

Zie § 4, Informatievoorziening

8 Taakverdeling en aansprakelijkheid binnen bestuur en raad van commissarissen

Yvette Borrius

1. Inleiding

Waar ging het mis, had ik dat kunnen zien en hoe had ik het kunnen voorkomen?! De CEO vraagt zich vertwijfeld af of en hoe hij had kunnen weten dat de maandelijkse rapportages van zijn CFO - naar de accountant achteraf, te laat, heeft geconstateerd - op essentiële onderdelen manco's vertoonden. Eenzelfde vraag spookt commissarissen door het hoofd wanneer bij strafrechtelijk onderzoek blijkt dat de bestuurder valse facturen heeft laten opmaken en privé vergoedingen heeft opgestreken. In de media gonst het van berichten dat bestuurders de aan hun bestuur toevertrouwde onderneming schade hebben berokkend, dat hun collega bestuurders dit hebben laten gebeuren en de toezichthouders - kennelijk - hebben zitten slapen. De rechtspersoon of derde gedupeerden slijpen de messen om bestuurders en commissarissen aansprakelijk te houden, bij voorkeur als collectief. Dragen zij immers niet gezamenlijk de verantwoordelijkheid voor de misstappen van hun collega bestuurders of toezichthouders? Aangesproken mede-bestuurders of commissarissen die zich van hun (eigen) takenpakket hebben gekweten zijn vanwege de in hun organisatie aan het licht gekomen feiten allereerst gedesillusioneerde. Een aansprakelijkheidstelling aan het adres van het gehele bestuur (RvB) c.q. raad van commissarissen (RvC) wordt in de regel als zeer onrechtvaardig ervaren. Daarmee gepaard gaande publiciteit kan al veel schade berokkenen.

Het beginsel van collectieve verantwoordelijkheid en collegiaal toezicht levert in de praktijk spanning op. Dit wordt toegelicht in paragraaf 2, met een korte verkenning naar aansprakelijkheid in paragraaf 3. In paragraaf 4 wordt ingegaan op de vraag hoe het beginsel van collectieve verantwoordelijkheid zich verhoudt tot taakverdeling binnen de RvB c.q. RvC, met aandacht voor informatievoorziening, deskundigheid en de positie van de voorzitter. Paragraaf 5 behandelt de betekenis van de Wet Bestuur en Toezicht en toepassing van de one-tier board als bestuursmodel. Illustraties uit de praktijk passeren kort de revue in paragraaf 6, met tenslotte enkele handvatten voor bestuurders en commissarissen in paragraaf 7.

2. Collegialiteitsbeginsel - wat brengt het met zich?

Uitgangspunt van de Nederlandse wet (bij een meerhoofdig bestuur) is collegiaal bestuur; de bestuurstaak is in beginsel een taak van de gezamenlijke bestuurders, waarvoor iedere bestuurder verantwoordelijkheid draagt. Het model faciliteert onderling overleg en het bereiken van consensus (ook wel ‘polderen’ genoemd). Een vergelijkbaar beginsel geldt voor de RvC. Het principe van gezamenlijke besluitvorming beoogt de degelijkheid van besluiten te bevorderen en overhaaste beslissingen te voorkomen.

Het uitgangspunt van collegiaal bestuur sluit niet uit dat uitoefening van bepaalde taken en bevoegdheden kunnen worden opgedragen aan individuele bestuurders. Hetzelfde geldt voor het collegiale toezicht binnen de raad van commissarissen. Ook daar kunnen bepaalde taken en bevoegdheden worden toebedeeld aan individuele commissarissen. De verantwoordelijkheid voor de vervulling van een bepaalde bestuurstaak blijft als onderdeel van het bestuursbeleid in zijn geheel steeds berusten bij het bestuur. Het Nederlands vennootschapsrecht kent geen echte delegatie van bevoegdheid in de betekenis van het exclusief overdragen van een bevoegdheid van het delegerend orgaan aan de gedelegeerde. Van bestuurders of toezichthouders wordt verwacht dat zij toezicht houden op taken die in het bijzonder aan één van hen zijn toebedeeld. Dit wordt wel aangeduid met de term ‘collegiaal toezicht’. Onder dat toezicht valt de wijze waarop de taak is toebedeeld (structuur en organisatie) en de wijze waarop de taak feitelijk wordt uitgevoerd (inhoudelijk toezicht). Het eerste element ziet ondermeer op de persoon van de uitvoerend bestuurder (voldoende gekwalificeerd, geen signalen disfunctioneren), de omvang van de aan hem toevertrouwde taken (voldoende duidelijk omschreven, afbakening ten opzichte van niet gedelegeerde taken) en de controle op de taakuitoefening (rapportage uitvoerend bestuurder). Het tweede element, inhoudelijk toezicht, betekent dat de collega bestuurders of toezichthouders kennis moeten nemen van hetgeen hen wordt gemeld en dat zij, waar nodig, corrigerend optreden.¹ Een bestuurder c.q. toezichthouder draagt zo verantwoordelijkheid voor zijn eigen functionele bestuurs- of toezichtsfunctie, én voor het gezamenlijke bestuur of toezicht. Zogenaamd ‘kolommengedrag’, waarbij betrokkenen louter bezig zijn met de aan hem toebedeelde deeltaak, wordt daarmee voorkomen. De collectieve verantwoordelijkheid kan onder zekere voorwaarden leiden tot hoofdelijke aansprakelijkheid van alle leden van de RvB of de RvC.

3. Het fenomeen bestuurdersaansprakelijkheid in kort bestek

3.1 *Collectieve aansprakelijkheid en individuele disculpatie*

De onbestemde dreiging van hoofdelijke aansprakelijkheid voor gezamenlijk bestuur of gezamenlijk toezicht speelt voornamelijk in geval van onbehoorlijke taakvervulling in relatie tot de rechtspersoon (art. 2:9 BW) - interne aansprakelijkheid

¹ Vgl. S. Dumoulin ‘De positie van niet-uitvoerende bestuurders in het monistische bestuursmodel’, *Ondernemingsrecht* 2005, 91.

genoemd - en wanneer een curator bij faillissement een vordering ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren instelt op de voet van kennelijk onbehoorlijk bestuur (art 2:138/248 BW) - een vorm van externe aansprakelijkheid.

