



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De zorgvuldige bestuurder of commissaris van een NV of BV
Delfos-Roy, Y.L.L.A.M.

Citation

Delfos-Roy, Y. L. L. A. M. (2008). De zorgvuldige bestuurder of commissaris van een NV of BV. *Bw-Krant Jaarboek*, 24, 67-78. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36779>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36779>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

5 De zorgvuldige bestuurder of commissaris van een NV of BV

Y.L.L.A.M. Delfos-Roy[■]

1 INLEIDING

Een bestuurder staat tot de vennootschap¹ in een vennootschappelijke betrekking. Deze verhouding is tweeledig: de bestuurder maakt door de aanvaarding van zijn benoeming als bestuurder deel uit van de vennootschap, waardoor de voor deze positie relevante wettelijke en statutaire bepalingen op hem van toepassing zijn en voorts staat hij in een contractuele relatie tot de vennootschap en is in die zin ook wederpartij van de vennootschap. Deze contractuele relatie kan een arbeidsovereenkomst zijn, zie ook artikel 2:131/241 BW en artikel 2:134 lid 3/244 lid 3 BW.² Is er geen sprake van een arbeidsovereenkomst dan zal de contractuele relatie met de vennootschap kunnen worden aangemerkt als een overeenkomst van opdracht, artikel 7:400 BW.³ De contractuele verhouding die de bestuurder met de vennootschap heeft wordt ingekleurd door de op een bestuurder van toepassing zijnde wettelijke en statutaire bepalingen.

Een van de bepalingen welke op een bestuurder van een vennootschap van toepassing zijn, is artikel 2:9 BW. Ingevolge artikel 2:9 BW rust op de bestuurder de verbintenis zijn taak behoorlijk te vervullen. De hoofdtaak van het bestuur is ingevolge artikel 2:129/239 BW het besturen van de vennootschap. Deze taak dient in het belang van de vennootschap te worden uitgeoefend. Iedere individuele bestuurder heeft als taak aan de taakvervulling door het bestuur bij te dragen.

In het hierna volgende zal blijken dat ingevolge artikel 2:9 BW op de bestuurder, ten aanzien van zijn taakvervulling, een geobjectiveerde inspanningsverbintenis rust. De bestuurder zal voor het antwoord op de vraag of hij tekort is geschoten in de behoorlijke vervulling van zijn taak, vergeleken worden met een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult. Deze laatste zou de 'maatman' genoemd kunnen worden.

■ Y.L.L.A.M. Delfos-Roy is universitair docent bij de afdeling burgerlijk recht, Universiteit Leiden.

1 In deze bijdrage wordt onder vennootschap de in Boek 2 BW bedoelde (grote) naamloze of (grote) besloten vennootschap verstaan.

2 P. van Schilfgaarde/J. Winter (bew.), *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2006, p. 3 en 141.

3 Van Schilfgaarde/Winter 2006, p. 143.

Ook voor een commissaris geldt dat deze een tweeledige verhouding met de vennootschap heeft: door de aanvaarding van zijn benoeming maakt de commissaris deel uit van de vennootschap, waardoor de voor deze positie relevante wettelijke en statutaire bepalingen op hem van toepassing zijn en voorts staat de commissaris in een contractuele verhouding tot de vennootschap. Deze contractuele relatie kan worden aangemerkt als een overeenkomst van opdracht (artikel 7:400 BW).⁴ Voor een commissaris geldt eveneens dat de contractuele verhouding, in welke hij tot de vennootschap staat, wordt ingekleurd door op een commissaris van toepassing zijnde wettelijke en statutaire bepalingen.

De hoofdtaak van de raad van commissarissen is, ingevolge artikel 2:140 lid 2/250 lid 2 BW, het houden van toezicht '(...) op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming (...).' Deze taak dient in het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming te worden uitgeoefend, artikel 2:140 lid 2/250 lid 2 BW.

