

13 | Praktijklessen van een aansprakelijk gestelde commissaris

Arjen Paardekooper

13.1. Inleiding

Als ervaringsdeskundige van zowel de kant van de aansprakelijke commissaris zelf, als die van adviseur van commissarissen, heeft het thema ‘aansprakelijkheid van de commissaris’ mijn bijzondere interesse.¹ Falend toezicht met schadelijke gevolgen voor de vennootschap of derden kan de commissaris in privé raken.

Vooropgesteld zij dat een goed functionerende commissaris mede als taak heeft ervoor te zorgen dat hij niet bij een juridische procedure betrokken raakt. Vanzelfsprekend dient een commissaris primair bezig te zijn met het nemen van de verantwoordelijkheid die bij een behoorlijke taakuitoefening past, doch een commissaris dient ook zijn eigen belangen te behartigen en ervoor te zorgen dat indien een onderneming in zwaar weer komt te verkeren, of ten onder gaat, hem ter zake zijn taakuitoefening geen verwijt kan worden gemaakt. In dat kader is het belangrijk dat de commissaris voorafgaand aan zijn aantreden goede afspraken met het bestuur en de RvC maakt over bijvoorbeeld de taakverdeling, informatiestromen en op dat moment voor de vennootschap actuele thema's. Een commissariaat is zoals een huwelijk: bij het bepalen van het huwelijksvermogensregime wijk je tussen alle romantiek door een klein moment af van het romantisch ideaal als je met je toekomstig echtgeno(o)t(e) onderhandelt over de inhoud van de huwelijkse voorwaarden.

Met de uitspraak van de Rechtbank Breda inzake de Tilburgsche Hypotheekbank² van 1 mei 1990 is de weg naar de aansprakelijkheid van commissarissen geopend. Op het eerste gezicht een logische ontwikkeling, maar de risico's verbonden aan een commissariaat, zoals die uit de rechtspraak³ van de afgelopen 25 jaar naar voren komen, zijn inmiddels fors toegenomen, waarbij een nuancering in de rechtspraak voor de positie van de commissaris bij het familiebedrijf of de kleinere vennootschap op dit moment ver te zoeken is.

¹ Mr. A.V. Paardekooper, *Handleiding voor de commissaris*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016.

² Rb. Breda 1 mei 1990, *NJ* 1990/740 (Tilburgsche Hypotheekbank).

³ Denk aan de uitspraken inzake de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen van Ceteco, Landis, of de uitspraak van de Ondernemingskamer inzake Van der Moolen Holding N.V., alwaar de schrijver zelf bij betrokken was.

In 2010 werd bekendgemaakt dat de bestuurders en commissarissen van het gefailleerde beursgenoteerde handelshuis Van der Moolen Holding B.V. door de curatoren voor tientallen miljoenen aansprakelijk werden gehouden. Ik was een van deze commissarissen. Na mijn benoeming in mei 2009 bleek al vrij snel dat onder het fundament van Van der Moolen al een tijd een veenbrand smeulde, die zich circa vier weken na mijn benoeming tot een grote brand ontwikkelde en die resulteerde in het ontslag van het bestuur en uiteindelijk het faillissement vier maanden na mijn aantreden. Een tumultueuze, doch leerzame periode volgde met onder meer een enquêteprocedure, gevolgd door diverse gerechtelijke procedures, onderhandelingen met de verzekeraar en een schikking met de aansprakelijke partijen, waartoe ik uiteindelijk niet behoorde. Mijn optreden als commissaris bij Van der Moolen is door de door het Hof Amsterdam benoemde onderzoekers gekwalificeerd als ‘zorgvuldig te werk gegaan’, welke kwalificatie door het Hof Amsterdam is overgenomen.

Vele commissarissen gingen mij (ongelukkiger) voor en nog velen zullen volgen. De commissarissen bij Imtech zullen daar zeker onder vallen, die bij Fairstar zijn inmiddels met succes aansprakelijk gehouden.⁴ In faillissement is er veelal geen boedel (vermogen) en daar zijn de veelal goed verzekerde bestuurders en commissarissen de reddingsboei voor de aanzuivering van het boedeltekort en betaling van de schuldeisers. Het is dus oppassen geblazen voor de commissaris. Uit de rechtspraak volgt dat van de moderne RvC een proactieve en sturende houding mag worden verwacht,⁵ waarbij de RvC in beginsel slechts op de achtergrond acteert.

In dit hoofdstuk zullen de relevante wetsbepalingen, de praktijkervaringen van de auteur en de in de rechtspraak geformuleerde toetsingsnormen worden vertaald naar praktische aandachtspunten ter ondersteuning van de RvC bij diens taakuitoefening, waarbij de focus ligt op het voorkomen van aansprakelijkheid.

