprakelijkheid worden geconfronteerd lastig is om regelgeving en jurisprudentie te vertalen naar de praktijk. Dat wringt in het bijzonder daar waar regelgeving en rechtspraak voor de persoonlijke (vermogens)positie van bestuurders en commissarissen vergaande gevolgen kunnen hebben. Daarnaast moeten bestuurders en commissarissen functioneren in een samenleving waarin pers en publieke opinie in gevallen waarin een onderneming in zwaar weer komt te verkeren vaak niet terugdeinzen voor stemmingmakerij, zonder dat men zich al te zeer om de juridische nuance lijkt te bekommeren. Derhalve zien we enerzijds een steeds verdergaande verfijning van de normen die op het functioneren van bestuurders en commissarissen van toepassing (zouden moeten) zijn en anderzijds een *umwelt* die

¹ D. Strik, 'Aansprakelijkheid van bestuurders voor falend risicomanagement', *Jaarboek Corporate Governance* 2011-2012, Y. Borrius, 'Taakverdeling en aansprakelijkheid binnen bestuur en raad van commissarissen' en E. Soerjatin, 'Rechterlijke toetsing van Corporate Governance', bijdragen *Jaarboek Corporate Governance* 2012-2013.

zeker sinds het begin van de recessie voor die verfijning ongevoelig lijkt. De positie van bestuurders en commissarissen die op bepaalde momenten van werkelijke ondernemingszin moeten blijken geven c.q. in bepaalde gevallen proactief toezicht moeten uitoefenen (en dat brengt nu eenmaal niet te vermijden risico's met zich) is weinig benijdenswaardig.

De uitspraken die in het volgende aan de orde zullen komen zien allen op aansprakelijkheid, maar de vorderingen die eisers hebben ingesteld kennen verschillende juridische grondslagen. Van groot belang is het onderscheid tussen interne aansprakelijkheid enerzijds en externe aansprakelijkheid anderzijds. Interne aansprakelijkheid is het gevolg van schending van de op bestuurders en commissarissen rustende inspanningsverbintenis zich in te zetten voor een behoorlijke uitoefening van hun taak. In geval van schending van deze inspanningsverbintenis, die is vastgelegd in art. 2:9 BW, kan de rechtspersoon (of in geval van faillissement de curator) de bestuurder of commissaris aansprakelijk stellen voor de door de rechtspersoon geleden schade. Externe aansprakelijkheid kan verschillende vormen aannemen: ik noem slechts aansprakelijkheid jegens de boedel van de gefailleerde vennootschap op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur of toezicht (art. 2:138/2:248 BW) of aansprakelijkheid jegens derden op grond van onrechtmatige daad. In paragraaf 1 behandel ik een uitspraak van de Hoge Raad ('Spaanse Villa'), waar de aansprakelijkheid van een bestuurder werd gegrond op onrechtmatig handelen jegens een derde. In paragraaf 2 (waarin een tweetal uitspraken inzake de Maastrichtse woningcorporatie Servatius centraal staat) betref de rechtsgrond voor aansprakelijkheid van de bestuurder jegens een stichting art. 2:9 BW. Toezichthouders werden aansprakelijk gesteld op grond van onrechtmatig handelen, zulks bij gebreke van de mogelijkheid hen als toezichthouders bij een stichting uit hoofde van art. 2:9 aansprakelijk te stellen. De belangrijkste grondslag voor de bestuurders en commissarissen van Landis betref de externe aansprakelijkheid uit hoofde van art. 2:138 BW, welke uitspraak in paragraaf 3 wordt behandeld. Paragraaf 4 (de beschikking van de Ondernemingskamer inzake Van der Moolen) ziet niet op bestuurdersaansprakelijkheid, maar op het oordeel dat van wanbeleid sprake is geweest. Ik sluit in paragraaf 5 af met enkele observaties over het belang van goede verslaggeving voor een deugdelijk verweer in het kader van aansprakelijkheids- en enquêteprocedures.

Ik koester – vanzelfsprekend – niet de illusie dat deze bijdrage geschetste onzekerheden en onduidelijkheden wegneemt. Ik hoop echter dat het volgende stof tot nadenken vormt en het bestuurders en commissarissen handvatten voor de praktijk kan bieden.

2. Het Spaanse Villa-arrest: de oplichter wordt niet beschermd

De eerste uitspraak die ik behandel is een arrest van de Hoge Raad dat bekendheid heeft gekregen als het 'Spaanse Villa'-arrest.² Dit arrest heeft in juridisch

² HR 23 november 2012, *NJ* 2013/302, m.nt. Van Schilfgaarde, *JOR* 2013/40, m.nt. Van Andel en Rutten.

Nederland de nodige beroering (en deels ook verwarring) teweeggebracht en is een voorbeeld van 'rechtersrecht': een vergaande precisering van het ooit in de rechtspraak ontwikkelde criterium voor persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen jegens crediteuren van de vennootschap, een voorbeeld van zogenaamde externe aansprakelijkheid.

Dat criterium laat zich als volgt samenvatten. Gedragingen van een bestuurder van een vennootschap hebben in het maatschappelijk verkeer te gelden als gedragingen van die vennootschap. Indien een derde waarmee de vennootschap in een bepaalde relatie staat door handelen van of nalaten door de vennootschap schade lijdt, dan kan de handelende (dan wel nalatige) bestuurder slechts naast de vennootschap uit hoofde van onrechtmatige daad jegens een derde aansprakelijk zijn indien hem, de bestuurder, (persoonlijk) een voldoende ernstig verwijt van zijn handelen (of nalaten) kan worden gemaakt, zulks mede in het licht van zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening. Voor dit laatste geldt als leidraad dat de bestuurder zijn werkzaamheden dient te verrichten in het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Dat brengt met zich dat de rechter dient na te gaan in hoeverre de bestuurder een voldoende ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt van het feit dat de vennootschap jegens de derde onrechtmatig heeft gehandeld dan wel jegens een wederpartij toerekenbaar tekort is geschoten met als gevolg dat deze wederpartij daardoor schade heeft geleden (waarvoor de bestuurder dan naast de vennootschap aansprakelijk is).