Ingevolge artikel 2:149/259 BW is artikel 2:9 BW ook van toepassing ten aanzien van de taakvervulling door de raad van commissarissen. Dit betekent dat voor een individuele commissaris, die dient bij te dragen aan de taakvervulling door de raad van commissarissen, sprake is van een geobjectiveerde inspanningsverbintenis. De desbetreffende commissaris zal, bij beantwoording van de vraag of hij tekort is geschoten in de behoorlijke vervulling van zijn taak, vergeleken worden met een commissaris die voor zijn taak is berekend en deze nauwgezet vervult. Deze laatste zou de 'maatman' genoemd kunnen worden.

2 HERKOMST EN BETEKENIS VAN HET OBJECTIEVE CRITERIUM

Artikel 2:9 BW luidt als volgt:

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

In 1997 overwoog de Hoge Raad dat voor aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW vereist is 'dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt' en dat of in een bepaald geval een tekortkoming in de behoorlijke taakvervulling ernstig verwijtbaar is, 'dient te worden beoordeeld aan de hand

4 Van Schilfgaarde/Winter 2006, p. 222.

van alle omstandigheden van het geval', tot welke omstandigheden, aldus de Hoge Raad onder meer behoren:

'de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten, de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's, de taakverdeling binnen het bestuur, de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen, de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen, alsmede het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.'⁵

Het zinsdeel 'alsmede het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult', geeft aan dat het vereiste van behoorlijke taakvervulling in artikel 2:9 BW is geobjectiveerd.⁶ Een bestuurder dient, kort gezegd, zijn taak te vervullen met het inzicht en de zorgvuldigheid die, in de omstandigheden van het geval, mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak is berekend en deze nauwgezet vervult. Voldoet een bestuurder niet aan deze norm dan treft hem, in beginsel, een ernstig verwijt en kan hij jegens de rechtspersoon aansprakelijk zijn voor de uit de onbehoorlijke taakvervulling voortvloeiende schade. Op de bestuurder van een vennootschap rust aldus een geobjectiveerde inspanningsverbintenis.⁷

Om een bestuurder een ernstig verwijt van onbehoorlijke taakvervulling te kunnen maken is *niet* vereist 'dat de betrokken bestuurder als zodanig (...) zo onmiskenbaar en duidelijk in de vervulling van zijn taken is tekortgekomen, dat daarover geen redelijk oordelend ondernemer zou kunnen twijfelen (...).' Een zodanige maatstaf zou volgens de Hoge Raad te beperkt zijn.⁸ Er is met andere woorden geen sprake van een marginale toets op grond waarvan de rechter, eerst wanneer geen redelijk oordelend ondernemer zo zou hebben bestuurd, tot het oordeel dat sprake is van ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur over zou kunnen gaan. De rechter heeft aldus de ruimte om te bepalen welk inzicht en welke zorgvuldigheid in de omstandigheden van het geval mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult. Uiteraard beoordeeld naar het moment waarop de handeling dan wel het nalaten plaatsvond, en, naar ik de Hoge Raad⁹ begrijp, met inachtneming van het uitgangspunt dat het criterium 'ernstig verwijt' beoogt te 'voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen.' Aan een bestuurder komt

5 HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360 m.nt. Ma (*Staleman en Richelle/Van de Ven c.s.*).

6 Van Schilfgaarde/Winter 2006, p. 147-148. Zie ook B.F. Assink en P.D. Olden, 'Over bestuurdersaansprakelijkheid – De reikwijdte van de maatstaf 'ernstig verwijt', vrijetekening en vrijwaring nader bezien', *Ondernemingsrecht* 2005, p. 11.

7 Van Schilfgaarde/Winter 2006, p. 148.

8 HR 4 april 2003, NJ 2003, 538 m.nt. Ma (*SCC/Jaarsma*).

9 HR 20 juni 2008, LJN BC4959 (*Beheer c.s./NOM*).

dus wel een fout-marge toe. Niet elk bestuur dat uiteindelijk nadelig voor de vennootschap blijkt te zijn is ernstig verwijtbaar. Het gaat er bijvoorbeeld om dat de desbetreffende bestuurder niet dan na degelijk onderzoek en op redelijke grond tot de desbetreffende transactie overgaat.