13.2. Wettelijke basis aansprakelijkheid commissarissen

Uit de wet volgt een drietal potentiële aansprakelijkheidsgronden voor de commissaris: de ‘interne aansprakelijkheid’ op basis van het bepaalde in artikel 2:9 BW, de ‘externe aansprakelijkheid’ op basis van de onrechtmatige daad zoals deze uit het bepaalde in artikel 6:162 BW (o.m. via de invulling door het bepaalde in artikel 2:248 BW (‘aansprakelijkheid bij faillissement’)) voortvloeit en de bijzondere aansprakelijkheid voor de misleidende jaarrekening die volgt uit het bepaalde in artikel 2:260 BW.

Vooropgesteld zij dat de aansprakelijkheid van de commissaris een afgeleide aansprakelijkheid is van die van het bestuur. Zonder bestuurdersaansprakelijkheid, geen aansprakelijkheid van de commissaris. In de meeste gevallen ligt aansprake-

⁴ Rb. Amsterdam 30 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:6932 (Fairstar).

⁵ Hof Amsterdam (Ondememingskamer) 5 april 2013, JOR 2013/102 (Van der Moolen).

lijkheid op de loer bij een faillissement. Via de ‘schakelbepaling’ van artikel 2:259 BW zijn artikel 2:9 BW en artikel 2:248 BW van overeenkomstige toepassing ten aanzien van de taakvervulling van de RvC (naast die van het bestuur).

13.2.1 De ‘interne aansprakelijkheid’ ex artikel 2:9 BW

Het bepaalde in artikel 2:9 BW beheerst de verhouding tussen de vennootschap en het bestuur en de RvC. Externe partijen kunnen op het bepaalde in dit artikel geen beroep doen maar slechts de vennootschap zelf. In geval van faillissement rust het beroep in de handen van de curator wanneer deze optreedt in zijn hoedanigheid van vertegenwoordiger van de failliete vennootschap.

Voor aansprakelijkheid van de RvC op basis van artikel 2:9 BW moet sprake zijn van ‘voldoende ernstige verwijtbaarheid’.⁶ Met het verlenen van de jaarlijkse decharge wordt de duur voor dat jaar voor wat betreft de interne aansprakelijkheid gebaseerd op artikel 2:9 BW jaarlijks (af)gesloten.

Ingevolge het bepaalde in artikel 2:9 BW is iedere commissaris hoofdelijk aansprakelijk (‘voor het geheel’) voor de vergoeding van de schade aan de vennootschap welke het gevolg is van de onbehoorlijke taakvervulling van de RvC. ‘Hoofdelijk aansprakelijk’ betekent dat ieder individueel lid van de RvC aangesproken kan worden tot betaling van de totale schade die op de schouders van de RvC in zijn geheel rust en in het slechtste geval, wanneer niemand van de overige leden van de RvC of het bestuur verhaal blijkt te bieden, van de totale claim die op de schouders van het bestuur en de RvC gezamenlijk rust.

De jaarlijkse decharge van commissarissen, verleend door de aandeelhoudersvergadering of door een eventueel daartoe statutair aangewezen ander orgaan staat aan aansprakelijkheidsstelling op grond van artikel 2:9 BW in de weg. Daarmede is de verlening van de jaarlijkse decharge een belangrijke actie.

De curator kan echter in geval van faillissement van de besloten vennootschap, de commissaris aansprakelijk stellen op grond van de bijzondere uitwerking van de onrechtmatige daad zoals neergelegd in artikel 2:248 BW. Bij het instellen van deze actie door de curator treedt deze op als vertegenwoordiger van de gezamenlijke crediteuren en dus niet namens de failliete vennootschap. Een aan commissarissen verleende decharge staat niet aan aansprakelijkstelling op grond van deze wettelijke regeling in de weg. Decharge beschermt de commissaris alleen tegen de interne aansprakelijkheid op de voet van artikel 2:9 BW.

13.2.2 Disculpatiemogelijkheid ex artikel 2:9 lid 2 BW

Het tweede lid van artikel 2:9 BW biedt een mogelijkheid tot ‘disculpatie’. Iedere commissaris die bewijst dat het onbehoorlijk toezicht niet aan hem is te wijten, kan de dans ontspringen. In aansprakelijkheidsprocedures leidt deze bepaling veelal tot een ouderwets potje ‘zwarte pieten’.

⁶ HR 10 januari 1997, *NJ* 1997/360 (Staleman/Van der Ven).

Alhoewel een RvC als team opereert, is het aldus zaak dat een commissaris niet zonder meer met de stroom van de RvC meezwemt, maar telkenmale ook voor zichzelf de door rechtspraak⁷ geformuleerde afweging maakt:

“Is dit hoe een redelijk handelend commissaris onder dezelfde omstandigheden aldus zou hebben gehandeld?”

Het is begrijpelijk dat deze afweging voor de leek moeilijk is te maken, zeker nu deze afweging niet uitblinkt in duidelijkheid en in feite een nadere invulling betreft van de al eerder in de rechtspraak door de Hoge Raad geformuleerde toets:⁸

“Een commissaris dient te handelen met het inzicht en de zorgvuldigheid die mag worden verwacht van een commissaris die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.”