Deze rechtsregel heeft aanleiding gegeven tot een groot aantal uitspraken, waarin de rechter telkens aan de hand van de feiten van het geval de norm van de behoorlijke taakuitoefening inkleurt en antwoord geeft op de vraag of de bestuurder naast de rechtspersoon op grond van alle omstandigheden van het geval een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt van het handelen of nalaten. Uitgangspunt van deze aansprakelijkheidsdrempel is telkens dat een bestuurder niet al te lichtvaardig mag worden verweten dat de vennootschap tekortgeschoten is, al kan men van mening verschillen over de vraag of de rechter ook altijd aan dat uitgangspunt recht doet. Bij de 'gewone' onrechtmatige daad geldt dat het handelen van degene die onrechtmatig heeft gehandeld deze persoon moet kunnen worden verweten, zonder dat sprake hoeft te zijn van een voldoende ernstig verwijt. De drempel is in dat geval dus lager.

Terug naar het Spaanse Villa-arrest. Een ouder Nederlands echtpaar is op zoek naar een vakantiehuis aan de Spaanse kust en treedt daartoe in contact met een Nederlandse makelaar die actief is op de toen nog florerende Spaanse onroerend-goedmarkt. Deze makelaar – die tevens bestuurder was van een makelaardij gedreven in de vorm van een Nederlandse BV – vervult voor het echtpaar een deels adviserende en deels bemiddelende rol. Door zijn bemiddeling komt uiteindelijk de verkoop van een half afgebouwde vakantievilla aan het echtpaar tot stand. Wat het echtpaar echter niet weet – maar de makelaar wel – is dat de villa niet alleen in strijd met de toepasselijke regelgeving is gebouwd (en dat komt in

Spanje vaker voor), maar tevens door de autoriteiten is getroffen door een afbraakplicht. Nadat de nieuwe eigenaars vernemen dat hun villa moet worden afgebroken, spreken zij zowel de vennootschap als de makelaar aan tot vergoeding van het betaalde deel van de koopsom.

De Hoge Raad oordeelt dat de makelaar uit hoofde van onrechtmatige daad jegens het echtpaar aansprakelijk is, omdat hij heeft gehandeld in strijd met een op hem persoonlijk rustende zorgvuldigheidsverplichting richting het echtpaar: hij had het echtpaar volledig moeten informeren over de juridische status van de vakantievilla.

In dit geval gelden volgens de Hoge Raad derhalve de gewone regels van onrechtmatige daad. Het toe te passen criterium voor aansprakelijkheid van de makelaar ziet niet op de vraag of hem *als bestuurder* het ernstig persoonlijke verwijt kan worden gemaakt dat door zijn onbehoorlijke taakuitoefening de makelaardij in strijd heeft gehandeld met een op haar rustende zorgvuldigheidsverplichting jegens het echtpaar. Het toe te passen criterium ziet op een lagere drempel van aansprakelijkheid: kan zijn handelen c.q. nalaten hem worden verweten?

Deze uitspraak heeft geleid tot de vraag of de Hoge Raad heeft willen afdoen aan de bescherming die bestuurders geboden wordt door de toets van het ernstig persoonlijk verwijt in bepaalde gevallen te vervangen door de ‘lichtere’ toets van de ‘gewone’ verwijtbaarheid in het geval van de gewone onrechtmatige daad. Met andere woorden: leidt dit arrest ertoe dat bestuurders in de toekomst – naast de vennootschap – eerder aansprakelijk jegens derden zullen worden geacht?

Het antwoord op deze vraag is na bestudering van de relevante rechtsoverwegingen uit het arrest niet eenvoudig te geven, al was het maar omdat de Hoge Raad er zelf eigenlijk het zwijgen toedoet. Dat heeft aanleiding gevormd voor een intensief debat in de literatuur, dat ik hier verder onbesproken laat, maar waarvan de conclusie uiteindelijk is dat er geen reden is voor grote zorg.³ Weliswaar oordeelt de Hoge Raad dat in het geval van de makelaar niet vereist is dat hem een ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt, maar daarbij moeten de bijzondere omstandigheden van het geval voor ogen worden gehouden. De rechter heeft nagegaan welke relatie op de voorgrond heeft gestaan: die tussen het echtpaar en de makelaar of die tussen het echtpaar en de makelaardij en betreft in zijn overwegingen alle relevante omstandigheden van het geval. In dit geval speelde bijvoorbeeld een rol het ontbreken van een bemiddelingsovereenkomst tussen de makelaardij en het echtpaar: het eerste contact met de makelaar was weliswaar via

3 Zie bijvoorbeeld: M. Kroeze, ‘Bestuurdersaansprakelijkheid of eigen onrechtmatige daad’, *Ondernemingsrecht* 2013/47; J. van Bekkum, ‘Hoge raad vergroot risico aansprakelijkheid bestuurders voor gewone zakelijke risico’s’, *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2013/17; M. Stolp, ‘Enkele belangrijke aspecten van bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 nader belicht’, *NJB* 2013/1344, afl. 22; F. Verstijlen, ‘Van bestuurders, onrecht en verwijtbaarheid’, *NJB* 2013/551, afl. 11; P.D. Olden, ‘Voordracht Ondernemingsrecht’, *Ondernemingsrecht* 2013/81, afl. 12; J.H.M. Willems, ‘De barbier van Sevilla: uitdijende bestuurdersaansprakelijkheid volgens Paul Olden’, *Ondernemingsrecht* 2013/82.

de makelaardij tot stand gekomen, maar uiteindelijk trad de makelaar zelf als (professioneel) bemiddelaar en adviseur op de voorgrond en niet als bestuurder van de makelaardij. Met andere woorden: de makelaardij BV speelde in het kader van de activiteiten van de makelaar geen rol van betekenis. Tussen de makelaar en het echtpaar ontwikkelde zich een bijzondere vertrouwensband en het was uiteindelijk de makelaar zelf – en niet primair de makelaardij BV – die het opgebouwde vertrouwen op grove wijze heeft beschaamd. De makelaar heeft de op hem als adviseur en bemiddelaar rustende verplichting het echtpaar zorgvuldig en deskundig bij te staan zelfstandig, en niet in het kader van zijn taakvervulling als bestuurder van de vennootschap geschonden.