Voor aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW is evenmin vereist dat sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid ten aanzien van de onbehoorlijke taakvervulling, ook niet wanneer de desbetreffende bestuurder werknemer van de vennootschap is. Wanneer de bestuurder werknemer van de vennootschap is, is voor het antwoord op de vraag aan welke graad van schuld moet zijn voldaan om aansprakelijk te kunnen zijn, beslissend of sprake is van taakvervulling als bestuurder of als werknemer. Eerst wanneer de bestuurder, die tevens werknemer is, een taak vervult, niet uit hoofde van het zijn van bestuurder maar uit hoofde van het zijn van werknemer, speelt het criterium opzet of bewuste roekeloosheid als bedoeld in artikel 7: 661 BW.¹⁰ Denk bijvoorbeeld aan het geval dat een bestuurder van een vennootschap tijdens vervoer dat plaatsvindt krachtens verplichtingen uit arbeidsovereenkomst een verkeersongeval veroorzaakt en daarbij schade aan de auto van zijn werkgever toebrengt.¹¹

De reikwijdte van artikel 2:9 BW en daarmee het ernstig verwijt-criterium is, aldus de Hoge Raad,¹² niet beperkt tot vorderingen die zijn gebaseerd op een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis die voor de bestuurder voortvloeit uit zijn overeenkomst met de rechtspersoon. Artikel 2:9 BW en daarmee het ernstig verwijt-criterium is, aldus de Hoge Raad, evenzeer van toepassing indien, onafhankelijk van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van zijn verbintenis met de rechtspersoon, sprake is van een onrechtmatige daad die door de desbetreffende bestuurder bij zijn taakvervulling is begaan.

Artikel 2:9 BW dat de bestuurder tegen aansprakelijkheid voor lichtere fouten (dan ernstig verwijtbare) in zijn taakvervulling beschermt is, aldus de Hoge Raad, eveneens van toepassing wanneer de aan de bestuurder verweten onrechtmatige daad niet bij de taakvervulling is begaan maar daarmee wel in zodanig verband staat dat de strekking van artikel 2:9 BW zich tegen een verdergaande aansprakelijkheid verzet.¹³ Ontbreekt ook het hier bedoelde verband dan lijkt deze bescherming niet redelijk.¹⁴

Bovenstaande neemt, aldus de Hoge Raad, niet weg dat een bestuurder op grond van artikel 6:162 BW aansprakelijk gesteld kan worden voor een onrechtmatige daad begaan in de uitoefening van zijn taak of een onrecht-

10 HR 10 december 1999, *NJ* 2000, 6 (*M/Prickartz q.q.*). Zie ook A-G Timmerman in zijn conclusie bij HR 2 maart 2007, *NJ* 2007, 240 m.nt. J.M.M. Maeijer (*NBW/S. c.s.*).

11 Zie ook Assink en Olden 2005, p. 13.

12 HR 2 maart 2007, *NJ* 2007, 240 m.nt. J.M.M. Maeijer.

13 HR 2 maart 2007, *NJ* 2007, 240 m.nt. J.M.M. Maeijer.

14 Conclusie A-G Timmerman onder 2.13, voor HR 2 maart 2007, *NJ* 2007, 240 m.nt. J.M.M. Maeijer.

matige daad die daarmee in bovenbedoeld verband staat, maar dat ter bepaling van de aansprakelijkheid de in artikel 2:9 BW neergelegde maatstaf dient te worden gehanteerd.¹⁵

Is de onrechtmatige daad door de bestuurder niet bij zijn taakvervulling begaan en ontbreekt ook laatstgenoemd verband dan is het schuld criterium van artikel 6:162 lid 3 BW gewoon van toepassing.

3 TOEPASSING VAN HET OBJECTIEVE CRITERIUM

Zoals gezegd dient een bestuurder zijn taak te vervullen met het inzicht en de zorgvuldigheid die, in de omstandigheden van het geval, mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult. Tot de in aanmerking te nemen omstandigheden behoren, als gezegd, volgens de Hoge Raad onder meer:

- de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten;
- de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's;
- de taakverdeling binnen het bestuur;
- de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen;
- de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen.¹⁶

In een latere uitspraak voegt de Hoge Raad¹⁷ daar nog aan toe dat: 'de eisen die voortvloeien uit een behoorlijke taakvervulling waartoe elke bestuurder ingevolge art. 2:9 BW gehouden is', mede worden ingevuld door 'de in Nederland heersende algemene rechtsovertuiging zoals deze onder meer tot uiting komt in de Nederlandse corporate governance code (...).'¹⁸

Het moge duidelijk zijn dat aan de hand van deze criteria niet op voorhand kan worden gezegd in welke gevallen sprake is van ernstig verwijtbare onbehoorlijke taakvervulling.