Art. 2:9 BW gaat uit van een hoofdelijke aansprakelijkheid jegens de rechtspersoon van ieder van de bestuurders voor een tekortkoming (door een of meerderen van hen) in de behoorlijke vervulling van de bestuurstaak.² Hetzelfde beginsel is, voor wat betreft kapitaalvennootschappen, van toepassing voor de behoorlijke vervulling van de toezichthoudende taak (art. 2:149 jo 2:9 BW). De taken van bestuur en toezichthouders zijn gescheiden en hebben - afhankelijk van de aard en activiteiten van de vennootschap - een andere inhoud met aan de vervulling van die taak te stellen specifieke vereisten. De aansprakelijkheid van commissarissen is feitelijk een afgeleide van die van de bestuursleden (zonder onbehoorlijk bestuur, geen onbehoorlijk toezicht).

De aangesproken bestuurder of toezichthouder heeft de mogelijkheid om zich op individuele disculpatie te beroepen. Hij moet dan bewijs leveren dat (i) *de tekortkoming c.q. onbehoorlijk taakvervulling niet aan hem te wijten is* en (ii) *hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden*. Bij hoofdelijke aansprakelijkheid komt disculpatie - als middel van verweer - pas aan de orde in het inhoudelijke debat over aansprakelijkheid. Taakverdeling speelt bij beroep op individuele disculpatie vaak een rol. Een taakverdeling tekent bestuurders of commissarissen niet vrij; om beroep te doen op een afgesproken taakverdeling zijn betrokkenen genoodzaakt om de hele aansprakelijkheidsprocedure te doorlopen.

De meeste aansprakelijkstellingen worden gestoeld op de gewone onrechtmatige daad ex. art. 6:162 BW. Bij die categorie komt het voor de eisende partij er op aan om te bewijzen dat de aangesproken *individuele* bestuurder of commissaris persoonlijk ernstig verwijtbaar zou hebben gehandeld. Hoofdelijke aansprakelijkheid voor het collectief en individuele disculpatie spelen daarbij dan ook geen rol. Het thema taakverdeling is ook bij onrechtmatige daadsacties een factor van belang.

3.2 *Lat voor persoonlijke aansprakelijkheid ligt hoog*

Verantwoordelijkheid betekent nog niet aansprakelijkheid. Een bestuurder of commissaris is niet zomaar aansprakelijk voor bij de rechtspersoon ingetreden schade of via de rechtspersoon aan derden toegebrachte schade. In de relatie met de rechtspersoon, is voor interne aansprakelijkheid benodigd dat de bestuurder of commissaris een ernstig verwijt van onbehoorlijke taakvervulling kan worden gemaakt. Voor een

² Volgens de wetstekst gaat het daarbij om een aangelegenheid die tot de *werkkring* van twee of meer bestuurders behoort. In de rechtsliteratuur bestaat onduidelijkheid over hetgeen tot de werkring van bestuurders gerekend dient te worden. In de praktijk slaagt beroep op een individuele werkring niet snel. Voor een uitzondering van recente datum: zie rechtbank Rotterdam, 14 juli 2010, JOR 2010/336 m.nt. Borrius.

beroep van de curator op kennelijk onbehoorlijk bestuur, een externe aansprakelijkheid, is benodigd dat geen redelijk denkend bestuurder (of commissaris) onder dezelfde omstandigheden aldus gehandeld zou hebben.³

De vraag óf in een bepaald geval sprake is van een voldoende ernstig verwijt, moet beoordeeld worden aan de hand van alle omstandigheden van het geval. De taakverdeling binnen het bestuur betreft een relevante factor uit de in het standaard arrest Staleman/Van de Ven⁴ door de Hoge Raad geformuleerde zgn. “omstandigheden-catalogus”. Voorop staat *‘het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult’*. Van de in aanmerking te nemen omstandigheden zijn verder onder meer te noemen de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten en daaruit voortvloeiende risico’s alsook de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen.

De art. 2:9 norm van behoorlijke taakvervulling (en toezicht) werkt door in vorderingen gestoeld op onrechtmatige daad, zodat ook in die rechtsverhouding de hoge lat voor persoonlijke aansprakelijkheid doorwerking heeft.⁵

4. Taakverdeling; informatievoorziening, deskundigheid en de rol van de voorzitter

Een taakverdeling kan zijn vastgelegd in statuten of reglement, of in de praktijk zo zijn ontstaan. Onder toezichthouders is taakverdeling een minder frequent verschijnsel.⁶

Bij grotere en/of complexere organisaties (dit kunnen ook stichtingen zijn) is een taakverdeling feitelijk vereist om de onderneming op voldoende professionele en efficiënte wijze te kunnen aansturen en monitoren. Bestuurders en commissarissen worden in de regel vanwege hun individuele kennis en deskundigheid benoemd. De bestuurder (of toezichthouder) zal meer kennis en informatie hebben over zaken binnen zijn takenpakket dan over zaken toebedeeld aan zijn collega’s waarop hij wordt geacht toezicht te houden. Ook als onderling tot informatie uitwisseling –rapportages– wordt overgegaan, wordt de informatie asymmetrie niet opgeheven. Door collega bestuurders of toezichthouders aangeleverde/gedeelde kennis en informatie worden intussen aangewend voor het nemen van beleidsbeslissingen.

3 HR8 juni 2001, NJ 2001, 454 (Gillhuis q.q./ bestuurders Panmo).

4 HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360 m.nt. Maeijer (Staleman/Van de Ven).

5 HR 8 december 2006, NJ 2006, 659, Ondernemingsrecht 2007/3 comm. Wezeman (Ontvanger/Roelofsen) en HR 20 juni 2008, NJ 2009/21 m.nt. Maeijer en Snijders (Willemsen Beheer cs/NOM), tevens JOR 2008/260 m.nt. Borrius.

6 Volgens het Nationaal Commissarissen Onderzoek 2009 heeft slechts 33% van de commissarissen specifieke taakomschrijvingen; aangehaald door W.J.L.Calkoen in ‘Discussie over commissarissen en belang van de chairman’, *Ondernemingsrecht* 2010, 88.

