

Bestuurdersaansprakelijkheid in het vernieuwde (BV-)recht

In deze bijdrage wordt ingegaan op de op handen zijnde wijzigingen in de bestuurdersaansprakelijkheid die het gevolg zijn van de inwerkingtreding van het wetsvoorstel bestuur en toezicht op 1 januari 2013. De wetswijziging strekt tot de wettelijke verankering van het monistische bestuursmodel in het Nederlandse vennootschapsrecht en brengt onder andere wijzigingen aan in de formulering van artikel 2:9 BW inzake de interne aansprakelijkheid van bestuurders. Een van de redenen voor de voorgestelde wijzigingen is volgens de memorie van toelichting gelegen in het wegnemen van de onzekerheid over de gevolgen van een taakverdeling voor het beginsel van collegiale bestuursverantwoordelijkheid. In deze bijdrage wordt onder meer ingegaan op de rol van die taakverdeling en de invloed daarvan op de collectieve verantwoordelijkheid en de aansprakelijkheid van bestuurders.



1. Inleiding

De afgelopen jaren heeft de wetgever zich intensief beziggehouden met de herziening van het Nederlandse BV-recht. Een aantal van de voorgestelde wetswijzigingen heeft inmiddels de eindstreep gehaald en zal weldra in de praktijk moeten worden geïmplementeerd. Onlangs is de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht in werking getreden. Een andere belangrijke wijziging die op stapel staat is de Wet bestuur en toezicht die op 1 januari 2013 in werking zal treden.¹

Beide wetswijzigingen zijn gerelateerd aan en vormen in zekere zin een uitloei van Europese ontwikkelingen op het gebied van het vennootschapsrecht. Een van de redenen voor de vereenvoudiging van het BV-recht was de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie die, kort gezegd, Nederlandse ondernemers de mogelijkheid biedt om te opteren voor een buitenlandse rechtsvorm uit een van de andere Europese lidstaten in plaats van gebruik te maken van een Nederlandse BV. Teneinde de concurrentie binnen de EU aan te gaan en de attractiviteit van de Nederlandse BV in dit kader te versterken, werd een herziening van het Nederlandse BV-recht noodzakelijk geacht.² De Wet bestuur en toezicht heeft eveneens een link met het Europese vennootschapsrecht en lijkt zijdelings te zijn beïnvloed door ontwikkelingen op dat gebied. De wet geeft een verdere uitwerking aan het monistisch bestuursmodel. Het was de Europese Vennootschap die lidstaten verplichtte om voor dit type vennootschappen zowel een monistisch als een dualistisch bestuursmodel aan te bieden.³ Hoewel het opteren voor een monistisch bestuursmodel in het

Nederlandse vennootschapsrecht reeds mogelijk was onder de bestaande wetgeving, noopt de Wet bestuur en toezicht thans tot een verankering van dit model ook voor wat betreft de Nederlandse NV en BV in de vennootschapswetgeving.

In de juridische literatuur is gedurende de looptijd waarin de wetsvoorstellen aanhangig waren reeds dankbaar gebruik gemaakt van de voorgestelde plannen van de wetgever als onderwerp voor discussie. Een groot aantal van de op handen zijnde of onlangs doorgevoerde wijzigingen zijn dan ook reeds uitvoerig becommentarieerd. In deze bijdrage wordt nogmaals kort een aantal van de belangrijkste wetswijzigingen die hun weerslag zullen hebben op de aansprakelijkheidsposities van bestuurders op een rijtje gezet. Daarbij zal met name worden ingegaan op de wijzigingen die de Wet bestuur en toezicht aanbrengt in de interne aansprakelijkheid van bestuurders zowel binnen een dual als een monistisch bestuursmodel. In dit verband wordt in de volgende paragraaf aandacht besteed aan de collectiviteit van het bestuur dat nog steeds als uitgangspunt heeft te gelden. De daaruit voortvloeiende collectieve verantwoordelijkheid en eventuele aansprakelijkheid komt in paragraaf 3 aan de orde. Ten gevolge van de wetswijziging wordt een taakverdeling binnen het bestuur steeds relevanter. In paragraaf 4 zal daarom worden ingegaan op de rol van die taakverdeling en de gevolgen daarvan voor de individuele aansprakelijkheid van bestuurders. In paragraaf 5 staat het verschil in taken tussen niet-uitvoerende bestuurders en commissarissen centraal waarna in paragraaf 6 wordt ingegaan op de vraag hoe de interne bestuursverhoudingen er in de toekomst uit zullen zien, waarbij de