Als voorbeeld van, in beginsel, ernstig verwijtbare onbehoorlijke taakvervulling kan worden genoemd handelen in strijd met statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen. De Hoge Raad overweegt dienaangaande:

15 Zie ook P.G.F.A. Geerts/H.E. Boschma, 'Kronieken, Ondernemingsprocesrecht', *TCR*, p. 35-36, P.D. Olden in zijn noot onder HR 2 maart 2007, *JOR* 2007, 137 en J.B. Wezeman, 'Bestuurdersaansprakelijkheid. Onbehoorlijk bestuur en onrechtmatige daad. Samenloop. Doorwerking criteria art. 2:9 BW', *Ondernemingsrecht* 2007, p. 217-219.

16 HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 m.nt. Ma (*Staleman en Richelle/Van de Ven c.s.*).

17 HR 13 juli 2007, *NJ* 2007, 434 m.nt. J.M.M.Maeijer (*ABN AMRO*).

18 Staatscourant 27 december 2004, nr. 250, p. 35. Deze code is, kort gezegd van toepassing op beursgenoteerde vennootschappen, zie de preambule.

‘Voor aansprakelijkheid op de voet van art. 2:9 BW is vereist dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Of van een ernstig verwijt sprake is, dient te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. De omstandigheid dat gehandeld is in strijd met statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen, moet in dit verband als een zwaarwegende omstandigheid worden aangemerkt, die in beginsel de aansprakelijkheid van de bestuurder vestigt. Indien de aldus aangesproken bestuurder echter feiten en omstandigheden heeft aangevoerd op grond waarvan zou kunnen worden aangenomen dat het gewraakte handelen in strijd met de statutaire bepalingen niet een ernstig verwijt oplevert, dient de rechter deze feiten en omstandigheden uitdrukkelijk in zijn oordeel te betrekken.’¹⁹

Ook handelen met tegenstrijdig belang kan tot aansprakelijkheid van een bestuurder voor de daaruit voor de vennootschap voortvloeiende schade leiden. Het is interessant om deze situatie onder de loep te nemen omdat de Hoge Raad voor de onbevoegdheid van een bestuurder om de vennootschap in geval van tegenstrijdig belang te vertegenwoordigen (artikel 2:146/256 BW) recent ook een objectieve maatstaf lijkt te hebben aangenomen. Ingevolge artikel 2:130 lid 1/240 lid 1 BW is het bestuur bevoegd de vennootschap te vertegenwoordigen.²⁰ De vertegenwoordigingsbevoegdheid zoals die aan het bestuur toekomt, komt ook toe aan iedere individuele bestuurder, artikel 2:130 lid 2/240 lid 2 BW. Uit lid 2 van genoemde artikelen volgt voorts dat de bevoegdheid die aan het bestuur of bestuurders toekomt onbeperkt en onvoorwaardelijk is, voor zover uit de wet niet anders voortvloeit. Een beperking die uit de wet voortvloeit is te vinden in artikel 2:146/256 BW.

Artikel 2:256 BW (artikel 2:146 BW is identiek, met dien verstande dat in plaats van vennootschap wordt gesproken van naamloze vennootschap) luidt als volgt:

‘Tenzij bij de statuten anders is bepaald, wordt de vennootschap in alle gevallen waarin zij een tegenstrijdig belang heeft met een of meer bestuurders, vertegenwoordigd door commissarissen. De algemene vergadering is steeds bevoegd een of meer andere personen daartoe aan te wijzen.’