13.2.3 De ‘externe aansprakelijkheid’ ex artikel 6:162 BW

Artikel 6:162 BW is het zogenaamde onrechtmatige daads-artikel en is van toepassing op de externe aansprakelijkheid van commissarissen, gelijk zo artikel 2:248 BW, dat een nadere invulling van de onrechtmatige daad in geval van faillissement geeft. Een en ander brengt met zich dat de commissaris buiten het geval van faillissement aansprakelijk kan zijn op grond van de regeling van de interne aansprakelijkheid (artikel 2:9 BW) ofwel tegenover de vennootschap of tegenover derden op grond van onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW).

Uit de rechtspraak volgt dat een commissaris een ‘voldoende ernstig verwijt’ ter zake zijn handelen moet kunnen worden gemaakt om op grond van artikel 6:162 BW⁹ met succes aansprakelijk te kunnen worden gesteld. Het niet willen onderkennen van een tegenstrijdigbelangsituatie is daar een voorbeeld van, evenals het willens en wetens (meewerken aan) verduisteren van eigendommen van de vennootschap, of het bewust niet deelnemen aan vergaderingen en het ernstig verwaarlozen van de toezichtstaak. Wetenschap van benadeling van de vennootschap met het litigieuze handelen (of nalaten te handelen) door de RvC is een vereiste, gelijk zo het aantonen van het verband tussen de schade en het onbehoorlijk toezicht. Dat betekent een zware bewijslast aan de zijde van de partij die de commissaris op grond van de onrechtmatige daad aansprakelijk stelt.

In de praktijk wordt artikel 6:162 BW het minst gebruikt als basis voor aansprakelijkheid van commissarissen, veelal verwezenlijkt zich de aansprakelijkheid bij de schade die de aandeelhouders van een onderneming lijden door een faillissement en neemt de curator op de voet van het bepaalde in artikel 2:248 BW het heft in handen.

⁷ Rb. Utrecht 12 december 2007, *JOR* 2008/10 (Ceteco).

⁸ HR 10 januari 1997, *NJ* 1997/360 (Staleman/Van der Ven).

⁹ De norm van ‘het voldoende ernstig verwijtbaar handelen’ geldt voor iedere vorm van aansprakelijkheid van de commissaris.

13.2.3.1 *Artikel 2:248 BW, aansprakelijkheid van de RvC in faillissement*

Het bepaalde in artikel 2:248 BW speelt alleen een rol bij faillissement van de vennootschap en geeft de curator een handvat om bestuurders en commissarissen aansprakelijk te stellen. Van artikel 2:248 BW zijn voor de commissaris met name het artikel 2:248 lid 1, 2 en 7 BW van belang. Ingevolge de schakelbepaling van artikel 2:259 BW is dit artikel van overeenkomstige toepassing ten aanzien van de taakvervulling door de RvC. De rechtspraak heeft de gevolgen van artikel 2:248 BW voor de commissaris echter begrenst.

In afwijking van het bepaalde in artikel 2:9 lid 1 BW (en artikel 6:162 BW) dient er sprake te zijn van een ‘kennelijke’ onbehoorlijke taakvervulling van de commissaris. Het woord ‘kennelijke’ geeft speelruimte, die door de rechtspraak inmiddels is ingevuld.

13.2.3.2 *Kennelijk onbehoorlijke taakvervulling*

Artikel 2:248 lid 1 BW is het ‘kapstokartikel’ waar in geval van faillissement van de vennootschap de curator primair zijn aansprakelijkheidsstelling van de commissarissen op baseert indien er sprake is van ‘kennelijk onbehoorlijke taakvervulling’.

De kennelijk onbehoorlijke taakvervulling dient door de curator te worden bewezen. Veelal wordt de vordering tot vaststelling van een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling gebaseerd op een voorafgegane ‘enquêteprocedure’ bij de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam. Let wel, deze procedure wordt niet alleen na faillissement opgestart, veelal wordt deze procedure door belanghebbenden opgestart, terwijl de onderneming niet in staat van faillissement verkeert of komt te verkeren. Feit is wel dat met een door de enquêteurs (‘onderzoekers’) afgerond onderzoek waarin zij concluderen tot wanbeleid – en de bekrachtiging van die conclusie door de Ondernemingskamer – de weg naar een succesvolle aansprakelijkheidsstelling van bestuurders en commissarissen is geopend, zowel in, als buiten faillissement.

13.2.4 *Bijzondere aansprakelijkheid van de commissaris ex artikel 2:260 BW ‘misleidende jaarrekening’*

Een bijzondere aansprakelijkheid van de RvC volgt uit het bepaalde in artikel 2:260 BW ter zake een juiste voorstelling van zaken van de vennootschap in de gepubliceerde jaarstukken. Voor de inhoud van kwartaalcijfers of halfjaarcijfers is de RvC niet verantwoordelijk (tenzij er sprake is van een zogenaamde *one-tier board*).