Daarnaast wordt van alle bestuurders en toezichthouders verwacht dat ze over voldoende kunde en expertise beschikken voor (toezicht op) de algemene bestuurstaken, algemeen en financieel beleid, die tot de verplichting van alle leden worden gerekend. Wat mag redelijkerwijs van hen worden verwacht?

4.1 *Vertrouwen op informatie van (mede)bestuurders of commissarissen*

Bestuurders en toezichthouders zullen er in beginsel op mogen vertrouwen dat hun mede portefeuillehouders, veelal deskundig op hun specifieke deel terrein, hun taak naar behoren verrichten - tenzij uiteraard van contra indicaties (*red flags*) zou zijn gebleken. Dit betekent dat mede bestuurders in beginsel af mogen gaan op informatie over de uitvoering van deeltaken, inbegrepen het uitblijven van informatie (geen bericht, goed bericht).⁷

Dat gerechtvaardigd vertrouwen iets anders is dan blind vertrouwen volgt ondermeer uit de Landis beschikking (zie nader paragraaf 6). De in de procedure als belanghebbende verschenen commissaris beriep zich op aan de commissarissen verstrekte informatie die betrouwbaar voorkwam. Naar de Ondernemingskamer oordeelt laat dit onverlet dat (in het algemeen en in de omstandigheden van de desbetreffende zaak) *'commissarissen in staat dienen te zijn om de door het bestuur verstrekte gegevens en de door het bestuur gemaakte afwegingen (bijvoorbeeld bij beslissingen over acquisities) kritisch te analyseren en zich daarover een eigen oordeel te vormen'*. De zittende commissarissen beschikten niet over de hiervoor genoemde kwalificaties vereist voor bedoelde onafhankelijke en kritische houding *'en hebben nagelaten om waar nodig op regelmatige of incidentele basis externe deskundigen te raadplegen'*. De slotsom van de Ondernemingskamer was dat de RvC niet op haar taak berekend was, hetgeen als wanbeleid kwalificeert, waarvoor de commissarissen verantwoordelijk worden gehouden.

4.2 *Informatie van anderen*

Als er binnen de RvB of RvC op een bepaald terrein onvoldoende expertise in huis is, dienen de betrokkenen zich - met het oog op een behoorlijke taakvervulling - van extern advies te laten voorzien. Uit rechtspraak van de Ondernemingskamer volgt dat in sommige gevallen wordt vereist dat het bestuur tot het inwinnen van advies van deskundigen overgaat. Waar het om gaat is dat het bestuur onderkent welke informatie en advisering benodigd is voor de (kern)activiteiten van de onderneming en er voor zorgt dat deze behoorlijk worden ingevuld en uitgevoerd. Bij de vraag of een bestuurder zich vanwege ingewonnen advies kan disculperen is van belang of de informatie toereikend was en daarnaast betrouwbaar. Of de bestuurder voldoende geïnformeerd is hangt af van ondermeer de aard, strekking en complexiteit van de te

⁷ Vgl. L. Timmerman, 'Vertrouwen op anderen', *Ondernemingsrecht* 2011/52.

nemen beslissing, de aard en waarneembaarheid van de gelopen risico's, de kennis, ervaring en eventuele routine van het bestuur, de kwaliteit, aard en omvang van de voorhanden informatie, de kosten, tijdspanne en de financiële toestand van de vennootschap.⁸

4.3 Verwachte basiskennis en kunde van alle bestuursleden en toezichthouders

In de rechtsliteratuur wordt er van uit gegaan dat, ongeacht taakverdeling, het algemene beleid en het financiële beleid van de rechtspersoon fundamentele bestuurstaken betreffen die tot de verplichting van alle bestuursleden en toezichthouders behoren. In het huidige tijdsgewricht hebben we te maken met steeds verfijnder corporate governance regels, toenemende aandacht voor risico-management en transparantie. Daarmee ontwikkelt zich tevens een beter (genuanceerd en realistisch) beeld van de fundamentele algemene taken van de onderneming. De vraag rijst hoe (ruim) het algemeen beleid en het financiële beleid moeten worden geïnterpreteerd.

Mijn gedachten zijn de volgende. Het is aan het bestuur om er op toe te zien dat de rechtspersoon haar onderneming zo inricht en uitvoert dat zij aan haar doelstellingen en kernverplichtingen kan blijven voldoen - aan de toezichthouders om dat te controleren - en er wordt ingegrepen als dat in het gedrang komt. Afhankelijk van de aard van de organisatie, de daarmee verbonden risico's en (groei)strategie dient ondermeer te worden voorzien in een adequate administratieve en interne (controle) organisatie (AO/IO), een financiële administratie met benodigde *tools* voor management stuurinformatie, (financiële) rapportage systemen, organisatie van toezicht en risicobeheersingssystemen. Van bestuurders en commissarissen mag worden verwacht dat zij zich een afdoende beeld kunnen vormen van de benodigde (organisatie)systemen en op implementatie en uitvoering daarvan toezien, bij wijze van algemene, gemeenschappelijke taak. Om dat te kunnen beoordelen zal eigen (of ingehuurde) kennis nodig zijn. In het kader van de uitvoering van de systemen zullen bestuurders en commissarissen voldoende basaal begrip moeten hebben over de wijze waarop bijvoorbeeld financiële rapportages moeten worden gelezen en geïnterpreteerd. Op het ontbreken van die kennis en begrip zouden zij ook mogen worden afgerekend.

Een collectieve verantwoordelijkheid (en aansprakelijkheid) heeft naar mijn inzicht niet te gelden indien - bijvoorbeeld - de CFO, ten aanzien van de aan hem toebedeelde taak (uitvoeringstaken financieel beheer) individueel verkeerde keuzes of fouten maakt, die (al dan niet door misleiding) voor zijn medebestuurders of toezichthouders redelijkerwijs niet kenbaar zijn. Uitvoeringstaken in het kader van financieel beleid staan los van de fundamentele verplichting van financieel beleid. Een dergelijk onderscheid wordt niet altijd gemaakt.

⁸ Zie B.F. Assink (dissertatie) 'Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag', Deventer Kluwer 2007.