* Mr. dr. M. Olaerts is als universitair docent verbonden aan de capaciteitsgroep privaatrecht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Maastricht en redacteur van dit tijdschrift.

1. Besluit van 4 oktober 2012 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de 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.* 2012, 275), *Stb.* 2012, 455.

2. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 1 (MvT).

3. Verordening (EG) nr. 2157/2001 van 8 oktober 2001 met betrekking tot de Europese vennootschap, artikel 38 e.v.

nadruk wordt gelegd op het maken van goede op schrift gestelde interne afspraken. De bijdrage wordt afgesloten met een conclusie over de toekomst van de bestuurdersaansprakelijkheid.

Een andere belangrijke verandering die door de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht wordt doorgevoerd en van invloed is op de aansprakelijkheid van het bestuur betreft de rol van het bestuur bij het doen van dividenduitkeringen. Laatstgenoemde aansprakelijkheid laat ik hier verder buiten beschouwing aangezien dit onderwerp reeds uitvoerig aan bod komt in twee andere bijdragen aan dit themanummer. Van belang is op te merken dat een aantal van de hieronder te bespreken onderwerpen en wijzigingen zich niet beperkt tot het BV-recht. De wijzigingen die hun oorsprong vinden in de Wet bestuur en toezicht, gelden zowel voor de NV als voor de BV. Dat geldt uiteraard ook voor de hierna volgende bespreking.

2. De collectiviteit van het bestuur en de bestuursverantwoordelijkheid

De Wet bestuur en toezicht strekt in de eerste plaats tot invoering van een monistisch bestuursmodel. Hoewel in de praktijk reeds van dit model gebruik wordt gemaakt⁴ en het dualistisch en monistisch bestuursmodel steeds meer naar elkaar toe groeien, werd een wettelijke verankering van het monistische systeem noodzakelijk geacht.⁵ Een van de belangrijkste redenen voor die noodzaak tot wettelijke inkadering is volgens de memorie van toelichting gelegen in:⁶

‘De onzekerheid over de gevolgen van een taakverdeling voor het beginsel van collegiale bestuursverantwoordelijkheid, gekoppeld aan de steeds vaker gesignaleerde tendens in binnen- maar vooral buitenland om bestuurders aansprakelijk te stellen bij problemen (...).’

Dit verklaart ook de wijzigingen die worden aangebracht in de tekst van artikel 2:9 BW. Deze wetsbepaling dient als maatstaf voor de interne aansprakelijkheid van bestuurders jegens de vennootschap. De bedoeling van de wetgever is niet om door middel van de aanpassingen van de tekst van artikel 2:9 BW belangrijke koerswijzigingen door te voeren maar veeleer om een einde te maken aan bestaande onduidelijkheden en controversies in de literatuur. Of dat ook daadwerkelijk het geval is, zal hieronder verder worden besproken. Daarnaast strekken de (tekstuele) wijzigingen tot codificatie van de jurisprudentie en bouwen ze daar gedeeltelijk op voort.

