

# Bestuurders vangen meer wind

Als gevolg van de Wet bestuur en toezicht en de Wet Flex-bv lopen bestuurders meer aansprakelijkheidsrisico's. Daar staat tegenover dat de stortingsplicht is vervallen.

Tekst: Marianne Valk<sup>1</sup>

Op 1 januari 2013 trad de Wet bestuur en toezicht in werking.<sup>2</sup> Daarbij zijn onder meer de artikelen 2:129a/239a BW ingevoerd waarmee een expliciete wettelijke grondslag is gecreëerd voor het monistisch bestuursmodel ('one tier board').<sup>3</sup> Deze en enkele andere in het oog springende wijzigingen als gevolg van deze wet vergroten de aansprakelijkheidsrisico's van toezichthouders. Uit oogpunt van bestuurdersaansprakelijkheid is ook de op 1 oktober 2012 in werking getreden Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht ('Wet Flex-bv') van belang.<sup>4</sup> Deze wet introduceerde onder meer een goedkeuringsbevoegdheid c.q. -plicht van het bestuur bij besluiten tot dividenduitkering. Ook die bevoegdheid dan wel plicht levert extra aansprakelijkheidsrisico's op. Al deze risico's zijn van belang voor iedere ondernemingsrechtelijke advocaat.

## Wet bestuur en toezicht

Kiest een vennootschap in haar statuten voor het monistisch bestuursmodel, dan heeft de vennootschap geen raad van commissarissen. De toezichthouders binnen de vennootschap hebben, als 'niet-uitvoerende bestuurders', naast de 'uitvoerende bestuurders' zitting in het bestuur.<sup>5</sup> Een belangrijke consequentie daarvan is dat de niet-uitvoerende bestuurder evenals de uitvoerende bestuurder gewoon bestuurder is – en dus geen commissaris. De uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurder lopen dan ook in beginsel hetzelfde aansprakelijkheidsrisico.

Anders dan een commissaris is de niet-uitvoerende bestuurder bevoegd de vennootschap te vertegenwoordigen (artikel 2:130/240 BW) en aansprakelijk voor de jaarrekening, het jaarverslag en de tussentijdse cijfers als bedoeld in artikel 2:139/249 BW; ook is hij op grond van artikel 2:138/248 BW aansprakelijk voor het tekort in het faillissement, in geval van kennelijk onbehoorlijk bestuur als aan nemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. In dat geval gelden ook de bewijsvermoedens uit die artikelen. Verder is de niet-uitvoerende bestuurder onderworpen aan het regime van bestuurdersaansprakelijkheid in de Invorderingswet 1990 en nemen niet-uitvoerende bestuurders in principe deel aan de beraadslaging en besluitvorming binnen het bestuur. Zij dragen daar (dus ook) verantwoordelijkheid voor. Daarnaast heeft de (aansprakelijkheids-)norm voor bestuurders in artikel 2:9 BW sinds 1 januari 2013 een nieuwe redactie. Het in de jurisprudentie ontwikkelde vereiste van ernstige verwijtbaarheid voor persoonlijke aansprakelijkheid is erin gecodificeerd.<sup>6</sup> Lid 1 bepaalt: 'Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Tot de taak van de bestuurders behoren alle bestuurstaken die niet bij of krachtens de wet of de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld.'

Lid 2 luidt: 'Elke bestuurder draagt verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken. Hij is voor het geheel aansprakelijk terzake van onbehoorlijk bestuur, tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.'

De eerste zin van lid 1 is vrijwel ongewijzigd; iedere bestuurder is (nog steeds) gehouden tot een behoorlijke taakvervulling. Waar dat voor bestuurders, anders

dan voor commissarissen,<sup>7</sup> eerder niet in de wet geëxpliciteerd was, bepaalt artikel 2:129/239 lid 5 BW nu dat (ook) bestuurders zich bij de vervulling van hun taak moeten richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.

In lid 1 komt verder tot uitdrukking dat binnen het bestuur (bij reglement of (mondeling) bestuursbesluit) een taakverdeling kan worden afgesproken. De algemene gang van zaken – zoals strategie of risicobeheer – is, zo blijkt uit de eerste zin van lid 2, van een eventuele taakverdeling uitgezonderd; daarvoor is iedere bestuurder steeds verantwoordelijk. Dat geldt ook voor taken die (nog) niet in een taakverdeling zijn meegenomen. Niet-verdeelde taken mogen immers niet in een 'verantwoordelijkheidsvacuüm' vallen. Voor de *one tier board* is nog van belang dat in het kader van een taakverdeling bepaalde taken niet vrijelijk mogen worden verdeeld over uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders. De taak om toezicht te houden, het bestuur voor te zitten, voordrachten te doen voor de benoeming van een bestuurder en de bezoldiging van uitvoerende bestuurders vast te stellen komt hoe dan ook toe aan niet-uitvoerende bestuurders (vgl. artikel 2:129a/239a lid 1 BW).