4.4 *Maatregelen en ingrijpmacht*

Het nemen van maatregelen, adequaat ingrijpen indien op de taakvervulling door collega bestuurders of toezichthouders iets aan te merken is, klinkt vrij eenduidig. In complexe bestuursstructuren met over verschillende schijven gedelegeerde taken, is het al dan niet kunnen (en moeten) ingrijpen minder eenduidig. In een omgeving van gedelegeerde taken rijst de vraag hoeveel invloed een betrokkene heeft op beleidsbepaling, het besluitvormingsproces en de daaraan gegeven uitvoering; en daarmee per saldo op de beslissingsmacht.

In de KPNQwest zaak⁹ hield een bankenconglomeraat onder meer bestuurders, management en commissarissen van de inmiddels gefailleerde jointventure KPNQwest hoofdelijk aansprakelijk voor schade vanwege een door KPNQwest getrokken kredietfaciliteit. Alhoewel het bij deze zaak niet alleen gaat om het ‘intern’ ingrijpen bevat de uitspraak relevante overwegingen over het belang van beslissingsmacht in relatie tot aansprakelijkheid. Ten aanzien van onder (zeer) bijzondere omstandigheden aan te nemen persoonlijke aansprakelijkheid overweegt de rechtbank:

‘Bij de in dat kader in aanmerking te nemen omstandigheden horen steeds ook de aard en omvang van de aan elk van genoemde functionarissen toevertrouwde taken en werkzaamheden, de informatie waarover zij in dat kader konden of hadden moeten kunnen beschikken, alsmede de mate waarin zij zowel formeel als feitelijk betrokken zijn geweest bij en invloed hebben kunnen uitoefenen op de besluitvorming en de beleidsbepaling binnen de vennootschap en de door haar gedreven onderneming’.

4.5 *Het organiseren van toezicht - de rol van de voorzitter*

Van de president commissaris wordt verwacht dat hij voorziet in effectieve informatievoorziening aan de RvC leden (haal- en brengplicht) en toeziet op een goede samenstelling en functioneren van de raad, effectief toezicht vanuit de RvC en de samenstelling van commissies. Hij of zij fungeert als vertrouwenspersoon van de CEO, zorgt voor goede vergaderingen, evaluaties etc.. Dit niet onaanzienlijke takenpakket weegt mee bij het vaststellen van specifieke (zwaardere) verantwoordelijkheid van de voorzitter en eventueel bijbehorende aansprakelijkheid.

De praktijk laat (tal van) variaties in de aanpak en pro-activiteit van de voorzitter zien. Onder invloed van de Nederlandse corporate governance code ontwikkelen sommige afstandelijke toezichthouders zich tot bepaald actieve spelers in het totaal van het bestuur, in die gevallen wel aangeduid als *one-and-a-half-tier* board. Intensief betrokken actieve voorzitters c.q. leden van de raad dienen er voor te waken niet te worden aangemerkt als feitelijk beleidsbepaler, voor wie het aansprakelijkheidsregime van de bestuurder toepassing vindt. In andere praktijksituaties weet de president

9 Rechtbank Amsterdam 25 april 2012, JOR 2012/177 m.nt Olden (r.o. 4.2.3- Citibank cs / inzake KPNQwest).

commissaris niet steeds gelijke tred te houden met een sterke en uitgesproken CEO. Ook het Nederlandse consensus model kan (teveel) doorwerken in de relatie tussen de voorzitters van RvC en RvB. In dergelijke gevallen zoekt de president commissaris de dialoog met de RvB voorzitter om te bereiken dat panklare voorstellen aan de RvC worden voorgelegd die zo goedkeuring zullen verkrijgen. Alhoewel dit doelmatig lijkt worden te maken afwegingen buiten het bereik van de beide vergaderingen gebracht. De laatste voorbeelden roepen de vraag op of de *checks and balances* van het two-tier bestuursmodel dan nog voldoende functioneren.

De voorzitter (*chairman*) van de one-tier board heeft een beduidend meer omvattende taak dan de president commissaris in de two-tier structuur. De voorzitter leidt het bestuur als geheel en draagt zorg voor een goede gang van zaken en de orde in en rondom de bestuursvergaderingen. Hij draagt er aan bij dat het bestuur als geheel naar behoren kan functioneren en ziet er op toe dat het uitvoerend bestuur het bestuur als geheel voorziet van de informatie die zij nodig hebben voor het vervullen van de bestuurstaak. Daarvoor zal aanwezigheid, actievere betrokkenheid en groter tijdsbeslag nodig zijn. Ook naar de buitenwereld toe vervult de chairman een belangrijke en zichtbare rol. De verdergaande aansprakelijkheidsaspecten worden in de navolgende paragraaf belicht.

5. De one tier board; taakverdeling en aansprakelijkheid onder de nieuwe Wet Bestuur en Toezicht

De Wet Bestuur en Toezicht¹⁰ bevat een formeel wettelijke basis voor het model van de one-tier board. Achterliggende gedachte van de wetgever is bevordering van de internationale herkenbaarheid van bestuursstructuren en van rechtszekerheid door vastlegging van verantwoordelijkheden en aansprakelijkheid van de desbetreffende bestuurders. In dat verband heeft art. 2:9 BW enkele wijzigingen ondergaan - deze bepaling zal van toepassing zijn op zowel two-tier als one-tier bestuursmodellen. Volgens welk model in toezicht zal worden voorzien is ter keuze van de rechtspersoon.

In een one-tier board worden de taken verdeeld over uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders. De functie van commissaris vervalt; toezichthoudende taken worden vervuld door personen die bestuursverantwoordelijkheid dragen. Te verwachten voordelen van het monistische systeem zijn er in gelegen dat niet-uitvoerende bestuurders in vergelijking tot commissarissen eerder en meer informatie krijgen (en zelf in de organisatie kunnen halen), meer betrokken zullen zijn bij de gang van zaken binnen de vennootschap en in een monistisch bestuur dynamisch en slagvaardiger kunnen optreden. Daar staan voordelen tegenover die worden toegeschreven aan het dualistische systeem, waaronder de (voor externen) duidelijker scheiding tussen uitvoering

¹⁰ 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, Stb 2011, 275. Ten tijde van de afsluiting van dit hoofdstuk gold deze wet nog niet, met de verwachting dat deze op korte termijn in werking zal treden.

en toezicht, een grotere onafhankelijkheid ten opzichte van bestuurders en het vrijer kunnen spreken over zaken die uitvoerende bestuurders bijzonder raken, buiten aanwezigheid van laatstgenoemden, alsook eenvoudiger besluitvorming.