Ik geef toe: de grenzen (wanneer handelt de aansprakelijk gestelde persoon primair als bestuurder en wanneer is dat niet het geval) zullen niet altijd even duidelijk te trekken zijn. Maar voor een bestuurder is er geen reden tot zorg wanneer de bestuurder ten minste de indruk vermijdt dat hij niet als bestuurder namens de vennootschap optreedt, maar dat hij naast de vennootschap een eigen, min of meer zelfstandige rol speelt, die niet meer kan worden gezien als onderdeel van zijn taakvervulling als bestuurder. En ten slotte: de feiten in het Spaanse Villa-arrest zijn voldoende om hard over het handelen van de makelaar te oordelen. In de kern is sprake geweest van ordinaire oplichting van een echtpaar dat volledig op de makelaar vertrouwde en ook – door zijn eigen optreden – in een vreemde jurisdictie van de makelaar afhankelijk was geworden. Dat zal de makelaar bij zijn verweer niet hebben geholpen en verklaart wellicht ook deels dit harde oordeel over zijn optreden, waarbij de bescherming van het ernstig persoonlijk verwijt-criterium hem niet langer toekomt. Overigens: aangenomen mag worden dat ook wanneer zijn handelen zou zijn beoordeeld in het kader van zijn taakvervulling, de feiten de rechter voldoende aanknopingspunten zouden bieden om tot het oordeel te komen dat het handelen/nalaten van de makelaar hem in voldoende mate ernstig kon worden verweten.

3. **Woningbouwcorporatie Servatius: een overmaat aan ambitie**

Dan nu een geval van interne aansprakelijkheid van een bestuurder.⁴ In deze uitspraak spreekt een stichting de voormalige bestuurder aan voor de door de stichting geleden schade die het gevolg is van schending door de bestuurder van zijn verplichting om zijn taak behoorlijk te vervullen (art. 2:9 BW). Deze vordering kan slechts door de rechtspersoon zelf of in geval van faillissement door de curator worden ingesteld. Ook in het geval van interne aansprakelijkheid geldt de verzwaarde norm van het ernstig persoonlijk verwijt.

Woningstichting Servatius, een Maastrichtse woningcorporatie, werd benaderd met het verzoek een plan te maken voor huisvesting van studenten aan de Universiteit Maastricht. Al snel werd het project uitgebreid met sportfaciliteiten en kantoorruimte.

4 Rb. Oost-Brabant 20 november 2013, *JOR* 2014/90, m.nt. Borrius.

Omdat de ontwikkeling van sportfaciliteiten en kantoorruimte niet tot de kerntaken van Servatius behoorde, legde Servatius het voornemen voor de ontwikkeling van het project conform de relevante regelgeving ter goedkeuring aan de verantwoordelijk minister, die de goedkeuring voorwaardelijk verleende. De minister wenste dat de financiële risico's verbonden aan het campusproject voor Servatius voorzienbaar en daarmee beheersbaar zouden zijn, zodat haar kerntaken (de bouw en verhuur van sociale huurwoningen) door het campusproject niet in gevaar zouden kunnen komen. Zo diende bijvoorbeeld financiële deelname van Servatius in de vennootschap die de sportfaciliteiten en de kantoorruimte voor haar rekening zou nemen tot een bepaald bedrag beperkt te zijn en diende Servatius in het kader van de bouw en ontwikkeling van het project geen garanties ten behoeve van derden af te geven.

Dat doet de enig bestuurder van Servatius in strijd met de door de minister gestelde voorwaarde – en zonder de statutair vereiste goedkeuring van de raad van toezicht – echter wel, en dan ook nog eens op een moment dat nog onzekerheid bestond over de financiële haalbaarheid van het project. De bestuurder werd ontslagen. Het project bleek niet langer haalbaar en werd stopgezet. Servatius spreekt voor de schade die hierdoor is geleden onder meer de bestuurder aan op grond van onbehoorlijke taakvervulling.

3.1 *Servatius: het belang van een contractueel overeengekomen kwijting*

De bestuurder verweert zich met een beroep op twee formele gronden. In de eerste plaats beroept hij zich op de hem verleende decharge bij het vaststellen van de jaarrekening. De jaarlijkse decharge komt tot stand door een besluit van het orgaan dat de jaarrekening vaststelt en behelst afstand van het recht om bestuurders aansprakelijk te stellen voor het door hen gevoerde beleid (lees: op grond van onbehoorlijke taakvervulling). Decharge strekt dan slechts tot hetgeen uit de jaarrekening blijkt of anderszins is bekendgemaakt aan het orgaan dat decharge verleent voordat dit orgaan het besluit tot het verlenen van decharge neemt. Periodieke decharge bij het vaststellen van de jaarrekening staat derhalve aan aansprakelijkheid voor zaken die niet uit de jaarrekening blijken of anderszins niet aan de algemene vergadering bekend zijn gemaakt, niet in de weg.

Ten tweede betoogt de bestuurder dat hij met Servatius ter gelegenheid van zijn ontslag een vaststellingsovereenkomst heeft gesloten waarin is bepaald dat partijen niets meer van elkaar te vorderen hebben uit hoofde van de arbeidsovereenkomst c.q. de beëindiging daarvan noch anderszins, en waarin zij elkaar over en weer finale kwijting verlenen. De bestuurder beroept zich op de taalkundige betekenis van 'noch anderszins' en stelt dat deze woorden met zich brengen dat Servatius daarmee niet alleen afstand heeft gedaan van vorderingen uit hoofde van de arbeidsrechtelijke relatie met de bestuurder, maar ook van vorderingen die zien op aansprakelijkheid van de bestuurder jegens Servatius.

De rechtbank dient zich derhalve te buigen over de uitleg van de desbetreffende bepaling uit de vaststellingsovereenkomst en past de zogenaamde Haviltex-maatstaf toe: bij de uitleg van overeenkomsten staat voorop wat partijen over en weer redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, waarbij de taalkundige uitleg een belangrijke rol speelt en een steeds belangrijkere rol gaat spelen naarmate partijen meer deskundig zijn (en zich bijvoorbeeld door juristen hebben laten bijstaan). Bij de uitleg van de vaststellingsovereenkomst hecht de rechtbank belang aan een aantal omstandigheden: (i) de inhoud van de overeenkomst richt zich uitsluitend op de beëindiging van de arbeidsrechtelijke relatie tussen de bestuurder als werknemer en Servatius als werkgever; (ii) over de beëindiging van de vennootschapsrechtelijke rechtsbetrekking is tijdens de discussies die aan ondertekening zijn voorafgegaan niet gesproken en daarvan wordt in de tekst van de vaststellingsovereenkomst ook niet gerept; (iii) uit de besluitvorming van de raad van toezicht (het orgaan dat het ontslagbesluit heeft genomen en dat heeft ingestemd met de uiteindelijke versie van de vaststellingsovereenkomst) blijkt niet dat aandacht aan beëindiging van de vennootschapsrechtelijke rechtsbetrekking is besteed. Op grond van deze omstandigheden oordeelt de rechtbank dat de bestuurder in redelijkheid er niet op mocht vertrouwen dat hem als bestuurder (anders dan aan hem als werknemer) kwijting was verleend.