De Hoge Raad²¹ overweegt dat de strekking van artikel 2:256 BW is te voorkomen dat een bestuurder zich bij zijn handelen ‘(met name) laat leiden door zijn persoonlijk belang in plaats van (uitsluitend) het belang van de vennootschap dat hij heeft te dienen (...).’ De bepaling strekt, aldus de Hoge Raad, in de eerste plaats tot bescherming van het belang van de vennootschap en

19 HR 29 november 2002, NJ 2003, 455 (*Schwandt/BPF*).

20 Lid 1 van artikel 2:130/240 BW bepaalt dat het bestuur de vennootschap vertegenwoordigt, voor zover uit de wet niet anders voortvloeit. Deze beperking ziet op de situatie waarin vertegenwoordigingsbevoegdheid ontbreekt, bijvoorbeeld in het geval van benoeming van bestuurders.

21 HR 29 juni 2007, NJ 2007, 420 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Bruil-Kombex/Bruil-Arnhem*).

ontzegt de bestuurder de bevoegdheid de vennootschap te vertegenwoordigen wanneer hij:

‘door de aanwezigheid van een persoonlijk belang of door zijn betrokkenheid bij een ander met dat van de rechtspersoon niet parallel lopend belang niet in staat moet worden geacht het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming te bewaken op een wijze die van een integer en onbevooroordeeld bestuurder mag worden verwacht’, terwijl voor de toepassing van art. 2:256 BW niet is vereist dat ‘zeker is dat de betrokken rechtshandeling daadwerkelijk tot benadeling van de vennootschap zal leiden’, doch voldoende is ‘dat de bestuurder te maken heeft met zodanig onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming.’²²

Voorts overweegt de Hoge Raad dat de vraag of een tegenstrijdig belang bestaat slechts kan worden beantwoord met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het geval.²³

Ten aanzien van vertegenwoordiging door een bestuurder natuurlijk persoon, tevens aandeelhouder, van meerdere vennootschappen die met elkaar in een groep verbonden zijn, overweegt de Hoge Raad dat niet spoedig sprake van tegenstrijdig belang in de zin van art. 2:256 BW zal zijn. Waar, aldus de Hoge Raad, voldoende duidelijk is dat ook zonder een van artikel 2:256 BW afwijkende regeling in de statuten, de afweging van de belangen van de betrokken vennootschappen en de daaraan verbonden onderneming ‘in groepsverband aan de betrokken bestuurder tevens aandeelhouder is toevertrouwd teneinde de desbetreffende rechtshandeling(en) aan te gaan, zal art. 2:256 niet zonder meer toepassing mogen vinden op grond van het enkele feit dat de bestuurder de belangen van twee onderscheiden vennootschappen heeft behartigd.’

Voorts overweegt de Hoge Raad dat een beroep op artikel 2:256 BW slechts zal kunnen slagen wanneer ‘een persoonlijk belang van de bestuurder in de hiervoor bedoelde zin tegenstrijdig was met het belang van de vennootschap(en) en de daaraan verbonden onderneming op grond van daartoe naar voren gebrachte, voldoende geadstrueerde, omstandigheden die zodanig van invloed kunnen zijn geweest op de besluitvorming van de betrokken bestuurder dat hij zich op grond van deze bepaling niet in staat had mogen achten het belang van de vennootschap(en) en de daaraan verbonden onderneming

22 HR 29 juni 2007, NJ 2007, 420 m.nt. J.M.M. Maeijer en in nagenoeg dezelfde bewoordingen HR 29 februari 2008, NJ 2008, 144 (*Café Bar Caribbean/Licores Maduro*). Volgens HR 14 juli 2006, NJ 2006, 570 m.nt. J.M.M. Maeijer (*ABN AMRO Bank NV/J.B. Dijkema q.q.*) zal de vennootschap de uit artikel 2:256 BW voortvloeiende onbevoegdheid van haar bestuurder aan derden kunnen tegenwerpen ‘indien de tegenstrijdigheid tussen het belang van de vennootschap en dat van de betrokken bestuurder(s) ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling aan de derde bekend was, dan wel bekend had behoren te zijn.’

23 HR 29 juni 2007, NJ 2007, 420 m.nt. J.M.M. Maeijer.

met de vereiste integriteit en objectiviteit te behartigen en zich van de desbetreffende rechtshandeling had moeten onthouden.²⁴ Deze overweging geeft volgens Maeijer²⁵ aan dat de hiervoor genoemde norm, dat sprake is van onbevoegdheid tot vertegenwoordiging wanneer de bestuurder te maken heeft met zodanige onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming, het besluitvormingsproces van de bestuurder betreft. Voorts stelt Maeijer: 'In wezen is die norm een heilzame concretisering van hetgeen ingevolge art. 2:8 en 9 lid 1 BW van de bestuurder in het algemeen mag worden verwacht.'