5.1 Taakverdeling

De taakverdeling staat in de nieuwe wettelijke regeling, voor de beide bestuursmodellen, centraal. Uitgangspunt van art. 2:9 BW (nieuw) is dat taken die niet zijn toebedeeld aan individuele bestuurders op alle bestuurders rusten: zowel uitvoerende als niet-uitvoerende bestuurders. Voor deze strenge formulering is gekozen om te voorkomen dat bepaalde (uit te voeren) taken die niet worden benoemd ‘tussen wal en schip’ zouden vallen. Verder bepaalt dit artikel dat elke bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de algemene zaken; ook deze toevoeging – nader toegelicht in paragraaf 5.3.- is nieuw.

Voor zover taakverdeling niet al uit de wet volgt, bestaat er grote vrijheid om tot toebedeling van taken over te gaan (art. 2:9 lid 1 en 129a/239a BW nieuw). Bepaalde taken zijn voorbehouden aan niet-uitvoerende bestuurders, zoals vaststelling bezoldiging uitvoerende bestuurders en het voorzitterschap van het bestuur. In het belang van goed toezicht is er voor gekozen dat aan een uitvoerend bestuurder niet de taak van voorzitter van het bestuur kan worden opgedragen. De toezichthoudende taak kan door een taakverdeling niet aan niet-uitvoerende bestuurders worden ontnomen. Volgens de bij onderhavige wet behorende Memorie van Toelichting (MvT) kan de taak om toezicht te houden op de taakuitoefening van niet-uitvoerende of uitvoerende bestuurders overigens niet aan een bepaalde bestuurder worden toebedeeld; ieder lid is aldus met collegiaal toezicht belast. Ook de uitvoerende bestuurders moeten optreden wanneer zij er kennis van dragen dat een mede-bestuurslid zijn taak niet goed vervult.

In een taakverdeling kan ‘bij of krachtens de statuten’ worden voorzien. Naar het zich laat aanzien kan een taakverdeling eerst toepassing vinden indien de basis (grondslag) daarvan in de statuten is neergelegd. De uitwerking kan vervolgens ook via andere documentatie worden geregeld. Met het begrip ‘krachtens’ wordt aangegeven dat zo’n taakverdeling ook bij reglement tot stand mag komen. De MvT vermeldt dat ook een bestuursbesluit grondslag kan zijn voor een verdere taakverdeling. Uitvoerende bestuurders zullen zich in het bijzonder bezighouden met de dagelijkse leiding; zij zijn belast met specifiek omschreven (uitvoerende) taken. Niet-uitvoerende bestuurders hebben als hoofdtaak algemeen besturen, zonder toebedeling van specifieke (uitvoerende) taken. Naast advisering en toezicht houden nemen de niet-uitvoerende bestuurders deel aan en zijn zij verantwoordelijk voor de besluitvorming over de algemene beleidslijnen.

Binnen het bestuur kunnen commissies worden gevormd die bepaalde voorbereidende werkzaamheden voor hun rekening nemen. Te denken valt aan de bekende remuneratie-, audit- en benoemingscommissie. De enkele deelname aan een commissie heeft niet tot gevolg dat de desbetreffende bestuurder kwalificeert als een uitvoerend

bestuurder. Aan commissies kunnen ook deskundigen (niet-bestuurders) deelnemen. Een commissie kan in beginsel (zie nader paragraaf 5.2) niet zelfstandig besluiten; het is aan het bestuur om de werkzaamheden van de commissie te beoordelen en te bepalen of het voorbereide werk al dan niet wordt meegenomen bij de vervulling van de bestuurszaak. Omdat menig commissielid over meer kennis beschikt van een bepaald onderwerp is het raadzaam om afspraken te maken over het verschaffen, de ‘brengplicht’, van die informatie.

5.2 *Besluitvorming – zelfstandige besluiten individuele bestuursleden*

Zoals in paragraaf 2 aangestipt gaat de huidige wet uit van collectieve besluitvorming door het bestuur. De Wet Bestuur en Toezicht voorziet er in dat met een bepaalde taak belaste bestuursleden *zelfstandig* besluiten kunnen nemen die als bestuursbesluiten hebben te gelden (art. 2:129a/239a lid 3 BW nieuw¹¹) voor zover dit ‘bij of krachtens de statuten’ is bepaald (als toegelicht in de voorgaande paragraaf). Een dergelijk besluit genomen door een of meer bestuurders wordt toegerekend aan het bestuur als geheel. Bestuurders dienen hun mede-bestuurders hiervan op de hoogte te brengen c.q. elkaar daarop periodiek te bevragen. Volgens de wetgever wordt met deze nieuwe wettelijke mogelijkheid in een praktische behoefte voorzien. Dit fenomeen betekent een wezenlijke breuk met het beginsel dat (alle) bestuurders te allen tijde in de gelegenheid dienen te zijn deel te nemen aan besluitvorming en de beraadslagingen binnen het bestuur. De regeling levert een wat schril contrast op met de door de wetgever bij MvT gelegde nadruk op betrokkenheid van alle bestuurders bij de besluitvorming, bijvoorbeeld waar wordt opgemerkt dat niet-uitvoerende bestuurders die niet met de dagelijkse gang van zaken zijn belast, evenzeer deelnemen aan de besluitvorming over onderwerpen die de dagelijkse gang van zaken betreffen. De nieuwe regeling faciliteert beslist de praktijk, waarbij men bedacht dient te zijn op voldoende bewustzijn van de consequenties en de in acht te nemen spelregels. Het is raadzaam om in de statuten te bepalen op welke manier aan de informatiebehoefte van andere bestuurders (die niet aan de gedelegeerde besluitvorming deelnemen) invulling dient te worden gegeven. Het beginsel van gezamenlijke verantwoordelijkheid voor (alle) bestuursbesluiten blijft nadrukkelijk gehandhaafd; een taakverdeling bij het nemen van zekere besluiten doet daar niet aan af. Ook deze taakverdeling zal wel meewegen bij het vaststellen van eventuele bestuurdersaansprakelijkheid (zie nader paragraaf 5.3).