Dit oordeel van de rechtbank (dat past in de lijn van de bestaande jurisprudentie) brengt met zich dat de bestuurder die afscheid wenst te nemen (of gedwongen wordt afscheid te nemen) en die er zeker van wil zijn dat hij achteraf niet alsnog aangesproken kan worden door de rechtspersoon als blijkt dat de rechtspersoon schade heeft geleden door onbehoorlijke taakvervulling, niet mag vertrouwen op algemene formuleringen met een min of meer standaardkarakter opgenomen in een vaststellingsovereenkomst waarin de aan zijn vertrek verbonden voorwaarden worden vastgelegd. De rechter zal bij de uitleg van dergelijke ogenschijnlijk allesomvattende bepalingen telkens aan de omstandigheden van het geval nagaan of de bestuurder redelijkerwijs mocht verwachten dat de verleende kwijting alle mogelijke (toekomstige) vorderingen van de rechtspersoon omvat.

Terug naar Servatius: de bestuurder zou er verstandig aan hebben gedaan om in de vaststellingsovereenkomst duidelijk benoemde mogelijke vorderingen van Servatius uit hoofde van onbehoorlijke taakvervulling op te nemen en daarvoor kwijting overeen te komen, zeker ook omdat het ontslagbesluit juist was ingegeven door de problemen rondom het campusproject. Uit de feiten blijkt niet duidelijk in welke mate partijen zich ten tijde van de totstandkoming van de vaststellingsovereenkomst bewust waren van de (volle) omvang van de gevolgen van het door de bestuurder gevoerde beleid. De bestuurder heeft echter hierover niets aangevoerd. Een andere optie: benoem het specifieke probleem tijdens de onderhandelingen en zorg voor een trackrecord (correspondentie, notulen), zodat – onweersproken – vastligt dat de algemene bepaling ook ziet op de vennootschapsrechtelijke rechtsbetrekking. Ik plaats daarbij de kanttekening dat wat ook de strekking van de kwijting is, de bestuurder die bijvoorbeeld feiten en omstandigheden voor de rechtspersoon heeft

achtergehouden waarop een latere vordering van de rechtspersoon is gebaseerd, een beroep op de contractueel overeengekomen kwijting niet zal toekomen. Overigens dient aan de andere kant degene die namens de rechtspersoon een dergelijke vaststellingsovereenkomst aangaat zich te beraden in hoeverre het aangaan van deze vaststellingsovereenkomst in het belang van de rechtspersoon is. Ook dat handelen kan immers weer eventueel door een rechter getoetst worden.

3.2 *Servatius: het handelen van de bestuurder*

De rechtbank beoordeelt vervolgens het opreden van de bestuurder inhoudelijk en hecht daarbij groot belang aan het feit dat de bestuurder door het afgeven van de garanties heeft gehandeld in strijd met de door de minister gegeven aanwijzingen en in strijd met de statuten van Servatius voor deze afgifte geen onvoorwaardelijke goedkeuring heeft verkregen, met als gevolg onaanvaardbare financiële risico's voor Servatius. Dit zijn naar het oordeel van de rechtbank zwaarwegende omstandigheden die in beginsel aansprakelijkheid vestigen. Het is vervolgens aan de bestuurder om feiten en omstandigheden te stellen die hem van een onbehoorlijke taakvervulling vrijpleiten. De bestuurder voert ter disculpatie het nodige aan, maar slaagt er niet in de rechtbank te overtuigen.

De rechtbank verwijst in haar motivering naar een eerder door de Hoge Raad gewezen arrest inzake Berghuizer Papier:⁵ een schending van statutaire bepalingen die de vennootschap beogen te beschermen brengt in beginsel aansprakelijkheid met zich. Ik zeg dan ook niets nieuws wanneer ik daarom benadruk dat naleving van bijvoorbeeld interne goedkeuringsprocedures voor een bestuurder ter vermijding van aansprakelijkheid van het grootste belang is en dat een bestuurder er nauwgezet op dient toe te zien dat in het geval van een voorwaardelijk verkregen goedkeuring van een voorgenomen besluit voordat het voorwaardelijk goedgekeurde besluit wordt uitgevoerd, de voorwaarden volledig zijn vervuld. Daarbij is van belang dat de voorwaarden die aan de goedkeuring zijn verbonden voldoende duidelijk zijn omschreven en niet voor meerderlei uitleg vatbaar zijn en naar behoren door het goedkeurende orgaan zelf vastgesteld. Voorts verdient het vanzelfsprekend aanbeveling om in geval van twijfel aan de vervulling van de voorwaarden het goedkeurende orgaan ten minste opnieuw daarover te informeren.

3.3 *Servatius: de rol van de toezichthouder*

Niet alleen de bestuurder van Servatius lag onder vuur. Ook de (voormalige) leden van de raad van toezicht van Servatius werden door Servatius aansprakelijk gesteld. Over deze aansprakelijkheid heeft de rechtbank zich in een later vonnis uitgelaten.⁶

⁵ HR 29 november 2002, *JOR* 2003/3, m.nt. Bartman.

⁶ Rb. Oost-Brabant, 26 februari 2014, *JOR* 2014/216, m.nt. Verboom.

Aansprakelijkheid jegens de rechtspersoon van toezichhouders bij een stichting kent (nog) geen wettelijke grondslag,⁷ maar kan wel stoelen op onrechtmatige daad. Daarbij geldt ook voor een toezichthouder van een stichting dat hij eerst aansprakelijk is wanneer hem in persoon een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt voor het falend toezicht. De toezichthouders komen er in dit geval beter vanaf dan de bestuurder: de leden van de raad van toezicht hebben volgens de rechtbank niet onverantwoord gehandeld of gehandeld in strijd met hoe ieder redelijk denkend toezichthouder zou hebben gehandeld.