Gesteld zou aldus kunnen worden dat wanneer een bestuurder zich ingevolge deze norm van de desbetreffende handeling had behoren te onthouden, maar dat niet heeft gedaan en daardoor schade voor de vennootschap ontstaat, aansprakelijkheid van de bestuurder voor deze schade wegens ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur kan bestaan. In dat geval heeft de bestuurder immers in beginsel niet met het inzicht en de zorgvuldigheid die, in de omstandigheden van het geval, van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult mogen worden verwacht, gehandeld.

De schade voor de vennootschap kan bijvoorbeeld hierin bestaan dat de vennootschap in verband met een beroep op de vertegenwoordigingsonbevoegdheid van de desbetreffende bestuurder, de nodige kosten voor rechtsbijstand heeft moeten maken.

Dat aansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW kan bestaan wegens handelen met tegenstrijdig belang is bovendien van belang wanneer het bestaan van tegenstrijdig belang geen beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid meer zou opleveren (en voor de vennootschap aldus een voor haar nadelige verbintenis kan ontstaan) maar slechts een beperking van de bevoegdheid om aan de besluitvorming deel te nemen.

Dit wordt voorgesteld in het wetsvoorstel 'Wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen'.²⁶ De artikelen 2:146/256 BW zouden volgens dit voorstel moeten vervallen en daarvoor in de plaats

24 HR 29 juni 2007, *NJ* 2007, 420. W.J.M. van Veen & T.H.M. van Wechem, 'Belangenverstrengeling in het vennootschapsrecht en bij opdracht', *VrA* 2007/3, p. 49-51, merken op dat de Hoge Raad door de woorden 'zich niet in staat had mogen achten' lijkt te zijn overgestapt op een subjectieve maatstaf. De auteurs merken daarbij op dat de overweging van de Hoge Raad op dit punt mogelijk als een 'slip of the pen' moet worden aangemerkt daar met het standpunt dat aan de artikelen 2:146/256 BW een beschermingsgedachte ten grondslag ligt niet goed verenigbaar is een van de beleving van de betrokken bestuurder afhankelijke maatstaf.

25 J.M.M. Maeijer in zijn noot onder HR 29 juni 2007, *NJ* 2007, 420. Vergelijk ook A.F.J.A. Leijten in zijn noot onder HR 29 juni 2007, *JOR* 2007, 169 en S.M. Bartman in zijn noot onder HR 29 juni 2007, *JOR* 2007, 169.

26 Zie <<http://www.justitie.nl/onderwerpen>>.

zou aan de artikelen 2:129/239 BW een lid 5 en een lid 6 moeten worden toegevoegd luidende:

‘5. Bij de vervulling van zijn taak richt het bestuur zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.’

‘6. Een bestuurder neemt niet deel aan de besluitvorming over een onderwerp indien hij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang bedoeld in lid 5. Wanneer hierdoor geen bestuursbesluit kan worden genomen, dan wordt het besluit genomen door de raad van commissarissen of als die er niet is de algemene vergadering. De statuten kunnen ten aanzien van het in de laatste volzin bedoelde geval anders bepalen.’

Wanneer een bestuurder in strijd met deze bepaling toch deelneemt aan de besluitvorming zal dat in beginsel niet aan de totstandkoming van een verbintenis voor de vennootschap in de weg staan. Het verbod aan de besluitvorming deel te nemen betreft immers geen beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid. Wel zal deelname aan de besluitvorming ondanks het verbod in beginsel ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur opleveren en de bestuurder mogelijk aansprakelijk doen zijn voor de schade die, tengevolge van een op deze besluitvorming gebaseerde transactie, voor de vennootschap ontstaat. Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn wanneer deze transactie door de overige bestuurders niet of niet onder dezelfde voorwaarden namens de vennootschap zou zijn aangegaan indien zij op de hoogte waren geweest van het tegenstrijdige belang.²⁷

