

De ernst van de verwijten aan de statutair bestuurder

Georg van Daal
redactielid

Eind november jl. kreeg de Hoge Raad een zeldzame kans en gaf hij uitleg aan het begrip ‘behoorlijke taakvervulling’ uit art. 2:9 BW.¹ Die invulling is erg genuanceerd, hoewel de casus aanleiding had kunnen zijn om een harde en duidelijke regel te formuleren.

Art. 9 Boek 2 BW bepaalt dat elke bestuurder van een rechtspersoon de hem opgedragen taak behoorlijk moet vervullen. Bij een tekortkoming in die behoorlijke taakvervulling is de bestuurder tegenover de rechtspersoon aansprakelijk voor de schade die daarvan het gevolg is, tenzij deze hem niet kan worden verweten én hij niet nalatig is geweest in het treffen van tegenmaatregelen. Het gaat hier om een inspanningsverbintenis van de bestuurder, waarbij wel enige objectieve maatstaven gelden. De bestuurder moet namelijk beschikken over het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.²

In de literatuur van vóór 1997 werd algemeen aangenomen dat van aansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW slechts sprake kan zijn, als de bestuurder van enige niet-behoorlijke taakvervulling een ‘ernstig verwijt’ kan worden gemaakt. Aan de hand van het Debrot-arrest³ bepleitten sommigen zelfs dat voor de bestuurder die tevens werknemer is, dat ernstige verwijt gelijk gesteld moest worden aan de norm voor aansprakelijkheid van de werknemer in de zin van art. 7:661 BW, oftewel dat er van aansprakelijkheid in de zin van art. 2:9 BW alsdan alleen sprake kan zijn bij opzet of bewuste roekeloosheid.⁴

SUI GENERIS

Met het maatgevende arrest op dit gebied uit januari 1997, Staleman/Van de Ven,⁵ is aan de laatste opvatting een einde gekomen. In dit arrest is de lijn in de daaraan voorafgaande literatuur gevolgd, dat van aansprakelijkheid

in de zin van art. 2:9 BW slechts sprake kan zijn indien de bestuurder van zijn niet-behoorlijke taakvervulling een ‘ernstig verwijt’ kan worden gemaakt. Uit dit arrest kan verder worden afgeleid dat dat ernstige verwijt niet dient te worden ingekleurd aan de hand van art. 7:661 BW, maar dat we hier te maken hebben met een ‘ernstig verwijt *sui generis*’. Of aan dit criterium is voldaan, moet volgens de Hoge Raad worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Dat zijn 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 het bestuur beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen en het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult. Indien een bestuurder die tevens werknemer is, alleen of mede in zijn laatste hoedanigheid wordt aangesproken, is de norm van opzet of bewuste roekeloosheid van art. 7:661 BW natuurlijk weer wél relevant. Een bestuurder die géén werknemer is, heeft zich óók te gedragen naar de norm van art. 7:401 BW, oftewel hij zal de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moeten nemen.

SCHENDING STATUTEN

De norm van het arrest Staleman/Van de Ven lijkt tamelijk open. Aan de hand van het specifieke geval van onbehoorlijke taakvervulling

zal moeten worden bepaald of er sprake is van ernstige verwijtbaarheid. Een paar inkoppers ligt wel klaar. Zo zou – gezien de ‘voor het bestuur geldende richtlijnen’ – van een ernstig verwijt zonder meer sprake moeten zijn als een bestuurder een statutaire bepaling schendt.⁶ De statuten van een rechtspersoon bevatten vaak beperkingen van de bevoegdheden van het bestuur, dat dan bijvoorbeeld namens de rechtspersoon alleen bepaalde rechtshandelingen mag verrichten na vooraf verkregen toestemming van de Raad van Commissarissen of de vergadering van aandeelhouders.

In het arrest van 29 november 2002 gaat het juist om een dergelijk geval, de bestuurder had namelijk een statutaire bevoegdheidsbeperking geschonden. Het hof had de zaak alvast eenvoudig opgediend, door te oordelen dat de schending van die statutaire bepaling zonder meer het voor aansprakelijkheid vereiste ernstige verwijt opleverde. De vraag was of de Hoge Raad hier in mee zou gaan.

ZONDER TOESTEMMING

De statuten van de desbetreffende vennootschap bepaalden dat het bestuur geen deelneming in een andere rechtspersoon aanmerkelijk mocht verminderen, zonder voorafgaande toestemming van de Raad van Commissarissen. In strijd daarmee was de bestuurder namens de door hem bestuurde rechtspersoon voor de aandelen in een deelneming in een andere vennootschap maar liefst twee – samenstellen van – optieovereenkomsten tot verkoop aangegaan. Met twee derden was hij dergelijke optieovereenkomsten aangegaan, voor een deel van de aandelen in de deelneming, voor wat nog redelijke prijzen leken. Met één andere derde was hij, voor wat vreemd genoeg een deels gelijke looptijd lijkt, een optieovereenkomst aangegaan voor een veel lagere prijs voor alle aandelen in de deelneming. Deze tweede overeenkomst kende een looptijd van enkele maanden langer dan de eerste twee overeenkomsten. De partijen bij

De bestuurder is aansprakelijk in de zin van art. 2:9 BW als hem van zijn niet-behoorlijke taakvervulling een ‘ernstig verwijt’ kan worden gemaakt

de eerste optieovereenkomsten lieten hun opties verlopen, de tweede optiehouder riep zijn optie in en verwierf de volledige deelneming. Vlak daarop verkocht deze partij met een zeer aanmerkelijke winst deze aandelen door aan, saillant detail, de eerste twee optiehouders, deels voor nog hogere prijzen dan die van hun oorspronkelijke optieovereenkomsten.