Het leerstuk van tegenstrijdig belang zal in de Wet Bestuur en Toezicht worden vervat in een besluitvormingsregeling (in plaats van de huidige vertegenwoordigingsregeling). Voor toelichting wordt verwezen naar het hoofdstuk van Leijten elders in deze bundel. Ik volsta op te merken dat de gezamenlijke verantwoordelijkheid van de bestuurders met zich brengt dat zij alert dienen te zijn op eventuele tegenstrijdige belangen.

¹¹ De toepassing van het derde lid van art. 2:129a/239a BW is uitgesloten ten aanzien van besluiten van structuurvennootschappen die op grond van art. 2:164/274 BW zijn onderworpen aan de goedkeuring van de RvC.

5.3 Aansprakelijkheid

Ongewijzigd is de norm voor het handelen van (uitvoerende en niet-uitvoerende) bestuurders; bij de vervulling van hun taak richten zij zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming (art. 2:129/239 lid 5 nieuw). Het maakt daarbij niet uit of zijn/ haar taak uitvoerend of algemeen/ toezichhoudend is.

De nieuwe wet behelst een verzaamd aansprakelijkheidsrisico voor niet-uitvoerende bestuurders in de one-tier board ten opzichte van commissarissen in de two-tier board. Dit vloeit voort uit de wezenlijk andere rol van de niet-uitvoerende bestuurder ten opzichte van zijn collega-toezichthouder in de positie van commissaris. De wetgever heeft uitdrukkelijk niet gekozen voor de aanduiding ‘toezichhoudend bestuurder’ omdat de taken van de niet-uitvoerend bestuurder meer omvatten dan advisering en toezicht houden in de tot op heden bekende zin. Ook niet-uitvoerende bestuursleden binnen het monistische model zijn belast met algemene bestuurstaken zodat zij, meer dan de commissarissen in het dualistische model, actief betrokken zijn bij het algemene beleid van de vennootschap. Niet-uitvoerende bestuurders beschikken over alle informatie die aan het bestuur ter beschikking wordt gesteld. Daarnaast hebben niet-uitvoerende bestuurders direct en eenvoudig invloed op de besluitvorming in het bestuur waaraan zij deelnemen en zijn zij direct verantwoordelijk voor de besluitvorming over de algemene beleidslijnen. De invloed van niet-uitvoerende bestuurders is nog sterker waar zij de meerderheid van het bestuur uitmaken. In vergelijking tot commissarissen zien niet-uitvoerende bestuurders wat er in de keuken gebeurt en kunnen zij eerder bijsturen. De feitelijke dubbelrol en volledige geïnformeerde noopt dan ook sneller, op straffe van aansprakelijkheid, tot ingrijpen. Dit geldt te meer voor de voorzitter die door contact met uitvoerende bestuurders en sleutelfiguren binnen de onderneming over (gedetailleerde) kennis over de dagelijkse gang van zaken zal beschikken. Een niet-uitvoerend bestuurder riskeert aldus aansprakelijkheid wegens onbehoorlijk *bestuur*.

De disculpatiemogelijkheid bij taakverdeling is vergeleken met de huidige wettelijke regeling niet verruimd. Het beginsel van collectieve verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid blijft onverkort van kracht. De wetgever benadrukt ook thans dat een bestuurder moet ingrijpen als hij waarneemt dat een mede-bestuurder zijn of haar taken - van algemene of specifiek toebedeelde aard - niet goed vervult; alleen dan staat een beroep op disculpatie open. Zowel de taakverdeling als de eventuele nalatigheid van de bestuurder om in te grijpen worden getoetst. De wetgever heeft mogelijke twijfel willen wegnemen over de huidige wetstekst, die de vraag kan oproepen of een bestuurder die kan aantonen dat een aangelegenheid niet tot zijn werkkring behoorde, reeds daarmee bevrijd zou zijn (los van de vraag over het treffen van maatregelen om onheil af te wenden). Er is nadrukkelijk niet gekozen voor een wettelijk vastgelegde algemene uitsluiting van aansprakelijkheid op basis van een -volgens de wetgever - (te) vergaande taakverdeling die aan de grondslag van de collectieve verantwoordelijkheid zou afdoen.

De ‘omstandighedencatalogus’ uit het Van der Ven arrest (zie paragraaf 3.2) voor de bepaling van ernstige verwijtbaarheid blijft ook onder de nieuwe wet van belang. Eén van de relevante omstandigheden betreft de factor ‘gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken’. De daadwerkelijke betrokkenheid bij besluitvorming en de informatievoorziening over niet-collectieve besluiten zullen naar mijn verwachting een factor van belang zijn bij de bepaling van eventuele aansprakelijkheid. Indien een bestuurder niet of onvoldoende geïnformeerd is over door collega’s genomen besluiten, dit in strijd met statutair vastgelegde regels over informatievoorziening, kan schending van die statutaire informatieverplichtingen (bepalingen die de belangen van de vennootschap beogen te beschermen) betekenen dat aansprakelijkheid op de betrokken collega bestuurders komt te rusten, en niet tevens op de onvoldoende geïnformeerde bestuurder.¹² Meer algemeen gesproken staat tegenover het verschaffen (brengen) van informatie door een portefeuillehouder ook het actief halen van benodigde informatie door de andere collega’s.

De door de wetgever zo benadrukte plicht tot controle op mede-bestuurders en het vereiste van ingrijpen lijkt een risico te herbergen van ondermijning van *redelijkerwijs* door bestuurders (en toezichthouders) in elkaar te stellen vertrouwen. Een overinvestering in informatie en in te winnen advies – met bijkomende tijd en kosten – ter beperking van aansprakelijkheid gaat ten koste van een optimale bedrijfsvoering. De rechter die achteraf oordeelt of het bestuur voldoende zorgvuldig heeft gehandeld bij het zich rekenschap geven van een behoorlijke taakvervulling door mede-bestuurders c.q. toezichthouders, dient met deze onwenselijke effecten rekening te houden en terughoudend te toetsen. Onwenselijke gevolgen die zijn ingetreden door gerechtvaardigd vertrouwen op achteraf gebleken onjuiste of gebrekkige informatie van de mede-bestuurder of toezichthouder zouden niet tot persoonlijke aansprakelijkheid moeten leiden.