Een van de belangrijkste knelpunten in de oude formulering van artikel 2:9 BW was de betekenis van het daarin gehanteerde begrip ‘werkkring’ en de mogelijke taakverdeling binnen het bestuur die daaruit zou kunnen voortvloeien. Het begrip ‘werkkring’, dat in de literatuur tot veel discussie heeft geleid⁷ en in de praktijk moeilijk hanteerbaar is gebleken, wordt in de nieuwe redactie van het artikel vervangen door het begrip ‘taak(verdeling)’. Volgens de nieuwe redactie van artikel 2:9 BW is iedere bestuurder tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Tot die taak behoren alle bestuurstaken die niet bij of krachtens de wet of statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld. Tot dusver brengt de nieuwe formulering weinig verandering. Volgens het oude artikel 2:9 BW is elke bestuurder ten opzichte van de vennootschap gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. De nieuwe tekst van het artikel benadrukt dat binnen het bestuur een taakverdeling kan worden aangebracht en dat sommige bevoegdheden specifiek aan een bepaalde bestuurder kunnen worden opgedragen. Bovendien wordt bewerkstelligd dat taken die niet aan een specifieke bestuurder zijn toebedeeld, tot de taak van iedere bestuurder kunnen worden gerekend.

Het in het verleden gehanteerde begrip ‘werkkring’ bracht niet duidelijk tot uitdrukking hoever een taakverdeling binnen het bestuur mocht gaan en wat de precieze gevolgen daarvan waren voor de collectieve bestuurstak. De invoering van het monistisch bestuursmodel waarbij het noodzakelijk zal zijn om een onderscheid te maken tussen de taken van de uitvoerende bestuurders enerzijds en die van de niet-uitvoerende bestuurders anderzijds, maakt een verdere precisering noodzakelijk.⁸ Echter, ook binnen een dual bestuursmodel kan een taakverdeling wenselijk zijn. Het bestuur dient te worden samengesteld uit bestuurders met specifieke kennis. Het is dan ook in het kader van de expertise die iedere bestuurder naar de bestuurstafel brengt en met het oog op de functionaliteit logisch dat de bestuurstak verder wordt onderverdeeld. De vraag is echter wat de gevolgen zijn van een toenemende onderverdeling van bestuurstaken op de collectieve verantwoordelijkheid en de individuele dan wel collectieve aansprakelijkheid van bestuurders (zie hierover paragraaf 4 en 5 hieronder). De taakverdeling kan op verschillende wijzen geschieden. Wanneer gekozen wordt voor een monistisch bestuursstelsel, dient die keuze statutair te worden vastgelegd. Dit teneinde de betrokkenheid van de aandeelhouders bij een dergelijke keuze te garanderen. Echter, de verdere verdeling van taken kan op velerlei wijzen geschieden en hoeft geen statutaire basis te hebben. De taakverdeling kan niet alleen bij maar ook *krachtens*

4. Zie in dit verband onder meer Fortis waarover onder meer F.J.P. van den Ingh, ‘De bestuursstructuur van Fortis’, *Ondernemingsrecht* 2000-6, p. 138 e.v.; D.A.M.W.H. Strik, ‘Aansprakelijkheid voor de niet-uitvoerende bestuursleden’, *Ondernemingsrecht* 2003, p. 367 e.v.; S.H.M.A. Dumoulin, ‘Het monistisch bestuursmodel volgens de Wet bestuur en toezicht – Observaties vanuit de praktijk’, *Ondernemingsrecht* 2012, 90.

5. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 3 (MvT).

6. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 3 (MvT).

7. Zie in dit verband onder meer J.W. Winter, *Van Schilfgaard. Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 47; J.M.M. Maeijer, G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. De naamloze en besloten vennootschap, Deel II**, Deventer: Kluwer 2009, nr. 445; M. Olaerts, *Vennootschappelijke beleidsbepaling in geval van financiële moeilijkheden; de positie van bestuurders en aandeelhouders* (diss. Maastricht), Antwerpen/Oxford: Intersentia 2007, p. 151 e.v.

8. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 7 (MvT).

de statuten geschieden waarmee tot uitdrukking wordt gebracht dat de taakverdeling ook bij reglement of bestuursbesluit tot stand kan komen.⁹ Binnen een monistisch bestuur zal het volgens het derde lid van het nieuwe artikel 2:129a/239a BW mogelijk zijn om bij of krachtens de statuten te bepalen dat een of meerdere bestuurders rechtsgeldig kunnen besluiten omtrent zaken die tot hun taak behoren. Een dergelijke bevoegdheidstoedeling dient wel schriftelijk te worden vastgelegd.

De taakverdeling laat de bestaande collectieve bestuursverantwoordelijkheid in stand. Het tweede lid van artikel 2:9 BW bepaalt in de nieuwe vorm dienaangaande dat elke bestuurder de verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken. Iedere bestuurder blijft als lid van het bestuursorgaan dus verantwoordelijk voor de door het bestuur genomen besluiten.¹⁰ Onder het regime van het oude artikel 2:9 BW werd eveneens van een collectieve bestuursverantwoordelijkheid uitgegaan, echter, die collectieve verantwoordelijkheid was minder expliciet in de wetbepaling opgenomen. Het oude artikel 2:9 BW bepaalde dienaangaande dat indien sprake was van onbehoorlijk bestuur en dat onbehoorlijk bestuur een aangelegenheid betrof die tot de werkkring van twee of meerdere bestuurders behoorde, ieder van hen voor het geheel aansprakelijk was ter zake de tekortkoming tenzij die niet aan hem was te wijten en hij niet nalatig was geweest in het treffen van maatregelen teneinde de gevolgen daarvan af te wenden. Onduidelijk is wat onder vigeur van de nieuwe wettelijke bepaling tot die collectieve verantwoordelijkheid dient te worden gerekend, met name in gevallen waarin sprake is van een taakverdeling binnen het bestuur. De vraag naar de collectieve verantwoordelijkheid wordt met name precair en verdient met name dan een genuanceerd antwoord wanneer de aansprakelijkheidsvraag om de hoek komt kijken. Collectieve verantwoordelijkheid is weliswaar de opstap voor maar hoeft niet noodzakelijk tot (collectieve) aansprakelijkheid te leiden.

3. Van collectieve verantwoordelijkheid naar (collectieve of individuele) aansprakelijkheid

Krachtens het bepaalde in het oude artikel 2:9 BW was iedere bestuurder gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. In de nieuwe redactie is dat een gehoudenheid tot een behoorlijke vervulling van *zijn* taak. Algemeen werd aangenomen, hoewel de tekst van het oude artikel 2:9 BW dit niet duidelijk tot uitdrukking bracht, dat in geval van een tekortkoming in de behoorlijke taakvervulling in beginsel het bestuur als collectief

daarvoor aansprakelijk kon worden gesteld. Voor aansprakelijkheid is een aan de bestuurder te maken ernstig verwijt vereist.¹¹ Of van een ernstig verwijt sprake kan zijn, dient volgens de Hoge Raad in het *Staleman/Van de Ven*-arrest te worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval. Tot de relevante omstandigheden behoren, aldus de Hoge Raad:¹²

‘(...) 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 beslissing 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.’