In verband met de mogelijkheid van een taakverdeling bepaalt artikel 2:129a/239a lid 3 BW dat één of meer bestuurders rechtsgeldig kunnen besluiten over zaken die tot zijn respectievelijk hun taak behoren. De bevoegdheid tot het nemen van bestuursbesluiten ten aanzien van bepaalde taken kan zodoende aan een deel van het bestuur worden gedelegeerd. Voorwaarde is wel dat deze delegatiemogelijkheid een grondslag in de statuten heeft en dat de daadwerkelijke delegatie schriftelijk is vastgelegd. Van belang is dat besluiten van zo'n 'deelbestuur' wél gelden als besluiten van het voltallige bestuur. De individuele bestuurders die niet bij de besluitvor-

1 Advocaat bij Van Doorne N.V.

2 Stb. 2012, 455 en Stb. 2012, 275.

3 Het meer traditionele bestuursmodel met een raad van bestuur en daarnaast een raad van commissarissen is een dualistisch bestuursmodel en wordt aangeduid met 'two tier board'.

4 Stb. 2012, 299, 300 en 301.

5 Evenals bij commissarissen, kunnen alleen natuurlijke personen niet-uitvoerende bestuurder zijn (artikel 2:129a/239a lid 1, slot BW).

6 MvT, Kamerstukken II, 2008/09, 31 763, nr. 2, p. 9.

7 Vgl. artikel 2:140/250 lid 2 BW.

ming betrokken waren, dragen daarvoor dus evenzeer verantwoordelijkheid. Goede onderlinge informatie-uitwisseling is, kortom, belangrijker dan ooit.

Naast het leveren van een bijdrage aan een efficiënte dagelijkse gang van zaken kan een taakverdeling relevant zijn bij de vaststelling van aansprakelijkheid van individuele bestuurders. Als sprake is van onbehoorlijk bestuur kan de taakverdeling ook een disculpatiemogelijkheid bieden aan een individuele bestuurder. De bestuurder aan wie de taak waarbij het onbehoorlijk bestuur plaatsvond niet was toebedeeld, is wat betreft zijn disculpatie al een eind. Wel zal dan ook nog moeten komen vast te staan dat hem (overigens) geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en dat hij niet nalatig is geweest om maatregelen te treffen om de gevolgen van het onbehoorlijk bestuur af te wenden.

Ten slotte is ook de tegenstrijdig-belangregeling op de schop gegaan. De vertegenwoordigingsregeling die was vervat in artikel 2:146/256 BW is vervallen en vervangen door de besluitvormingsregeling in artikel 2:129/239 lid 6 BW. Een bestuurder met een tegenstrijdig belang<sup>8</sup> dient zich te onthouden van medewerking aan de totstandkoming van een bestuursbesluit. Daarbij gaat het zowel om deelname aan de eigenlijke besluitvorming als de voorbereiding daarvan. De bestuurder die met dit voorschrift in strijd handelt, loopt een artikel 2:9 BW-aansprakelijkheidsrisico wegens onbehoorlijke taakvervulling.<sup>9</sup> De andere bestuurders die, bekend met het tegenstrijdig belang van een medebestuurder, (desondanks) toelaten dat die bestuurder deelneemt aan de besluitvorming, lopen dat aansprakelijkheidsrisico evenzeer. Let wel: dit geldt ook voor bestuurders die zelf niet bij de besluitvorming waren betrokken, bijvoorbeeld omdat die plaatshad op grond van artikel 2:129a/239a lid 3 BW. Als alle bestuurders een tegen-

## Goede onderlinge informatie-uitwisseling is belangrijker dan ooit

strijdig belang hebben en dus niet aan de (voorbereiding van) besluitvorming mogen deelnemen, komt de bevoegdheid tot het nemen van het bestuursbesluit bij de raad van commissarissen terecht. Als deze niet is ingesteld, zal de algemene vergadering van aandeelhouders het bestuursbesluit nemen, tenzij de statuten anders bepalen (artikel 2:129/239 lid 6 BW).<sup>10</sup>

### Wet Flex-bv

Als gevolg van de Wet Flex-bv, per 1 oktober 2012 ingevoerd, bepaalt artikel 2:216 BW dat een dividenduitkering de goedkeuring door het bestuur van het daartoe strekkend aandeelhouderbesluit vereist. Het bestuur lijkt daarbij maar weinig beoordelingsvrijheid te hebben. Het mag goedkeuring 'slechts' weigeren als het weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet kan blijven voortgaan met de voldoening van haar opeisbare schulden (de 'uitkeringstest', artikel 2:216 lid 2 BW). Volgens de parlementaire geschiedenis zal het bestuur in het kader van deze beoordeling ongeveer een jaar vooruit moeten kijken.<sup>11</sup> In de literatuur is al wel de vraag opgeworpen hoe hiermee in de praktijk moet worden omgegaan.