Een tweetal illustraties uit de rechtspraak over bestuur en toezicht maken enkele praktijkproblemen op het vlak van taakverdeling inzichtelijk.

6. Illustraties van taakverdeling bij een two-tier board; de Landis zaak en bij een one-tier board; Fortis groep

De Landis zaak¹³ betreft een voorbeeld van taakverdeling in een two-tier structuur. Bij bestuursreglement was voorzien in toebedeling van essentiële taken en verantwoordelijkheden aan de CEO en CFO. Aan mede bestuursleden waren vooral operationele taken toebedeeld. Ook op niveau van de commissarissen was bij reglement in een zekere taakverdeling voorzien; er stond een vacature open voor een derde

¹² Verwezen wordt naar HR 29 november 2002, NJ 2003, 455, eveneens JOR 2003/2 m.nt. Bartman en *Ondernehmensrecht* 2003/6, comm. Wezeman (Schwandt/Berghuizer Papierfabriek) waaruit kortgezegd volgt dat schending van statutaire bepalingen die de vennootschap beogen te beschermen in beginsel aansprakelijkheid van de bestuurder vestigt.

¹³ Hof Amsterdam 15 december 2011, JOR 2012/77 m.nt. Ouwehand.

commissaris voor de taak financiën, overnames en integratie. Zolang geen financieel toezichthouder was aangesteld, was die portefeuille verdeeld over de twee andere commissarissen. In het kader van een enquêteprocedure velde de Ondernemingskamer een hard oordeel over het functioneren van de RvC. De ICT branche waarin Landis opereerde was aan substantiële ontwikkelingen onderhevig waarbij Landis had gekozen voor snelle groei en verschuiving van activiteiten. De Ondernemingskamer overwoog:

'Deze omstandigheden stellen hoge eisen aan het functioneren van de raad van commissarissen zowel voor wat betreft diens deskundigheid als voor wat betreft de zorgvuldigheid van de besluitvorming en het toezicht op het bestuur.'

Onder die omstandigheden was financiële deskundigheid een voorwaarde voor het goed functioneren van de raad van commissarissen. Desondanks was de RvC vier jaar na de beursgang (en in strijd met het eigen interne RvC reglement) nog steeds niet aangevuld met een financieel deskundige commissaris. Ook de betrokken CEO was verantwoordelijk voor een onjuist beleid omdat, volgens de Ondernemingskamer

'hij gedurende de gehele relevante periode bestuurder was en omdat hij, niet alleen door zijn hoedanigheid van CEO, maar ook, zoals uit het verslag blijkt, feitelijk, een dominante positie binnen het bestuur innam.'

In de uitspraak wijst de Ondernemingskamer op een uit oogpunt van behoorlijke corporate governance te betrachten evenwichtige samenstelling van bestuur en RvC. Voor voorbeelden van rechterlijke toetsing van corporate governance beginselen verwijs ik naar het hoofdstuk van Soerjatin elders in deze bundel.

In de praktijk wordt het oordeel van wanbeleid en in het bijzonder wanneer de OK zich uitlaat over de verantwoordelijkheid van individuele functionarissen voor dat wanbeleid, gebruikt als opstap voor een aansprakelijkheidsprocedure tegen bestuurders en/of commissarissen.¹⁴

Een illustratie van een one-tier bestuursstructuur wordt aangetroffen bij Fortis. De verantwoordelijkheid van de RvB als one-tier board, de taakverdeling en mogelijke aansprakelijkheid van de RvB, individuele bestuursleden en functionarissen aan wie zekere taken zijn gedelegeerd, vormen onderwerp van juridisch debat. De rechtbank Utrecht heeft recent uitspraak gedaan over de aansprakelijkheid van de voormalige Chairman en de CEO (beiden RvB lid) en de CFO (geen RvB lid) vanwege voornamelijk openbaarmaking van misleidende informatie.¹⁵ Onderliggend uitgangspunt is

14 In de Landis zaak loopt een aansprakelijkheidsprocedure vanuit betrokken curatoren, VEB heeft aangekondigd eveneens een aansprakelijkheidsprocedure tegen bestuurders en toezichthouders te zullen starten.

15 Rechtbank Utrecht 15 februari 2012, LJN: BV3753, becommentarieerd door De Jong, *Ondernemingsrecht* 2012/51. Van het vonnis is hoger beroep ingesteld.

dat Fortis (medegedaagde) volgens de rechtbank onrechtmatig heeft gehandeld en aansprakelijk is jegens de groep van beleggers (eisers).

De rechtbank overweegt dat het handelen van een bestuurslid van een one-tier board moet worden gemeten aan dezelfde normstelling van secundaire aansprakelijkheid van bestuurders, waarvoor een hoge drempel heeft te gelden. Bij de invulling betreft de rechtbank niet alleen de formele taakverdeling, maar ook hoe deze *feitelijk* vorm heeft gekregen. Volgens de rechtbank:

'(...) dient te worden gezien – telkens in formele en feitelijke zin – in hoeverre die bestuurder uitvoerend of niet-uitvoerend bestuurder is, welke taakverdeling er binnen de groep uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders bestaat en welke taken en bevoegdheden aan de Raad van Bestuur als collectief zijn toebedeeld.'

Daarbij zal veel minder snel van een persoonlijk ernstig verwijt sprake zijn van een niet-uitvoerend bestuurder (wiens taak in hoofdzaak bestaat uit het toezicht houden op de vennootschap) dan van een uitvoerend bestuurder (wiens taak in hoofdzaak ziet op de beleidsvorming binnen de vennootschap), aldus de rechtbank. Deze visie strookt overigens minder goed met het regime van de - nog niet in werking getreden - Wet Bestuur en Toezicht.

Voor zover ik kan overzien is dit de eerste gepubliceerde uitspraak waarin geoordeeld wordt over de aansprakelijkheid van een niet-uitvoerend bestuurder. Geabstraheerd van de complexe feiten had de Chairman geen verdergaande taken dan intern vastgelegd en waren zijn feitelijke werkzaamheden beperkt tot het houden van toezicht op de CEO, door wie hij van informatie werd voorzien. Uit de uitspraak blijkt niet of de Chairman een pro-actieve rol op het vlak van adequate informatievoorziening heeft gespeeld en evenmin of hij mocht afgaan op de hem voorgehouden informatie. Gelet op de belangrijke positie van Chairman zouden die afwegingen relevant zijn geweest.