De aansprakelijkheid van bestuurders wordt met name complex in geval van een meerhoofdig bestuur. In dat geval gaat immers de vraag naar de collectieve verantwoordelijkheid en de daar mogelijk uit voortvloeiende collectieve en individuele aansprakelijkheid gelden en wordt de vraag naar de rol van de werkkring of taakverdeling relevant. Algemeen is steeds aangenomen dat de collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur kan leiden tot een collectieve aansprakelijkheid van het bestuur als college. In de literatuur werd eveneens aangenomen dat de vennootschap in het kader van een artikel 2:9-procedure op basis van de oude vormgeving niet hoefde aan te tonen welke bestuurder zich wel en welke zich niet schuldig heeft gemaakt aan de onbehoorlijke taakvervulling.¹³ Voldoende was dat de vennootschap kon aantonen dat sprake was van onbehoorlijk bestuur en dat dit aan de bestuurders kon worden toegerekend door middel van een hen te maken ernstig verwijt.¹⁴ Op basis van de tekst van de wet en de jurisprudentie is niet duidelijk of het een individueel ernstig verwijt dient te betreffen dat aan de bestuurder kan worden gemaakt of een ernstig verwijt aan het bestuur als collectief. Het *Staleman/Van de Ven*-arrest is overigens, zoals Huizink terecht opmerkt, niet duidelijk op dit punt. In die uitspraak lijkt te worden uitgegaan van een aan de individuele bestuurder te maken ernstig verwijt nu daarin werd gesproken over een aan de *bestuurder* en niet aan de *bestuurders* te maken ernstig verwijt.¹⁵ Echter, uit de uitspraak van het hof in die zaak viel af te leiden dat het ging om een ernstig verwijt van de *directie*. Ondanks deze onduidelijk wordt er in de literatuur van uitgegaan dat het, gezien de collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur en de daaruit in principe voortvloeiende collectieve aansprakelijkheid, moet gaan

9. Dit om te voorkomen dat een aanpassing van de taakverdeling een statutenwijziging noodzakelijk zou maken. Zie in dit verband *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 8 (MvT).

10. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 8 (MvT).

11. HR 10 januari 19997, *NJ* 1997, 360 (*Staleman/Van de Ven*).

12. HR 10 januari 19997, *NJ* 1997, 360 (*Staleman/Van de Ven*), r.o. 3.3.1.

13. J.M.M. Maeijer, G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. De naamloze en besloten vennootschap, Deel II**, Deventer: Kluwer 2009, nr. 445.

14. J.M.M. Maeijer, G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. De naamloze en besloten vennootschap, Deel II**, Deventer: Kluwer 2009, nr. 446. Zie in dit verband eveneens J.B. Huizink, ‘Artikel 2:9 BW, enkele observaties’, in: J.B. Huizink e.a. (red.), *Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland?*, Deventer: Kluwer 2011, p. 5.

15. J.B. Huizink, ‘Artikel 2:9 BW, enkele observaties’, in: J.B. Huizink e.a. (red.), *Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland?*, Deventer: Kluwer 2011, p. 5.

om een ernstig verwijt te maken aan het adres van het bestuur als geheel.¹⁶

Ondanks de in beginsel collectieve aansprakelijkheid, heeft voor de individuele bestuurder steeds een disculpatiemogelijkheid opengestaan. Teneinde daarop succesvol een beroep te kunnen doen, diende deze op basis van de formulering van het oude artikel 2:9 BW in de eerste plaats om aan te tonen dat de tekortkoming niet aan hem te wijten was en in de tweede plaats dat hij niet nalatig was geweest in het treffen van maatregelen teneinde de gevolgen daarvan af te wenden.¹⁷ Onduidelijk was of een bestuurder tot wiens werkkring een bepaalde taak niet behoorde toch aansprakelijk kon worden gesteld voor onbehoorlijk bestuur ten aanzien van taken die buiten zijn werkkring vielen.¹⁸ De vraag is of die problemen met behulp van de nieuwe redactie van artikel 2:9 BW volledig van de baan zijn.