De rechtbank vult de rol van een toezichthouder bij een woningcorporatie in door te overwegen dat Servatius een bijzonder type stichting betreft, met een wettelijk omschreven taak op het gebied van de volkshuisvesting. Het project in kwestie viel buiten deze wettelijke kerntaak en verdiende alleen al om die reden de bijzondere aandacht van de toezichthouders. Dit gold temeer, omdat het campusproject niet alleen veelomvattend was, maar ook verstrekkende financiële risico's kende. De risico's verdienden nog meer aandacht omdat Servatius met de commerciële aspecten van het project in het verleden nauwelijks ervaring had opgedaan. Kortom, een dergelijk atypisch project met een belangrijk financieel risico vergt intensieve betrokkenheid en een extra kritisch toezicht van de toezichthouders. Dat werd in het geval van Servatius alleen nog maar versterkt doordat de bestuurder in het verleden niet altijd de interne regels naar behoren had nageleefd en al eerder wat al te voortvarend te werk was gegaan. De rechtbank formuleert derhalve omstandigheden die met zich brengen dat toezichthouders van een non-profitorganisatie meer alert moeten zijn bij de uitoefening van hun taken. Dat brengt voor een toezichthouder de noodzaak met zich om de concrete invulling van zijn taken aan te passen aan de (bijzondere) omstandigheden van het geval.

Ondanks de bijzondere omstandigheden oordeelt de rechtbank dat de toezichthouders niet in hun taakvervulling tekort zijn geschoten en derhalve niet jegens Servatius onrechtmatig hebben gehandeld. De raad van toezicht heeft op een serieuze wijze invulling gegeven aan zijn toezichthoudende taak, ook al had een strenger toezicht het onbehoorlijk handelen van de bestuurder wellicht kunnen voorkomen. Dit levert echter nog niet onbehoorlijke taakvervulling op waarvan de toezichthouders een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

De rechtbank hecht er in het bijzonder veel waarde aan dat de raad van toezicht extern advies over het campusproject had ingewonnen, veel kritische vragen had gesteld aan de bestuurder, regelmatig zorgen over het campus project had geuit, de nadruk had gelegd op het belang van afdwingbare huurcontracten zodat de exploitatie van het campus project rendabel zou zijn en aan de voortgang van het project voorwaarden had gesteld. Toezichthouders slagen er niet in de rechtbank ervan te overtuigen dat hun besluit om goedkeuring te verlenen met betrekking tot het afgeven van de garanties paste binnen de grenzen die de minister had gesteld.

7 Voorontwerp Wet bestuur en toezicht rechtspersonen; zie bijvoorbeeld Dortmund, *Ondernemingsrecht* 2014/60.

Daarbij speelt de uitleg van de notulen van de vergadering waarin het besluit werd genomen een belangrijke rol. De rechtbank is van oordeel dat de uitleg die toezichthouders geven aan het relevante deel van notulen (waarin het goedkeuringsbesluit werd verwoord) niet helder is. Tegelijkertijd heeft de raad van toezicht tijdens de bewuste vergadering wel aangegeven dat aan de voorwaarden van de minister onverkort de hand moest worden gegeven: dat redt de toezichthouders, ook al is het besluit zelf niet naar behoren geformuleerd. In het laatste onderdeel van dit hoofdstuk ga ik nog verder in op het belang van helder geformuleerde notulen.

3.4 *Servatius: de aansprakelijkheidsverzekering*

De uitspraak van de rechtbank bevat een aantal overwegingen die interessant zijn in het kader van de aansprakelijkheidsverzekering voor bestuurders en toezichthouders. De door Servatius ten behoeve van de bestuurder en toezichthouders afgesloten verzekering bood dekking voor schade en kosten van verweer. Voorafgaand aan de aansprakelijkheidsprocedure had Servatius onder de verzekeraar beslag gelegd op alle rechten van de bestuurder en toezichthouders uit hoofde van de polis. Het gevolg hiervan was dat de verzekeraar de kosten van juridische bijstand niet langer vergoedde. De rechtbank heft het beslag echter gedeeltelijk op. Het belang van Servatius bij het voorkomen dat de hoogte van de dekking door de kosten van verweer wordt aangetast weegt minder zwaar dan het belang van verzekerden om zich te beroepen op de dekking ter zake de kosten van verweer. De rechtbank neemt daarbij aan dat de verzekering is afgesloten ter bescherming van de bestuurder en de toezichthouders en niet, althans niet in de eerste plaats, om aan Servatius verhaalsmogelijkheden te bieden in geval van aansprakelijkheid van de verzekerden jegens Servatius.

4. Landis

Zoals gezegd, hechte de rechtbank in het geval van Servatius veel belang aan de inwinning van informatie door de raad van toezicht en aan het stellen van kritische vragen door de toezichthouders. Daaraan schortte het in de Landis-zaak. De Ondernemingskamer⁸ heeft reeds bij de ICT-onderneming in de eerder aanhangig gemaakte enquêteprocedure wanbeleid vastgesteld en uitgemaakt wie voor dit wanbeleid aansprakelijk moest worden geacht: de bestuurder en commissarissen. In de daaropvolgende aansprakelijkheidsprocedure zijn de bestuurders en commissarissen van Landis door haar curatoren persoonlijk aangesproken. De overwegingen van de rechtbank zijn op belangrijke onderdelen gelijk aan eerdere overwegingen van de Ondernemingskamer en vormen de grondslag voor het oordeel van de rechtbank dat de bestuurder en commissarissen aansprakelijk zijn. Daarmee vormt het vonnis van de rechtbank een sprekend voorbeeld van het belang van het oordeel

⁸ OK 15 december 2011, *JOR* 2012/77, m.nt. Ouweland.

dat sprake is geweest van wanbeleid en de voor dat wanbeleid verantwoordelijke personen in de daaropvolgende aansprakelijkheidsprocedure.⁹

De rechtbank gaat zeer uitvoerig in op de feiten die aan de deconfiture van Landis vooraf zijn gegaan. Ik noem bijvoorbeeld de explosieve groei die Landis in de vier jaar voorafgaand aan haar faillissement had doorgemaakt. Deze groei werd voornamelijk mogelijk gemaakt door een zeer ambitieus overnamebeleid, waaronder de overname van Detron, een Nederlands beursgenoteerd detacheringsbedrijf dat meer werknemers had dan Landis zelf. Bestuurders en commissarissen hebben echter nagelaten erop toe te zien dat Landis ook na deze overname nog zou voldoen aan de relevante solvabiliteitseisen, waardoor volgens de rechtbank onverantwoorde risico's werden genomen en de eigen vermogensbuffer van Landis onvoldoende was. Dat bleek ook toen bij tegenwind (mede het gevolg van de economische ontwikkelingen in 2001 en 2002) Landis niet meer aan haar verplichtingen kon voldoen en failliet werd verklaard.