Opgemerkt dient nog te worden dat het voorgestelde lid 6 wat ruim lijkt te zijn opgesteld. Het woord ‘indien’ in de eerste zin dient mijns inziens te worden vervangen door ‘ten aanzien waarvan’. Het is toch, zo lijkt mij, niet de bedoeling dat een bestuurder ook niet mag deelnemen aan de besluitvorming wanneer een onderwerp aan de orde is ten aanzien waarvan voor hem geen tegenstrijdig belang bestaat.²⁸ Vergelijk in dit verband ook *best practice* bepaling II.3.3 van de Nederlandse corporate governance code waar wordt bepaald dat een bestuurder niet aan de discussie en de besluitvorming deelneemt over een onderwerp of transactie waarbij hij een tegenstrijdig belang heeft.

27 MvT bij Wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen, zie <<http://www.justitie.nl/onderwerpen>>.

28 Zie ook Y.L.L.A.M. Delfos-Roy, *Informatieverstrekking en informatievergaring in het kader van de toezichhoudende en raadgevende taak van de Raad van Commissarissen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 4-5.

4 COMMISSARISSEN

In het voorgaande is met name gesproken over de positie van bestuurders. Ook op commissarissen is, als gezegd, ingevolge artikel 2:149/259 BW, art. 2:9 BW van toepassing en rust de, onder 2, besproken geobjectiveerde inspanningsverbintenis.

De hoofdtak van de raad van commissarissen is verwoord in art. 2:140 lid 2/250 lid 2 BW. Deze taak betreft het houden van toezicht op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken in de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming.

Art. 2:140 lid 2/250 lid 2 BW luidt als volgt:

‘De raad van commissarissen heeft tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Hij staat het bestuur met raad terzijde. Bij de vervulling van hun taak richten de commissarissen zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.’

Een individuele commissaris dient bij te dragen aan de taakvervulling door de raad van commissarissen. De commissaris dient, kort gezegd, zijn taak te vervullen met het inzicht en de zorgvuldigheid die, in de omstandigheden van het geval, mogen worden verwacht van een commissaris die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.

In dit verband is interessant het volgende voorbeeld waarin de vraag speelt in hoeverre commissarissen zich, in verband met tegenstrijdige belangen, van besluitvorming zouden moeten onthouden. Ook voor dit geval heeft de Hoge Raad een objectieve norm gecreëerd.²⁹

In het hierna te behandelen geval speelt de Nederlandse corporate governance code een rol.³⁰

Best practice bepaling III.6.2 van deze code bepaalt dat een commissaris niet deelneemt ‘aan de discussie en de besluitvorming over een onderwerp of transactie waarbij deze commissaris een tegenstrijdig belang heeft.’ Uit *practice* bepaling III.2.2 aanhef en onder f zou kunnen worden afgeleid dat aan de voornoemde bepaling niet hoeft te worden voldaan wanneer het een commissaris van een groepsmaatschappij betreft.³¹ Dit is echter niet zonder meer het geval. Of door een groepsmaatschappij van de in III.6.2 bedoelde

29 HR 14 september 2007, NJ 2007, 612 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Versatel*).

30 Staatscourant 27 december 2004, nr. 250, p. 35. Deze code is, kort gezegd van toepassing op beursgenoteerde vennootschappen, zie de preambule.

31 *Best practice* bepaling III.2.2 aanhef en onder f bepaalt dat een commissaris onder andere niet als onafhankelijk geldt wanneer deze ‘bestuurder of commissaris is bij of anderszins vertegenwoordiger is van een rechtspersoon welke ten minste tien procent van de aandelen in de vennootschap houdt, tenzij het gaat om groepsmaatschappijen’.

eisen kan worden afgeweken is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, aldus de Hoge Raad.³²

Het oordeel van de OK dat sprake is van zodanige omstandigheden dat, in verband met de aanwezigheid van minderheidsaandeelhouders die weinig invloed kunnen uitoefenen op het beleid van de vennootschap, de eisen die in het algemeen gesteld worden aan het toezichthoudende orgaan van de rechtspersoon blijven gelden, ook al is sprake van een groepsmaatschappij getuigt, aldus de Hoge Raad, niet van een onjuiste rechtsopvatting.