13.3. Lessen uit de praktijk

In de praktijk wordt de aansprakelijkheid van de RvC veelal opgehangen aan de kapstok van artikel 2:248 BW. In deze paragraaf 13.3 zullen de toetsingsnormen zoals deze uit de relevante wetsbepalingen en de rechtspraak geformuleerd zijn, op basis van de praktijkervaringen van de auteur worden vertaald naar praktische aandachtspunten ter ondersteuning van de RvC bij diens taakuitoefening, waarbij de focus ligt op het voorkomen van aansprakelijkheid.

13.3.1 *Belang goede informatieverstrekking*

Uit de rechtspraak volgt dat het eerste lid van artikel 2:248 BW de curator niet de bevoegdheid geeft de RvC aansprakelijk te stellen voor de gevolgen van fouten of misrekeningen op zakelijk vlak van het bestuur. Er wordt wel verwacht dat de RvC ervoor zorg draagt dat hij voldoende en juist is geïnformeerd. Een goede en gedegen informatiestroom is derhalve van eminent belang.

Een RvC is voor het behoorlijk kunnen uitvoeren van zijn taak grotendeels afhankelijk van de informatieverstrekking door het bestuur. Indien die informatieverstrekking onvoldoende is, heeft de RvC mogelijk een probleem, zonder dat de commissarissen zich dat actief realiseren.

In de aansprakelijkheid naar de failliete boedel toe, worden de commissarissen als onderdeel van ‘het bestuur’ over één kam met de bestuurders geschoren, terwijl de commissarissen voor de informatiestroom grotendeels afhankelijk zijn van deze bestuurders, de functionarissen op wie de commissarissen toezicht dienen te houden. Per definitie behelst deze ‘informatieparadox’ een even interessant, als gevaarlijk belangenconflict. Vertelt het bestuur het orgaan dat toezicht op haar houdt alles en hoe ben je als RvC verzekerd van een goede informatiestroom? Op welk moment dient een RvC zich te realiseren dat die informatiestroom te beperkt of onjuist is?

De basis van het recht op informatie is vastgelegd in het eerste lid van artikel 2:251 BW (“*het bestuur verschaft de RvC tijdig de voor de uitoefening van diens taak noodzakelijke gegevens*”). De RvC doet er verstandig aan met het bestuur afspraken te maken over de wijze en omvang van informatievoorziening door het bestuur. Om van een voldoende en juiste informatiestroom te kunnen spreken, dient de RvC in zijn algemeenheid in ieder geval aanspraak te maken op de tijdige en regelmatige verstrekking van:

- Kwartaalcijfers.
- Liquiditeitsoverzichten inclusief prognoses.
- Financieringsratio's.
- Overzichten van debiteuren en crediteuren.
- Businessplannen en status YTD.
- Informatie over bijzondere ontwikkelingen.

De RvC dient voorgaande stukken kritisch te bestuderen, toe te zien op de naleving/uitvoering daarvan en waar nodig, zich nader door het bestuur, of externe adviseurs te laten informeren en adviseren. Afhankelijk van de activiteiten van de vennootschap dient de RvC erop toe te zien dat er goede toezichthoudende systemen zijn, zoals bijvoorbeeld risico-inventarisatie- en beheersystemen en (of) een vorm van risicomanagement. Voorkomen is beter dan genezen.

13.3.2 Cijfermatige competentie (lid) RvC

Uit de rechtspraak volgt dat van een RvC wordt verwacht dat minimaal een van de leden in staat is de ‘bedrijfseconomische wetmatigheden’ te beoordelen die voor een onderneming van belang zijn, zoals bijvoorbeeld die van de ontwikkeling van de solvabiliteitsratio’s. Een negatieve ontwikkeling moet tot actie van de RvC leiden daar waar het bestuur niet adequaat reageert. Een actieve en kritische opstelling (in het kader van de uitoefening van de toezichtstaak) is alsdan een vereiste.

13.3.3 Onjuiste cijfers; alertheid is geboden

Uit de rechtspraak volgt dat een RvC in beginsel uit mag gaan van de juistheid van de informatie zoals verstrekt door het bestuur. Indien er aanwijzingen zijn dat de informatie onjuist en incompleet is, dan dient de RvC alert te zijn en de verstrekte informatie te toetsen en op te treden. De RvC wordt geacht te blijven doorvragen, dient desnoods zelf op onderzoek uit te gaan extern advies in te winnen. Vanzelfsprekend dient dat traject goed gedocumenteerd te zijn. Schending van deze ‘onderzoeksplicht’ kan tot aansprakelijkheid van de RvC in geval van faillissement¹⁰ leiden. Van een RvC wordt in dit soort gevallen een proactieve houding verwacht. Het signaal van een ‘niet-toezichtslievend bestuur’ dient te worden opgepikt en opgevolgd te worden door de invoering van een scherper toezicht en toetsing van de verkregen informatie.