Wat als het bestuur weet dat er niet binnen een jaar, maar wel binnen anderhalf jaar na de uitkering een noodzakelijke investering moet worden gedaan? Moet dan toch goedkeuring worden verleend? Het bestuur moet immers ook kijken naar het vennootschappelijk belang.<sup>12</sup> Heeft het

bestuur – naar achteraf blijkt – ten onrechte een dividendbesluit goedgekeurd dan zijn de bestuurders jegens de vennootschap hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan (artikel 2:216 lid 3 BW). Terzake bestaat een individuele disculpatiemogelijkheid als in artikel 2:9 lid 2 BW. Ook de aandeelhouder die een dividenduitkering ontving, terwijl hij wist of behoorde te voorzien dat deze in strijd was met de uitkeringstest, is aansprakelijk tot het bedrag dat hij kreeg uitgekeerd (artikel 2:216 lid 3, vierde zin BW).

Vóór de Wet Flex-bv was na vaststelling van de jaarrekening nog een separaat dechargebesluit nodig, ook bij vennootschappen waar alle aandeelhouders tevens bestuurder zijn. In laatstgenoemde situatie kan die 'formaliteit' door het nieuwe artikel 2:210 lid 5 BW achterwege blijven. Ondertekening van de jaarrekening door alle bestuurders en commissarissen geldt tevens als vaststelling daarvan én strekt tot decharge van de bestuurders en commissarissen.<sup>13</sup>

Tot slot biedt de Wet Flex-bv ook enige verlichting aan bestuurders, door een (belangrijk) aansprakelijkheidsrisico voor bestuurders te laten vervallen. Omdat een minimumkapitaal niet langer verplicht is, bestaat ook geen stortingsplicht meer. Voorheen leidde schending van de stortingsplicht tot hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders, naast de vennootschap, voor elke tijdens hun bestuur verrichte rechtshandeling zolang niet aan de stortingsplicht werd voldaan (artikel 2:180 lid 2 sub b en c BW). Sinds 1 oktober 2012 is dit risico vervallen. Let wel: was vóór 1 oktober 2012 niet aan de stortingsplicht voldaan, dan blijft de aansprakelijkheid die tot die datum ontstond bestaan.

Het vennootschapsrecht is, ook voor bestuurders, vrij ingrijpend gewijzigd, althans op papier. Hoe de wijzigingen in de praktijk uitwerken, zal de de tijd moeten leren.

8 In de zin die de Hoge Raad daaraan heeft gegeven in zijn arrest van 29 juni 2007, *NJ* 2007, 420 (Bruil/Combox).

9 De vennootschap kan het aldus genomen besluit o.g.v. artikel 2:15 BW vernietigen. Omdat in de nieuwe regeling de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur/de bestuurder door het bestaan van een tegenstrijdig belang niet langer wordt aangetast, blijft het besluit extern wél geldig. Met andere woorden: wanneer de vennootschap de vernietiging inroept, werkt deze slechts relatief.

10 Zie nader over de tegenstrijdig-belangregeling onder meer: I. Wassenaar, 'Tegenstrijdig belang: de nieuwe regels', *TOP* juni 2012, nummer 4, p. 148-153 en R.G.J. Nowak en A.F.J.A. Leijten, 'De nieuwe tegenstrijdigbelangregeling', *Ondernemingsrecht*, 2012/95, p. 501-509.

11 MvT, *Kamerstukken II*, 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 30.

12 Zie bijvoorbeeld N.V. Douma, 'De flex-BV nader belicht, een overzicht van de belangrijkste wijzigingen en nieuwe mogelijkheden die de wet introduceert', *V&O* 2012, nr. 11, p. 197 en J.B.

Huizink, 'Artikel 2:216 volgens het wetsvoorstel Flex-BV: niet doen!', *TvI*, 2012/8.

13 Deze 'faciliteit' lijkt overigens te resulteren in een verkorting van de termijn voor publicatie van de jaarrekening ex artikel 2:394 BW. Men zij daarop bedacht in verband met het bestuurdersaansprakelijkheidsrisico van artikel 2:248 BW en het aldaar genoemde bewijsvermoeden.