Voor het aannemen van tegenstrijdige belangen in een geval als het onderhavige, is, aldus de Hoge Raad, voldoende:

‘dat de betrokken commissarissen te maken hebben met zodanig onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of zij zich bij hun handelen uitsluitend laten leiden door het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming (...).’³³

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat voor commissarissen de norm geldt dat zij zich, kort gezegd, ten aanzien van het desbetreffende onderwerp van besluitvorming onthouden indien zij met zodanig onverenigbare belangen te maken hebben dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of zij zich bij hun handelen uitsluitend laten leiden door het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming en dat of een tegenstrijdig belang bestaat, afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Wanneer een commissaris zich ingevolge deze norm van besluitvorming had behoren te onthouden, maar dat niet heeft gedaan, treft hem, in beginsel, een ernstig verwijt van onbehoorlijke taakvervulling. Hij heeft dan immers, in beginsel, niet met het inzicht en de zorgvuldigheid gehandeld die, in de omstandigheden van het geval, mogen worden verwacht van een commissaris die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult. Voor de uit deze normovertreding voortvloeiende schade kan een commissaris op grond van artikel 2:9 BW aansprakelijk zijn.

Alhoewel de corporate governance code, kort gezegd, op beursgenoteerde vennootschappen van toepassing is, geldt het hier besprokene, mijns inziens, ook voor commissarissen van een besloten vennootschap. Steun daarvoor is te vinden in het hiervoor besproken wetsvoorstel waarin wordt voorgesteld zowel aan artikel 2:140 BW als artikel 2:250 BW een lid 5 toe te voegen waarin wordt bepaald dat een commissaris niet aan de besluitvorming deelneemt over een onderwerp indien hij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.

32 HR 14 september 2007, NJ 2007, 612 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Versatel*).

33 HR 14 september 2007, NJ 2007, 612 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Versatel*).

5 CONCLUSIE

Wanneer een bestuurder of commissaris als gevolg van zijn onbehoorlijke taakvervulling schade voor de vennootschap veroorzaakt, kan hij jegens de vennootschap op grond van artikel 2:9 BW aansprakelijk zijn. Aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW omvat zowel vorderingen die zijn gebaseerd op een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis die voor de bestuurder/commissaris voortvloeit uit zijn overeenkomst met de rechtspersoon als vorderingen – wanneer onafhankelijk van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van zijn verbintenis sprake is van een onrechtmatige daad – op grond van onrechtmatige daad.

Voorts geldt dat artikel 2:9 BW ook van toepassing is wanneer de onrechtmatige daad niet bij de taakvervulling is begaan maar daarmee in zodanig verband staat dat de strekking van artikel 2:9 BW zich tegen een verdergaande aansprakelijkheid verzet.

Dit neemt niet weg dat een bestuurder/commissaris door de vennootschap op de grondslag van artikel 6:162 BW aansprakelijk gesteld kan worden voor een onrechtmatige daad begaan in de uitoefening van zijn taak of een onrechtmatige daad die daarmee in bovenbedoeld verband staat, maar dat ter bepaling van de aansprakelijkheid de in artikel 2:9 BW neergelegde maatstaf dient te worden gehanteerd. Deze maatstaf is, zoals in deze bijdrage is besproken, dat de bestuurder/commissaris eerst aansprakelijk kan zijn wanneer hem een ernstig verwijt van onbehoorlijke taakvervulling of van de onrechtmatige daad die met de taakvervulling in zodanig verband staat dat artikel 2:9 BW zich tegen een verdergaande aansprakelijkheid verzet, treft.

Of een bestuurder/commissaris een ernstig verwijt treft hangt af van de omstandigheden van het geval, waarbij geldt dat aansprakelijkheid eerst kan bestaan indien de bestuurder/commissaris niet heeft gehandeld met het inzicht en de zorgvuldigheid die, in de omstandigheden van het geval, mogen worden verwacht van een bestuurder/commissaris die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.

De bestuurder/commissaris wordt voor het antwoord op de vraag of hem een ernstig verwijt treft, aldus vergeleken met wat we zouden kunnen noemen de maatman bestuurder/commissaris.