De CEO, uitvoerend RvB lid wordt wel persoonlijk aansprakelijk bevonden. De betrokkene was in die hoedanigheid en tevens als voorzitter van een aantal belangrijke commissies op de hoogte van de aldaar aan de orde gekomen informatie. De CEO was daarmee op de hoogte (c.q. behoorde te zijn) van de materie op grond waarvan Fortis aansprakelijk wordt geacht. Voor wat betreft onjuiste mededelingen - niet van de CFO zelf maar van anderen waaronder de CFO (in bijzijn van de CEO) - die niet door de CEO zijn rechtgezet, treft hem in dat verband een persoonlijk ernstig verwijt. Dit geldt ook voor een onjuist persbericht dat door de CEO had moeten worden voorkomen danwel rechtgezet, aldus de rechtbank.

De CFO/ general counsel, geen RvB lid (maar wel van enkele commissies) treft geen aansprakelijkheid. De rechtbank acht relevant dat de CFO geen RvB lid was en daarmee geen verantwoordelijkheid droeg voor de besluitvorming over het door

Fortis gevoerde beleid. Daarbuiten was hem geen verdergaande bevoegdheid of verantwoordelijkheid toebedeeld. Bemoeienis met en uitlatingen over het financiële beleid stroken met zijn positie als aangestuurd beleidsvoorbereider en -uitvoerder. De CFO treft geen verwijt van uitlatingen van zijn medegedaagden. Het lijkt mij juist dat deze positie, als RvB-lid noch feitelijk beleidsbepaler, niet wordt geplaatst in de sleutel van collegiale verantwoordelijkheid.

7. Ter besluit, enkele praktische aanbevelingen

De problematiek rondom taakverdeling verdient (ongeacht de door de rechtspersoon verkozen bestuursstructuur) aandacht en betreft in het licht van de Wet Bestuur en Toezicht een actueel thema.

De statuten dienen te voorzien in een duidelijke vastlegging van de taakverdeling, met waar nodig een verdere (actuele) uitwerking van aan bestuurders en toezichthouders toebedeelde taken in het desbetreffende reglement. Een dergelijke vastlegging is nodig om niet ongemerkt allerlei (niet toebedeelde) bestuurstaken op het verantwoordelijkheidsbordje erbij te krijgen. Ook de praktische uitvoering van de taakverdeling is van belang. De uitspraak in de Fortis zaak laat zien dat de feitelijke situatie van taken en bevoegdheden minstens zo belangrijk is als de formeel vastgelegde. Aan de bestuurder of toezichthouder die verkiest of feitelijk fungeert als 'spin in het web' op het vlak van informatie (op basis waarvan beslissingen worden genomen) wordt die kennis ook toegerekend.

Zowel naar de huidige regelgeving en jurisprudentie als naar toekomstige wetgeving kunnen bestuurders en toezichthouders niet volstaan met focus op een specifiek aan hen toebedeelde taak. Taakverdeling is een factor van belang voor het eventueel kunnen afwenden van aansprakelijkheid maar disculpeert niet zonder meer. De bestuurder (zowel de uitvoerende als de niet-uitvoerende) draagt verantwoordelijkheid voor de algemene zaken en de juiste vervulling van taken door zijn mede-bestuurders. Dit vergt een behoorlijke mate van alertheid en organisatie vermogen.

Van de bestuurder wordt verwacht dat hij de informatie benodigd ter beoordeling van de algemene zaken laat verzamelen en kan beoordelen. Schort het de bestuurder of toezichthouder aan die kennis dan is bijscholen een optie of het eventueel (ad hoc) inwinnen van deskundig advies. Informatie en analyses die door mede-bestuurders of toezichthouders op hun specifieke deelterrein worden aangeleverd, kunnen niet dunnetjes worden overgedaan. Wel dienen mede-bestuurders zodanige vragen aan hun collega bestuurders of toezichthouders te stellen waarmee is na te gaan op welke wijze de desbetreffende bestuurder in zijn informatie heeft voorzien en de gepresenteerde analyses heeft verricht. Van die vragen en de antwoorden daarop zullen voldoende duidelijke notulen moeten worden bijgehouden, die worden vastgesteld en in het corporate dossier beschikbaar blijven. Zaken dienen vervolgens niet op zijn

beloop te worden gelaten; daar waar beantwoording of toelichting te wensen over laat kan actief ingrijpen benodigd zijn.

Het is raadzaam om duidelijke afspraken te maken (en vast te leggen) over het verschaffen van informatie door portefeuille houders en commissieleden en voorts door bestuurders aan wie in het kader van taakverdeling zekere (niet collectieve) besluitvorming is toebedeeld. In aanvulling op deze informatieverplichtingen dienen bestuurders en toezichthouders zich er van bewust te zijn dat op hen een actieve plicht rust om informatie op te vragen; zij dienen ook uit eigener beweging verantwoording te verlangen van hun collega bestuurders of toezichthouders. Doel van dit alles is om (kennis)eilanden te voorkomen en op goed geïnformeerde basis tot koersbepaling en besluitvorming te kunnen komen.

Een heldere vastlegging van taken en het aanscherpen van informatieprocessen en –verplichtingen zal de kwaliteit en efficiency van bestuur en toezicht bevorderen. Het werkt contraproductief als bestuurders en toezichthouders aan hen gestelde vragen en de vastlegging van informatieprocessen als motie van wantrouwen zouden ervaren. Een open debat over de verwachtingen die bestuurders en toezichthouders van elkaar (mogen) hebben kan bevorderlijk zijn om constructief en in vertrouwen tot goede en werkbare afspraken te komen. Als de processen rondom taakverdeling, informatievoorziening en rapportage *up to date* zijn en goed geborgd, kan juist het inhoudelijk ondernemerschap volop voorop staan.

Tenslotte, een eventuele overstap naar de functie van niet-uitvoerend bestuurder in een one-tier bestuursstructuur vergt vanuit de positie van de huidige commissaris in het two-tier model bezien, een zeer gedegen afweging. De commissaris kan zich intussen laten inspireren en mogelijkheden verkennen om zijn (informatie)positie binnen de two-tier te verbeteren.