4.1 Landis: kennelijk onbehoorlijk bestuur in faillissement

De vorderingen van curatoren zijn deels gegrond op art. 2:138 BW: de aansprakelijkheid van bestuurders/commissarissen jegens de boedel in het geval van faillissement van de vennootschap wanneer het bestuur (of een bestuurder) zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en dit kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Kennelijk onbehoorlijke taakvervulling uit zich steeds in ernstige onverantwoordelijkheid, verwijtbare nalatigheid, onbezonnenheid, roekeloosheid, of schrijnende onbekwaamheid, in duidelijk anders handelen dan van verstandige bestuurders in een vergelijkbare situatie mag worden verwacht. De curator (optredend namens de gezamenlijke crediteuren) dient dat kennelijk onbehoorlijk bestuur te stellen en te bewijzen, maar hij wordt daarbij door de wet geholpen. Blijkt bijvoorbeeld dat het bestuur niet heeft voldaan aan de verplichtingen die voortvloeien uit art. 2:10 BW (de boekhoudplicht) of heeft het bestuur niet tijdig de jaarrekening gedeponneerd bij het handelsregister, dan treedt het onweerlegbare vermoeden in dat het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en het weerlegbare vermoeden dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Dat brengt de bestuurder in een bijzonder lastige positie. De omvang van de aansprakelijkheid betreft het tekort in de boedel.

4.2 Landis: de boekhoudplicht

In het geval van Landis hebben curatoren uitvoerig betoogd dat de administratie van Landis niet voldeed aan de eisen van art. 2:10 BW. De rechtbank definieert bij de motivering van haar oordeel eerst wat onder administratie moet worden verstaan: het administratieproces, bestaande uit het geheel van procedures en

⁹ Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, *JOR* 2013/327, m.nt. Verboom.

technieken, dat gericht is op het verkrijgen, vastleggen, verwerken en verstrekken van informatie en de uitkomsten van dat administratieproces zoals dat schriftelijk of digitaal is weergegeven. Daarbij geldt volgens de rechtbank op grond van de omstandigheden bij de Landis-groep dat tot de administratieplicht van Landis Holding ook hoort dat uit de administratie van Landis Holding snel inzicht in de rechten en verplichtingen van haar dochtervennootschappen kan worden verkregen. Als relevante omstandigheden noemt de rechtbank: de Landis-groep betreft een groep van vennootschappen waarvan alle aandelen direct of indirect in handen zijn van de houdstermaatschappij, met het doel als één samenhangend concern te opereren. Er was een vergaande mate van concernfinanciering en binnen de groep was er gezamenlijke inkoop. De rechtbank concludeert dat de administratie van Landis Holding zulke substantiële gebreken vertoonde dat niet op enig moment snel inzicht kon worden verkregen in de debiteuren- en crediteurenpositie en de liquiditeitspositie van de groep, en dat daarmee Landis niet aan de boekhoudplicht voldeed. Gevolg daarvan is volgens de rechtbank dat Landis Holding niet op een verantwoorde wijze centrale leiding kon geven aan de Landis-groep. De rechtbank noemt een aantal omstandigheden die zij aan haar oordeel ten grondslag legt: achterstanden in de administratie, gebrekkige IT-systemen, gebrekkige voorraadbeheersing en debiteurenadministratie en slecht inzicht in de intercompany-verplichtingen.

Bestuurders en commissarissen hebben zich verweerd door te stellen dat zij hadden mogen vertrouwen op de goedkeurende verklaringen van de accountant, maar met dat verweer maakt de rechtbank korte metten. De accountant zelf had uitdrukkelijk gewezen op de gebreken in de administratie en de problemen die daarvan het gevolg waren. De door de adviseurs voorgestelde verbeteringen waren blijkens de notulen aan de orde gekomen in de gecombineerde vergaderingen van het bestuur en de raad van commissarissen. Maar hoewel deze onderwerpen op de agenda stonden en mede gelet op de groei van Landis hadden moeten worden opgepakt, bleven verbeteringen achterwege. Conclusie: bestuurders en commissarissen mochten aan de goedkeurende verklaringen niet het gerechtvaardigde vertrouwen ontnemen dat aan de verplichtingen van art. 2:10 BW was voldaan.

Bestuurders worden niet alleen aansprakelijk geacht voor het boedeltekort op grond van art. 2:138 BW. De rechtbank houdt hen ook op grond van art. 2:9 BW aansprakelijk voor de volledige schade die Landis heeft geleden als gevolg van hun onzorgvuldig handelen: volgens de rechtbank heeft het bestuur niet gehandeld met een mate van zorgvuldigheid die mag worden verwacht van een bestuur dat op zijn taak berekend is. Niet alleen treft het bestuur een ernstig verwijt voor wat betreft de tekortkomingen in de administratie, maar tevens voor wat betreft het acquisitiebeleid van Landis, het financieel beleid en het naleven van de statuten. Bestuurders hebben gehandeld zoals geen redelijk denkend bestuurder van een beursgenoteerde vennootschap onder deze omstandigheden zou hebben gehandeld of mogen handelen.