Op het moment dat de RvC doorheeft dat de intenties van het bestuur niet meer gelijk zijn aan de intenties van de RvC, wordt de RvC geacht in te grijpen. Ofwel de RvC pakt de bestuurder aan (en desnoods ‘bevordert’ de RvC zijn vertrek), ofwel de RvC stapt zelf op.

13.3.4 Juistheid gepubliceerde jaarrekening

De jaarrekening wordt ondertekend door de bestuurders en de RvC en vastgesteld door de aandeelhoudersvergadering. Door de medeondertekening en daarmee de goedkeuring van de jaarstukken neemt de RvC de inhoud van de jaarrekening mede voor zijn rekening. Indien de RvC twijfelt aan de inhoud van de jaarstukken dient hij zich proactief op te stellen tegenover het bestuur, door te vragen, de inhoud te

¹⁰ Bijvoorbeeld: Rb. Noord-Nederland 4 december 2013, *JOR* 2014/64 (Betelgeuze).

toetsen en desnoods zelfstandig deskundig extern advies in te winnen. Niet akkoord, is niet tekenen. Alsdan dient onder opgave van reden daarvan melding te worden gemaakt.¹¹

De tweede volzin van artikel 2:260 BW biedt ook hier weer een mogelijkheid tot disculpatie voor de commissaris. In het geval zich een niet kenbare fraude voordoet, zal dat desverzocht (!) vanzelfsprekend leiden tot succesvolle disculpatie.

13.3.5 *Minimumaantal leden RvC en goed gekwalificeerde leden*

Uit de rechtspraak volgt dat de RvC erop dient toe te zien dat hij bestaat uit gekwalificeerde leden en dat hij minimaal het aantal leden bezit dat in de statuten is voorgeschreven.

In het verlengde daarvan dient de RvC tevens toe te zien op het feit dat het bestuur minimaal uit het statutair bepaalde aantal leden bestaat en dat ook deze bestuurders voldoende gekwalificeerd zijn. Van belang in dit kader is dat de RvC ervoor zorg dient te dragen dat een nieuwe commissaris goed wordt ingewerkt en vice versa: een nieuwe commissaris neemt de tijd om zich goed in te lezen en te verdiepen in de vennootschap waarvan hij of zij commissaris wordt.

13.3.6 *Tegenstrijdig belang*

Onderdeel van de (wettelijke) taakuitoefening van de RvC is dat hij toetst of er een (direct, dan wel indirect) tegenstrijdig belang speelt bij de bestuurders, maar ook bij de commissarissen zelf. De RvC dient erop toe te zien dat de desbetreffende bestuurder of commissaris niet deelneemt aan de beraadslaging én de besluitvorming van het onderwerp waaraan het tegenstrijdig belang kleeft, dit in lijn met het bepaalde in artikel 2:250 lid 5 BW. In het geval het bestuur een tegenstrijdig belang heeft, neemt de RvC de beslissing. Loyaliteit aan de vennootschap dient te allen tijde bovenaan te staan. Schending van deze toezichtstaak leidt tot de vaststelling van de onbehoorlijke vervulling van de toezichtstaak.

13.3.7 *Schending boekhoudplicht en/of tijdige publicatie jaarcijfers*

Ook zonder een enquêteprocedure kan de curator stellen dat er sprake is van een 'kennelijke onbehoorlijke taakvervulling' en wel in het geval de boekhoudplicht vastgelegd in artikel 2:10 BW door het bestuur is geschonden.

Ingevolge het bepaalde in artikel 2:248 lid 2 BW geldt bij schending van de boekhoudplicht in een faillissementssituatie een 'omgekeerde bewijslast'. De boekhouding niet op orde en (of) de jaarcijfers te laat gepubliceerd hebben, leidt tot het onweerlegbaar feit dat er sprake is van onbehoorlijk bestuur en het wettelijk vermoeden dat het onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak heeft gevormd

¹¹ Artikel 2:210 lid 2 BW.

voor het faillissement. Het nuancerende woord ‘kennelijk’ is in dit lid komen te vervallen. Aan het bestuur in deze situatie de zware taak te bewijzen dat schending van de boekhoudplicht of de niet tijdige publicatie van de jaarcijfers (indien deze in rechte is vast komen te staan) niet de oorzaak van het faillissement is. De in het tweede lid van artikel 2:248 BW opgenomen omkering van de bewijslast is niet van toepassing op de RvC. Uit de rechtspraak¹² volgt wel dat van de RvC verwacht mag worden dat hij gemotiveerd en onderbouwd verweer voert tegen de aansprakelijkheidsstelling van de curator.