Volgens de nieuwe vormgeving van het tweede lid van artikel 2:9 BW is elke bestuurder verantwoordelijk voor de algemene gang van zaken en is hij in beginsel voor het geheel aansprakelijk voor onbehoorlijk bestuur. De collectieve verantwoordelijkheid resulteert in principe in een hoofdelijke aansprakelijkheid van alle bestuurders.¹⁹ De vraag of het daarvoor voldoende is dat onbehoorlijk bestuur van een of meerdere bestuurders is aangetoond, wordt in de parlementaire stukken bevestigend beantwoord.²⁰ De collectieve verantwoordelijkheid resulteert derhalve in beginsel in een collectieve aansprakelijkheid. Vergeleken met de formulering van het oude artikel 2:9 BW en de daaraan in de jurisprudentie en literatuur nader gegeven invulling, lijkt het nieuwe artikel 2:9 BW de drempel voor aansprakelijkheid en daarmee de bewijslast voor de vennootschap te verlagen. De vennootschap lijkt op basis van de tekst van het nieuwe artikel enkel aan te moeten tonen dat sprake is van een onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur als collectief zonder dat daarbij de toerekeningsmaatstaf van de ernstige verwijtbaarheid wordt gehanteerd.²¹ Echter, de individuele bestuurders

kunnen zich van die collectieve aansprakelijkheid trachten te disculperen. Hierbij wordt in het nieuwe artikel 2:9 lid 2 BW wel verwezen naar het aan de bestuurder te maken ernstig verwijt. Van de disculpatie kan gebruik worden gemaakt wanneer de bestuurder 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 het onbehoorlijk bestuur af te wenden. Met deze nieuwe formulering worden twee dingen thans expliciet tot uitdrukking gebracht die in het verleden eveneens reeds van toepassing waren maar minder pregnant naar voren kwamen.

In de eerste plaats is het van belang dat de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Met dien verstande dat de bestuurder ter disculpatie zelf zal moeten aantonen dat dat ten aanzien van hem niet het geval is. In de tweede plaats wordt door het gebruik van het woordje 'en' aangegeven dat de disculpatie tweeledig is. De eerste stap op weg naar disculpatie is dat de bestuurder aantoont dat hem geen ernstig verwijt kan worden gemaakt, daartoe kan hij gebruik maken van de binnen het bestuur gemaakte taakverdeling. De tweede stap is dat hij aantoont dat hij voorts niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen teneinde de gevolgen van het onbehoorlijk bestuur voor de vennootschap af te wenden. Met deze wijzigingen heeft de wetgever getracht het vereiste dat voor aansprakelijkheid op basis van artikel 2:9 BW van een ernstig verwijt sprake moet zijn, zoals bepaald door de Hoge Raad in het *Staleman/Van de Ven*-arrest, te codificeren. Dat lijkt niet helemaal goed te zijn gelukt. Het verschil met de bestaande interpretatie van de jurisprudentie van de Hoge Raad is dat, zoals Huizink aangeeft, volgens de tekst van het nieuwe artikel 2:9 BW het ernstig verwijt wegvalt als toerekeningsmaatstaf en pas opduikt wanneer het gaat om de disculpatie van de individuele bestuurders. Daarmee lijkt de drempel voor hoofdelijke aansprakelijkheid van het bestuur te zijn verlaagd doordat de vennootschap niet dient aan te tonen dat het bestuur een ernstig verwijt kan worden gemaakt en lijken de bestuurders zich eenvoudiger te kunnen disculperen.²² Zij zullen

16. J.M.M. Maeijer, G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. De naamloze en besloten vennootschap, Deel II**, Deventer: Kluwer 2009, nr. 446 waarin wordt aangegeven dat het niet nodig is dat in geval van een meerhoofdig bestuur voor iedere bestuurder apart het ernstig verwijt wordt gesteld en bewezen. Zie in dit verband J.B. Huizink, 'Artikel 2:9 BW, enkele observaties', in: J.B. Huizink e.a. (red.), *Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland?*, Deventer: Kluwer 2011, p. 5.

17. Zie in verband met de collectiviteit van het bestuur en de disculpatie van bestuurders M. Olaerts, *Vennootschappelijke beleidsbepaling in geval van financiële moeilijkheden; de positie van bestuurders en aandeelhouders* (diss. Maastricht), Antwerpen/Oxford: Intersentia 2007, p. 151 e.v.