4.3 *Landis: taakverdeling als grond voor disculpatie*

Twee bestuurders trachten zich te disculperen met een beroep op de taakverdeling tussen de individuele bestuurders. Een taakverdeling kan relevant zijn voor de vraag of een individuele bestuurder aansprakelijk is. De rechtbank overweegt echter dat ook ondanks een (duidelijk omschreven) taakverdeling van een bestuurder van een vennootschap mag worden verwacht dat deze zich in voldoende mate rekenschap geeft van de feiten en omstandigheden die van belang zijn voor (de gerechtvaardigdheid van) voorgenomen besluiten op het vlak van kerntaken, zoals bijvoorbeeld het acquisitiebeleid en financiële beleid (waarvoor in het geval van Landis de twee andere bestuurders primair verantwoordelijk waren). Ook de twee bestuurders die deze kerntaken niet in hun takenpakket hebben, dienen zich een weloverwogen oordeel te vormen over de besluitvorming op deze gebieden, en zulks op basis van desnoods kritische ondervraging van de bestuurder die primair voor deze gebieden verantwoordelijk is. In het geval van een (grote) onderneming als Landis mag van een bestuurder zonder financiële achtergrond worden verwacht dat ook deze bestuurder zich verdiept in bedrijfseconomische basisprincipes die voor de onderneming relevant zijn. De omstandigheid dat de werkzaamheden van deze twee bestuurders voornamelijk operationeel waren en dat de andere twee bestuurders in het bijzonder voor het acquisitiebeleid en het operationele beleid verantwoordelijk waren, helpt de bestuurders die een beroep doen op de taakverdeling dan ook niet.

Commissarissen zijn naar het oordeel van de rechtbank tekortgeschoten in hun toezicht op de naleving door het bestuur van de boekhoudplicht. Weliswaar zijn commissarissen niet zelf gehouden de boekhoudplicht na te leven, maar hun toezichthoudende taak bracht met zich dat zij zich in het geval van Landis hadden moeten laten inlichten over de stand van de administratie en het bestuur hadden moeten adviseren over de mogelijkheden tot verbetering. Wordt dat advies niet gevolgd, dan ligt het op de weg van commissarissen om in te grijpen, bijvoorbeeld door middel van schorsing of ontslag van de verantwoordelijke bestuurders.

Juist vanwege de kritische observaties en zorgen van de accountant – waarvan commissarissen op de hoogte waren – hadden commissarissen extra waakzaam moeten zijn. Slechts wanneer commissarissen voldoende informatie zouden hebben ingewonnen, voldoende kritische vragen zouden hebben gesteld en naar behoren het bestuur zouden hebben geadviseerd over de problemen met betrekking tot de administratie en uiteindelijk zouden hebben ingegrepen in de samenstelling van het bestuur, zou hun wijze van toezicht houden de goedkeuring van de rechter hebben kunnen wegdragen. Commissarissen hebben echter ter zake weinig kunnen aanvoeren.

Voor wat betreft het acquisitiebeleid van Landis verwijt de rechtbank commissarissen dat zij hadden behoren te weten welke data relevant en vereist zijn voor de berekening van de waarde van een over te nemen onderneming (de toekomstprojectie van de vrije kasstromen en een rentabiliteitseis), omdat dit volgens de

rechtbank basisgegevens zijn. Commissarissen hadden zich moeten laten voorlichten ten aanzien van de vraag op welke manieren de ondernemingswaarde van een over te nemen onderneming verantwoord kan worden vastgesteld. In plaats daarvan hebben commissarissen er genoeg mee genomen dat het bestuur de overnames die Landis heeft verricht economisch gezien lichtvaardig heeft beoordeeld. Daarvan valt hen een ernstig verwijt te maken. Net als van een bestuurder van een onderneming als Landis mag ook van een commissaris die geen financieel expert is, worden verwacht dat hij zich verdiept in de al eerdergenoemde voor de onderneming relevante economische basisprincipes. Dat brengt met zich dat ook commissarissen op de hoogte hadden moeten zijn van bepaalde bedrijfseconomische wetmatigheden, zoals bijvoorbeeld de hogere solvabiliteitseisen na de genoemde overname van de detacheringsactiviteiten.

5. Van der Moolen

Ook in de zaak Van der Moolen oordeelt de Ondernemingskamer kritisch over de rol van commissarissen. Hoewel, het zij herhaald, de Ondernemingskamer alleen oordeelt over de vraag of sprake is van wanbeleid en niet over individuele aansprakelijkheid, vormt het oordeel van de Ondernemingskamer vaak de opmaat voor een aansprakelijkheidsprocedure, waarin het oordeel van de Ondernemingskamer een belangrijke rol speelt.¹⁰

Aan het hoofd van Van der Moolen stond een nogal dominante bestuurder die zich aan de mening van anderen weinig gelegen liet liggen. Het schortte bij Van der Moolen volgens de Ondernemingskamer in ernstige mate aan risicobeheersing rond de ontwikkeling van een nieuwe activiteit: het softwareplatform 'Online Trader', waarmee activiteiten ontplooid konden worden op de markt van elektronische dienstverlening bij aan- en verkoop van effecten. Online Trader was voor Van der Moolen van groot strategisch belang.

De Ondernemingskamer stelt vast dat – ook al heeft het bestuur een bepaalde beleidsvrijheid bij het nemen van ondernemingsbeslissingen, zoals het ontwikkelen van een nieuwe activiteit – het bestuur altijd zorgvuldigheid dient te betrachten bij het nemen van de relevante beslissingen maar ook bij de executie van die beslissingen. Daarbij acht de Ondernemingskamer van groot belang dat hoge eisen worden gesteld aan het besluitvormingsproces: er moet sprake zijn van een adequaat marktonderzoek, een doorwrochte strategie en een behoorlijk businessplan voor de nieuw te ontwikkelen activiteit. Daaraan had het volgens de Ondernemingskamer echter ontbroken, wat wanbeleid oplevert.

Voor dat wanbeleid acht de Ondernemingskamer niet alleen de bestuurder en een werknemer die optrad als feitelijk bestuurder verantwoordelijk, maar ook commis-

¹⁰ OK 15 februari 2013, *JOR* 2013/102, m.nt. Strik.

sarissen. Commissarissen waren tekortgeschoten in hun toezichthoudende taak en in zoverre acht de Ondernemingskamer commissarissen medeverantwoordelijk voor de als wanbeleid aangemerkte gedragingen van de bestuurder. De dominante rol van de bestuurder en zijn eigengereid optreden hadden geleid tot het vertrek van een aantal staffunctionarissen. Juist deze onrust binnen de organisatie – op een moment dat de onderneming zich voor grote problemen zag geplaatst en de door de bestuurder gekozen strategie grote risico's in zich droeg – bracht de noodzaak van effectief en doortastend toezicht met zich. De problemen rondom het functioneren van de bestuurder hadden voor commissarissen aanleiding moeten vormen om in te grijpen en de samenstelling van het bestuur zodanig te wijzigen dat de – ernstige – problemen binnen de organisatie zouden worden verholpen. De Ondernemingskamer verwijt commissarissen echter onvoldoende te hebben ondernomen, ook al waren commissarissen als geen ander met de problemen bekend. Dit geldt volgens de Ondernemingskamer in versterkte mate, omdat aan eerdere toezeggingen van de zijde van de bestuurder door hem geen vervolg was gegeven en de bestuurder over een lening aan een derde (met wie hij samenwerkte) onjuiste informatie had verschaft. Dat de raad van commissarissen kwalitatief en kwantitatief te zwak was om ernst te maken met de van haar verwachte proactieve benadering is volgens de Ondernemingskamer deels de verantwoordelijkheid van de bestuurder, omdat het mede aan zijn gedrag als bestuurder te wijten is dat de bezetting van de raad van commissarissen in ernstige mate te wensen overliet.