Welke gevolgen heeft het bepaalde in artikel 2:248 lid 2 BW voor de RvC? Dient hij toe te zien op de juiste vervulling van de boekhoudplicht en de tijdige deponering van de jaarcijfers? Dient de RvC in te staan voor de juistheid van die cijfers?

Uit de rechtspraak volgt dat de boekhoudplicht en de tijdige deponering van de jaarstukken een plicht van het bestuur is en blijft.¹³ De RvC is niet zelf gehouden de bedoelde verplichting tot boekhouden en tijdig publiceren van de jaarrekening na te leven, ook niet als het bestuur daarin tekortschiet. De RvC heeft wel de plicht om toezicht te houden op de nakoming door het bestuur van die verplichtingen. Bij schending van die verplichtingen dient de RvC aan het bestuur om opheldering te vragen, waar nodig zich extern te laten adviseren (door bijvoorbeeld de accountant) en zo nodig in te grijpen door een bestuurder te schorsen of zijn ontslag te ‘bevorderen’.

13.3.8 Niet handelen of niet ingrijpen door de RvC kan leiden tot de vaststelling dat er onbehoorlijk toezicht is geweest.

Van de taakuitoefening van de RvC mag worden verwacht dat hij toezicht houdt op de naleving van de wettelijke verplichtingen (waaronder een van toepassing zijnde *corporate governance* code en (of) interne reglementen) door het bestuur, waar nodig zijn maatregelen neemt, waaronder die van schorsing van een bestuurder of het ‘bevorderen van diens ontslag’.¹⁴ In voorkomend geval kan de RvC besluiten zelf op te stappen, als ultieme maatregel en signaal naar de *stakeholders* toe. Dit is soms de enige mogelijkheid wanneer het bestuur tevens de zeggenschap in de aandeelhoudersvergadering heeft.¹⁵ In dat geval is schorsing van een bestuurder een zinledige activiteit nu die bestuurder, als enige of grootaandeelhouder, direct de schorsing kan opheffen.

12 HR 28 juni 1996, NJ 1997/58 (Bodam Jachtservice).

13 HR 28 juni 1996, NJ 1997/58 (Bodam Jachtservice), tenzij sprake is van een ‘one-tier board’.

14 HR 28 juni 1996, NJ 1997/58 (Bodam Jachtservice).

15 Hof Arnhem 2 december 1997, JOR 1998/42 (Bodam Jachtservice).

13.3.9 Medebeleidsbepaler in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW

Uitgangspunt is dat het toezicht door de RvC proactief en sturend moet zijn, doch hij blijft in beginsel op de achtergrond actief. De RvC heeft een toezichthoudende en adviserende functie, maar is geen bestuursorgaan. De RvC is niet verantwoordelijk voor het beleid, maar houdt wel toezicht op het beleid en de uitvoering daarvan. Door aan de zijlijn te blijven opereren, voorkomt de RvC dat zijn optreden als commissaris gezien kan worden als die van feitelijk bestuurder, hetgeen additionele aansprakelijkheidsrisico's met zich meebrengt. In het geval het bestuur zich niet aan de teugel laat nemen of aanwijzingen niet opvolgt, wordt een RvC geacht niet op de stoel van het bestuur te gaan zitten, maar dient het bestuur te worden vervangen, of stapt de RvC op.

13.3.10 De vennootschap in zwaar weer

Van een RvC van een onderneming die in zwaar weer verkeert, wordt actiever en verscherpt toezicht verwacht.¹⁶ Tijdsbesteding kan hier geen onderwerp van discussie zijn. Een behoorlijke vervulling van de toezichtstaak brengt met zich mee dat de RvC in crisistijd de tijd neemt voor de uitoefening van zijn taken en deze opvoert. De RvC vraagt vaker door, verlangt aanvullende informatie, benadert deze informatie kritisch, vergadert frequenter (zowel afzonderlijk, als met het bestuur), wint indien nodig extern advies in en ondersteunt het bestuur concreet en waar nodig.

13.3.11 Continuïteit vennootschap in gevaar

In het geval de continuïteit van de vennootschap wordt bedreigd en het bestuur niet adequaat met die situatie omgaat, dan “*grijpt de raad van commissarissen resoluut en daadkrachtig in*”, aldus de Hoge Raad in de zaak Laurus. In de praktijk kan dat, afhankelijk van het soort onderneming en de precieze situatie, naast extra beschikbaarheid en alertheid van de RvC, ook het benoemen van een extra bestuurder zijn, schorsing of ontslag van bestuurders, het benoemen van een gedelegeerd commissaris, het indienen van een enquêteverzoek,¹⁷ of extra beschikbaarheid van de RvC.