18. Zie over de discussie met betrekking tot de rol van de werkkring onder meer D.A.M.W.H. Strik, 'Aansprakelijkheid voor de niet-uitvoerende bestuursleden', *Ondernemingsrecht* 2003, p. 367 e.v.; J.W. Winter, *Van Schilfgaarde. Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 47; J.M.M. Maeijer, G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. De naamloze en besloten vennootschap, Deel II**, Deventer: Kluwer 2009, nr. 445; M. Olaerts, *Vennootschappelijke beleidsbepaling in geval van financiële moeilijkheden; de positie van bestuurders en aandeelhouders* (diss. Maastricht), Antwerpen/Oxford: Intersentia 2007, p. 151 e.v. Algemeen werd ervan uitgegaan dat bepaalde taken tot de algemene verantwoordelijkheid van het bestuur als geheel behoorden zoals bijvoorbeeld het financieel beleid. Op die collectieve taak kom ik in het hierna volgende nog terug. Ik laat de discussie over de rol van de werkkring hier verder voor wat die is aangezien we vanaf nu in de praktijk uit zullen moeten gaan van de nieuwe formulering van artikel 2:9 BW en de daarin (gedeeltelijk) opgenomen rol van de taakverdeling binnen het bestuur.

19. J.L.A. Nicolai, 'Wijziging van art. 2:9 BW en de aansprakelijkheid van bestuurders', *Bb* 2012-30; R. van Wijk, "'one tier board" in BV-recht', *VGR* 2012-4, p. 90.

20. *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, nr. C, p. 5 (MvA).

21. J.B. Huizink, 'Artikel 2:9 BW, enkele observaties', in: J.B. Huizink e.a. (red.), *Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland?*, Deventer: Kluwer 2011, p. 11-12.

22. J.B. Huizink, 'Artikel 2:9 BW, enkele observaties', in: J.B. Huizink e.a. (red.), *Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland?*, Deventer: Kluwer 2011, p. 11-12 en J.M. de Jongh, 'Enkele gedachten over bestuurdersaansprakelijkheid', in: J.B. Huizink e.a. (red.), *Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland?*, Deventer: Kluwer 2011, p. 18.

immers niet moeten aantonen dat de tekortkoming niet aan hen te wijten is geweest maar in plaats daarvan moeten aantonen dat hen geen *ernstig* verwijt treft.²³ Een ernstig verwijt lijkt een verdergaande mate van verwijtbaarheid te suggereren dan dat de tekortkoming niet aan de bestuurder kan worden verweten en daarmee sneller tot disculpatie kan leiden. Of de nieuwe redactie van artikel 2:9 BW in de praktijk tot een wezenlijk andere invulling van de interne aansprakelijkheid en bewijslastverdeling zal leiden, is echter nog maar de vraag nu het ernstig verwijt als toerekeningsmaatstaf voor bestuurdersaansprakelijkheid in de jurisprudentie dienst doet als een gevestigde waarde en een koerswijziging kennelijk niet door de wetgever is beoogd. Van een dergelijke koerswijziging geven de parlementaire stukken althans geen blijk.²⁴ Bovendien is het ook onder vigeur van het oude artikel 2:9 BW reeds zo dat de bestuurders die een beroep doen op een disculpatie zelf voor de rechter trachten een door de vennootschap gesteld ernstig verwijt te ontkrachten.²⁵

Opmerkelijk is overigens dat de disculpatie in artikel 2:138/248 lid 3 BW die in het verleden grotendeels parallel heeft gelopen aan de disculpatie die is neergelegd in artikel 2:9 BW niet is aangepast aan de nieuwe formulering van artikel 2:9 BW.²⁶ Volgens het bepaalde in het derde lid van artikel 2:138/248 BW is de bestuurder die bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden niet aansprakelijk is jegens de boedel in geval van een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling die als belangrijke oorzaak van het faillissement van de vennootschap heeft te gelden. In deze disculpatiemogelijkheid wordt, anders dan in het nieuwe artikel 2:9 BW niet gesproken over een al dan niet aan de bestuurder te maken ernstig verwijt. Daarnaast wordt in het artikellid geen melding gemaakt van het belang van de taakverdeling binnen het bestuur. Hierbij dient te worden opgemerkt dat ook voorheen beide artikelen wat dat betreft niet parallel liepen. De werkkring waarvan in het oude artikel 2:9 BW melding werd gemaakt, komt niet naar voren in artikel 2:138/248 BW. De vraag is dan ook of het de bedoeling van de wetgever is geweest om een andere disculpatiemogelijkheid te hanteren voor artikel 2:138/248 BW dan voor artikel 2:9 BW. Het uiteenlopen van beide disculpatiegron-