6. De two-tier-board versus de one-tier-board

De vraag kan worden gesteld of de eisen die worden gesteld aan behoorlijk toezicht in deze concrete casus positie anders worden ingevuld wanneer er geen sprake is van een raad van bestuur en een raad van commissarissen, maar van een 'one-tier-board'. In de one-tier-board worden de taken verdeeld over uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders. De toezichthouder is lid van het bestuur en niet langer commissaris. Taken die niet zijn toebedeeld aan individuele bestuurders rusten op alle bestuurders, zowel de uitvoerende als de niet-uitvoerende bestuurder, waarbij bepaalde taken zijn voorbehouden aan de niet-uitvoerende bestuurders (zoals het voorzitterschap en de vaststelling van de bezoldiging van de uitvoerende bestuurders). Wanneer we zouden aannemen dat bijvoorbeeld de commissarissen van Landis als niet-uitvoerende bestuurders lid van het bestuur van Landis zouden zijn geweest, zou ik verwachten dat de rechter – aan de hand van de feiten en omstandigheden – de verantwoordelijkheden van de niet-uitvoerende bestuurders niet op een andere wijze zou hebben ingekleurd dan nu het geval is geweest. Weliswaar is het niet-uitvoerend lid anders dan de commissaris lid van het bestuur en is het niet-uitvoerend lid op grond van het beginsel van collegialiteit verantwoordelijk voor het bestuur, maar ik zie niet in op grond waarvan in concreto de niet-uitvoerend bestuurder van Landis anders zou hebben moeten/kunnen opereren dan de Landis-commissaris. Ik kom tot deze verwachting op grond van het oordeel van de rechter over hetgeen van een commissaris bij Landis mocht en moest

worden verwacht: commissarissen werden niet geacht achterover te leunen en het gevoerde beleid achteraf te toetsen, maar van hen werd een directe en proactieve betrokkenheid verwacht op een belangrijk aantal beleidsterreinen. De eisen die de rechter stelt aan de betrokkenheid van commissarissen bij bijvoorbeeld een belangrijke overname zullen naar ik verwacht niet verschillen van de eisen die de rechter zal stellen aan het functioneren van niet-uitvoerende bestuurders. Sterker nog: zou – gelet op de besproken jurisprudentie – van de niet-uitvoerende bestuurder nog meer worden verwacht dan van de commissaris in het klassieke model, dan valt niet meer goed in te zien wat nu eigenlijk nog het verschil is tussen de uitvoerende bestuurder enerzijds en de niet-uitvoerend bestuurder anderzijds.

7. Conclusie/het belang van goede verslaggeving voor een deugdelijk verweer

Uit het voorgaande blijkt dat van bestuurders, commissarissen en toezichthouders een grote mate van betrokkenheid wordt verwacht bij de totstandkoming van het beleid c.q. het toezicht op deze totstandkoming van dit beleid en de daaropvolgende implementatie van dit beleid. Commissarissen en toezichthouders worden niet geacht om slechts te reageren op bepaalde ontwikkelingen. Wanneer de omstandigheden daartoe aanleiding geven, dienen zij proactief te opereren. Wanneer commissarissen en toezichthouders verstoken blijven van de informatie die vereist is voor het door hen uit te oefenen toezicht, dienen zij zelf op onderzoek uit te gaan en zelfstandig informatie in te winnen. Daarbij geldt dat commissarissen en toezichthouders niet al te lichtvaardig mogen vertrouwen op informatie die hen door bijvoorbeeld het bestuur wordt verschaft.

Ik zou de rode draad in de genoemde jurisprudentie als volgt willen benoemen: de commissarissen en toezichthouders die zich onafhankelijk en kritisch opstellen ten opzichte van het bestuur en voor de vennootschap werkzame adviseurs maken een grotere kans niet aansprakelijk te worden gesteld voor ontoereikend toezicht wanneer de rechter over hun uitoefening van toezicht moet oordelen.

Dat betekent dat in bepaalde gevallen commissarissen en toezichthouders moeten beschikken over een dossier waaruit hun kritische rol genoegzaam blijkt. Zij zullen immers in een procedure voldoende moeten stellen om ten minste aannemelijk te maken dat zij aan hun verplichtingen hebben voldaan. Dossieropbouw kan vanzelfsprekend plaatsvinden aan de hand van correspondentie en door de aansprakelijk gestelde zelf opgestelde gespreksverslagen, maar notulen van vergaderingen vormen een belangrijk onderdeel van het dossier. Dat brengt naar mijn inzicht met zich dat notulen van vergaderingen van het bestuur en van de raad van commissarissen en van hun gecombineerde vergaderingen op een dermate zorgvuldige wijze dienen te zijn opgesteld dat voor de rechter aan de hand van deze notulen snel duidelijk wordt dat het toezicht kritisch en onafhankelijk is geweest en dat niet is nagelaten het bestuur van deskundig advies te voorzien. Met andere

woorden: notulen in de vorm van een korte lijst van besluiten volstaan niet. Dat geldt ook voor de wat meer uitvoerige variant, waarin melding wordt gemaakt van de verschillende standpunten die door de deelnemers aan de vergadering naar voren zijn gebracht. Wanneer in de vergadering wordt gediscussieerd over (belangrijke) strategische beslissingen, dienen de notulen inzichtelijk te maken dat hierover op een transparante, logische en deskundige wijze gesproken is. Kritische vragen moeten worden genoemd en uitgewerkt, evenals het daaropvolgend debat en de getrokken conclusies. Dit helpt de rechter en partijen bij het voeren van het processuele debat.