13.3.12 Moment van ingrijpen

Een belangrijk toetsingsmoment is het moment waarop de RvC ingrijpt. Voorkomen is ook in dit geval beter dan genezen. Het niet, of te laat ingrijpen waardoor een onderneming in (financieel) zwaar weer komt, kan bijdragen aan de vaststelling van de onbehoorlijke vervulling van de toezichtstaak. Uit de rechtspraak blijkt dat er veelal een verschil zit tussen het moment waarop de RvC dacht te moeten

¹⁶ Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 16 oktober 2003, *JOR* 2003/260 en HR 8 april 2005, *JOR* 2005/119 (Laurus).

¹⁷ A. Hendrikse, 'De commissaris in crisis: code geel, oranje of rood', *TOP* 2014/ 5, p. 23-28.

ingrijpen en het moment waarop de onderzoekers of de rechter vonden dat er had moeten worden ingegrepen. Dat moment ligt nagenoeg altijd verder terug dan het moment waarop de RvC heeft ingegrepen. Uit de rechtspraak blijkt echter wel dat je beter (iets) te laat kan ingrijpen, dan helemaal niet. Adequaat ingrijpen wordt niet bestraft, als het in voorkomend geval achteraf beschouwd (iets) te laat gebeurd.

13.3.13 *Opstappen?*

Opstappen als RvC bij een vennootschap die in zwaar weer verkeert, is in beginsel uit den boze. Het opstappen kan ook tot aansprakelijkheid leiden. Aan de andere kant, een vennootschap die afstevent op een faillissement, al dan niet met een bestuur dat weigert aanwijzingen van de RvC op te volgen, brengt ook aansprakelijkheidsrisico's met zich mee en mogelijke reputatieschade. Opstappen is alleen dan aan de orde indien het bestuur de aanwijzingen van de RvC (herhaaldelijk) niet opvolgt, de RvC geen controle over het bestuur verkrijgt en het niet mogelijk is gebleken het bestuur uit te breiden of te vervangen en alle andere mogelijkheden, waaronder die van het instellen van een enquêteprocedure, zijn uitgeput, of niet mogelijk zijn. In dat geval treed je als ultimum remedium terug. Realiseer je wel dat in beginsel het vennootschappelijk belang niet gediend is met opstappen. Van het opstappen gaat vanzelfsprekend een signaalwerking uit naar de *stakeholders*, waaronder de financiers, leveranciers en de klanten. In de praktijk zal dit bijvoorbeeld kunnen leiden tot verslechtering van de relatie met de bank, zo niet tot beëindiging van de relatie. Gelet op de mogelijk grote gevolgen voor de vennootschap dient de beslissing tot terugtreding van de RvC een weloverwogen, goed gedocumenteerde¹⁸ beslissing te zijn, waarbij meegenomen wordt dat aanblijven wellicht de kans tot beperking van de schade en het invloed kunnen blijven uitoefenen op het bestuur vóór dat aanblijven pleit en je in aansprakelijkheids- termen niet kwalijk kan worden genomen.

13.3.14 *'Wie schrijft, die blijft'*

Opvallend is hoeveel waarde erin de rechtspraak wordt gehecht aan de verslaglegging van vergaderingen en beraadslagingen door de RvC. Alhoewel een RvC zich niet snel geconfronteerd zal zien met een omkering van de bewijslast, dient hij in voorkomend geval wel gemotiveerd verweer te voeren. Alleen al in dat kader is het voorhanden hebben van de juiste verslaglegging verstandig. De verslaglegging van vergaderingen en beraadslagingen zal als basis van het bewijs van het verweer van de RvC dienen te gelden. Uit deze verslaglegging dient tevens naar voren te komen dat bijvoorbeeld liquiditeitsoverzichten en prognoses, maar ook business- en acquisitieplannen zijn bestudeerd, (kritisch) besproken en waar nodig het bestuur om extra inlichtingen is gevraagd en (of) extern advies is ingewonnen.

¹⁸ En aldus goed vastgelegd in een vergaderverslag.

Het is zinvol om een commissariaat goed te documenteren en van een ‘zwaar weer-commissariaat’ een dagboek bij te houden. Aansprakelijkheidsprocedures duren jaren en het geheugen wordt er in die tijdspanne niet beter op.

13.3.15 Overige aandachtspunten

Door de RvC dient bij verschillende andere thema's kritisch te worden meegedacht en waar nodig informatie te worden getoetst. Bijvoorbeeld bij de uitvoering en juistheid van acquisitieplannen (zijn ze goed doorgerekend, ligt er een doorwrochte strategie aan ten grondslag, is er adequaat marktonderzoek verricht, kloppen de prognoses, etc.), en de (juiste) uitvoering van businessplannen, waarbij te allen tijde geldt dat er gewaakt moet worden voor tegenstrijdige belangen van betrokken bestuurders of commissarissen. De persoonlijke aansprakelijkheid van de commissarissen in het faillissement van Landis, maar ook bij Van der Moolen, is onder meer gebaseerd op falend toezicht bij acquisities, falend toezicht bij de integratie van verworven ondernemingen, falend toezicht op de naleving van de prognoses, doelstellingen en strategieën én het niet onderkennen van zowel directe, als indirecte tegenstrijdige belangen van bestuurders of commissarissen bij acquisities.