De – voormalige – bestuurder werd door de vennootschap aangesproken. Hij had namelijk zonder toestemming van de Raad van Commissarissen de aandelen aan een derde vervreemd, terwijl deze er onmiddellijk in slaagde de aandelen met een zeer aanmerkelijke winst te verkopen aan twee partijen die die bestuurder nota bene ook kende. Hij werd aangesproken voor het verschil tussen de prijs die zijn vennootschap had gekregen en de verkoopprijs die de optiehouder had weten te verwezenlijken.

Het hof was het met de eisende vennootschap eens dat de bestuurder zonder meer een ernstig verwijt kon worden gemaakt van de schending van de statutaire bevoegdheidsbeperking, en hield hem wegens onbehoorlijke taakvervulling aansprakelijk voor voormeld verschil.

ROUTE

De bestuurder had nogal wat verweren in stelling gebracht die er op neerkwamen dat zijn schending van de statutaire bevoegdheidsbeperking in dit specifieke geval juist géén ernstig verwijt opleverde.⁷ Zo was het binnen de vennootschap strijk en zet dat zelfs niet-bestuurders desinvesteringen van vergelijkbare omvang deden, zonder de Raad van Commissarissen te raadplegen. Die raad was namelijk niet geïnteresseerd in desinvesteringen van relatief geringe omvang, en had ook in dit specifieke geval geen interesse getoond, terwijl het wel ten minste even ter sprake was gekomen tussen de bestuurder en de raad. Bovendien had de bestuurder gesteld dat hij bij de optieverlening wist noch behoorde te

weten dat derden bereid zouden zijn een veel hogere prijs te betalen dan de optiehouder zou moeten betalen. Een en ander was door het hof vrij kortaf terzijde geschoven. Hiertegen kwam de bestuurder in cassatie met een motiveringsklacht succesvol op.

De Hoge Raad komt met een belangrijke vaststelling in rechtsoverweging 3.4.5: “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.”

Daarmee zijn we er, denk je dan; de Hoge Raad lijkt de stelling uit de literatuur over te nemen. Hij nuanceert in dezelfde rechtsoverweging echter meteen het zojuist vastgestelde beginsel, door over de omstandigheden die de bestuurder als verweren had aangevoerd op te merken: “Van deze omstandigheden (...) kan niet gezegd worden dat zij niet zouden kunnen afdoen aan het oordeel dat S een ernstig verwijt valt te maken door de statuten niet na te leven. Het Hof heeft derhalve, oordelend dat S een ernstig verwijt valt te maken op grond van het enkele feit dat hij niet de vereiste goedkeuring heeft gevraagd van de Raad van Commissarissen, hetzij een onjuiste rechtsopvatting tot uitgangspunt genomen, hetzij zijn uitspraak niet naar de eis der wet met redenen omkleed door niet de door S aangevoerde omstandigheden in zijn oordeel te betrekken.”

De conclusie hiervan lijkt onontkoombaar dat in geval van een gemotiveerd verweer nooit kan worden gesteld dat een schending van een statutaire bepaling door een bestuurder zonder meer een ernstig verwijt oplevert. De Hoge Raad komt tot die benadering langs een route die de lezer eerst op een wat eenduidiger spoor zet, namelijk pas ná de stelling dat een dergelijke schending de aansprakelijkheid uit hoofde van art. 2:9 BW in beginsel juist wél vestigt.

GEEN HARDE REGEL

De vennootschappen die zich in vergelijkbare omstandigheden bevinden zullen het hier behandelde arrest betreuren. Zelfs als een bestuurder de statuten heeft geschonden en de vennootschap daarvan schade heeft ondervonden, is daarmee niet zonder meer zijn aansprakelijkheid qualitate qua gegeven. Dat neemt niet weg dat de Hoge Raad een belangrijke verdere inkleuring aan de norm van art. 2:9 BW heeft gegeven. Hij heeft er namelijk voor gekozen dat óók als het bestuur zonnklaar vastliggende statutaire regels schendt, ‘de omstandigheden van het geval’ wederom doorslaggevend zijn. Geen harde en duidelijke regels dus, óók niet voor het eenvoudige geval van schending door een bestuurder van juist voor hem duidelijk vastliggende statutaire bepalingen, maar inkleuring per geval.

Advocaten van in de toekomst op dergelijke schendingen aangesproken bestuurders doen er dus goed aan uitgebreid en gemotiveerd te betogen dat een schending van de statuten in de omstandigheden van het geval niet alleen niet ernstig was, maar zelfs noodzakelijk. De hoven staan voor de lastige taak steeds weer te motiveren of en waarom dan desondanks zo een schending wél ernstig verwijtbaar was.

NOTEN

- 1 JOR 2003, 2, met noot S.M. Bartman; *RvdW* 2002, 195.
- 2 P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, twaalfde druk, p. 139.
- 3 HR 4 februari 1983, NJ 1983, 543.
- 4 P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, tiende druk, p. 149; S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, Bestuurdersaansprakelijkheid en faillissement; enige beschouwingen omtrent het rechtskarakter van de artt. 2:138 en 2:248 BW, WPNR 1996, 6249, blz. 900.
- 5 Ook wel bekend als Van de Ven Automobielfabriek Venlo B.V., HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360.
- 6 E.J.J. van der Heijden, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, twaalfde druk, bewerkt door W.C.L. van der Grinten, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1992, nr. 257 stelt dat dat zonder meer ernstig verwijtbaar onbehoorlijke taakvervulling oplevert.
- 7 Hij had – tevergeefs – ook andere verweren in stelling gebracht, onder andere dat aan hem decharge was verleend, maar die behoeven in dit verband geen bespreking.