13.3.16 Beroep op matiging schadevergoeding ex artikel 2:248 lid 4 BW

Artikel 2:248 lid 4 BW geeft de rechter de mogelijkheid voor de RvC in zijn geheel, of voor de individuele commissaris, de te betalen schadevergoeding te matigen. In de praktijk moet van dit artikel niet veel worden verwacht, doch in de Bodam-zaak heeft het Hof Arnhem bijvoorbeeld bepaald dat de aansprakelijkheid van de RvC minder ver gaat dan die van de bestuurders die het beleid hebben bepaald.¹⁹ Belangrijk is dat de aansprakelijke commissaris een beroep op dit artikel doet.

13.3.17 Positie commissaris bij de kleinere (familie)vennootschap

Alhoewel de bekende rechterlijke uitspraken veelal zien op grote vennootschappen, zijn er legio voorbeelden van aansprakelijkheid van commissarissen bij kleine vennootschappen, alleen deze lenen zich minder voor publicatie in de krant, maar zijn daarom niet minder interessant. Opvallend is dat in de rechtspraak bij de vaststelling van de aansprakelijkheid van de RvC geen onderscheid werd gemaakt tussen het feit of het handelen van een commissaris bij een grote, een kleine of een echte familievennootschap op tafel ligt.

Veruit de meeste besloten vennootschappen kennen één aandeelhouder en bestuurder, of meerdere aandeelhouders in familieverband, die allen nauw bij het bestuur van de vennootschap zijn betrokken. Bij deze vennootschappen is het feitelijk onmogelijk te functioneren als RvC, zeker niet in de zin zoals de wetgever het heeft bedoeld. De RvC kan hier de belangen van de aandeelhouders op toezichtgebied niet dienen, hij kan slechts adviseren. De RvC houdt bij de kleinere

¹⁹ In de Landis-zaak kregen de commissarissen met een beroep op artikel 2:248 lid 4 BW € 3 miljoen 'korting' op het totale bedrag van € 45 miljoen. Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, *JOR* 2013/237 (Landis).

of familievennootschap wel toezicht voor de overige *stakeholders*, zoals het personeel, de leveranciers en de banken. De vraag is of je dat als commissaris zou moeten willen ambiëren, nu feitelijk toezicht op het bestuur onmogelijk is, daar waar het bestuur de meerderheid in de aandeelhoudersvergadering bezit en schorsing en (of) ontslag van het bestuur in feite onmogelijk is, terwijl schorsing of ontslag van de RvC door de aandeelhoudersvergadering een formaliteit is.

Er gloort voor de commissarissen bij een kleine vennootschap of familievennootschap echter licht aan de horizon met een uitspraak van de Rechtbank 's-Hertogenbosch²⁰ in de kwestie 'Vialle'. In deze uitspraak heeft de rechtbank overwogen dat ondanks de 'naïviteit en de incompetentie' van de RvC in kwestie, er gelet op de geringe vergoeding en de extreme tijdsbesteding, "*werkelijk verwijtbaar onbehoorlijk gedrag verweten moet kunnen worden*" om tot aansprakelijkheid van de RvC te komen. Een maatstaf zoals gehanteerd in de Ceteco-uitspraak was hier niet aan de orde, aldus de rechtbank, omdat de commissarissen in die kwestie in loondienst waren bij een grootaandeelhouder en de aansprakelijkheid in dat kader door hun werkgever zou worden gedragen. Een mooie nuancerings van de positie van de RvC bij de kleinere vennootschap.

13.4. Ter afsluiting

Op zichzelf is het handelen of nalaten van commissarissen, zoals bijvoorbeeld het houden van onvoldoende toezicht dat achteraf tot faillissement blijkt te hebben geleid, niet direct een kwalificatie van onbehoorlijk toezicht. Leidend is de visie dat de boordeling van het handelen van de commissarissen in kwestie niet met een '*hindsight bias*' plaatsvindt, doch naar de omstandigheden van het moment zelve. Hoe zou een redelijk handelend commissaris onder dezelfde omstandigheden hebben gehandeld?

In de dagelijkse praktijk is de RvC doorgaans actief met de uitoefening van de aan hem opgedragen adviserende taak en in voorkomend geval met de uitoefening van de toezichtstaak. Het is belangrijk om het omslagpunt van de adviestaak naar de toezichtstaak op het juiste moment te kiezen en te herkennen.

Het blijft derhalve oppassen geblazen, zeker nu in geval van onbehoorlijk bestuur en daaruit voortvloeiend (kennelijk) onbehoorlijk toezicht de aansprakelijkheid van de RvC voor de vergoeding van de schade een gegeven is.

²⁰ Rb. 's-Hertogenbosch 19 november 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BU4403 (Vialle).