den zou mijns inziens kunnen worden gerechtvaardigd door het feit dat het om twee verschillende gevallen van bestuurdersaansprakelijkheid gaat waarbij artikel 2:9 BW de schending van de zorgvuldigheidnorm door de bestuurder jegens de vennootschap betreft terwijl het in artikel 2:138/248 BW gaat om de schending van een zorgvuldigheidnorm jegens de gezamenlijke crediteuren.²⁷ Onduidelijk blijft ook na de wetwijziging in hoeverre de taakverdeling gevolgen kan hebben voor de aansprakelijkheid op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur in geval van faillissement. Mijns inziens dient een taakverdeling niet zonder meer door te werken in de aansprakelijkheid en disculpatie op grond van artikel 2:138/248 BW.²⁸ Dit artikel betreft immers een vorm van externe aansprakelijkheid van bestuurders jegens de gezamenlijke crediteuren. De taakverdeling betreft mijns inziens een interne aangelegenheid waarop wel ten aanzien van de vennootschap een beroep kan worden gedaan maar niet noodzakelijk ook ten opzichte van de curator en via die weg jegens de gezamenlijke crediteuren.

4. De algemene gang van zaken en de rol van de taakverdeling

Met de nieuwe formulering van het tweede lid van artikel 2:9 BW is getracht om de rol van de taakverdeling binnen het bestuur, zoals die door de Hoge Raad eveneens in het *Staleman/Van de Ven*-arrest is weergegeven, in de wetbepaling tot uitdrukking te brengen en aldus een einde te maken aan de bestaande onduidelijkheid ten aanzien van het begrip 'werkkring' en de invloed van een eventuele taakverdeling binnen het bestuur op de aansprakelijkheidsvraag. Of de nieuwe formulering een einde maakt aan de interpretatiemoelijkheden is maar zeer de vraag. Hier wordt ingegaan op een aantal knelpunten in dit verband.

Onduidelijk is wat in het eerste lid van het nieuwe artikel 2:9 BW moet worden verstaan onder *zijn* taak. Iedere bestuurder is krachtens dat deel van de bepaling gehouden tot een behoorlijke vervulling van *zijn* taak maar wat valt onder de taak van een bestuurder wanneer er sprake is van een meerhoofdig bestuur waarin een taakverdeling is aangebracht? Onduidelijk is eveneens wat dient te worden verstaan onder de *algemene gang van zaken* in het tweede lid van het nieuwe artikel 2:9 BW waarvoor

23. Hierbij dient te worden opgemerkt dat de Hoge Raad in het *Schwandt/Berghuizer Papierfabriek*-arrest (HR 29 november 2002, NJ 2003, 455) een vergelijkbare techniek heeft toegepast. De Hoge Raad overwoog in die zaak dat wanneer een bestuurder handelt in strijd met statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen, dit dient te worden aangemerkt als een belangrijke omstandigheid van het geval die in beginsel tot bestuurdersaansprakelijkheid leidt. Dat is alleen anders indien de bestuurder kan aantonen dat hem geen ernstig verwijt treft. Die techniek lijkt nu door de wetwijziging ruimer te worden toegepast namelijk ook in gevallen waarin er geen sprake is van een handelen in strijd met statutaire bepalingen die de vennootschap beogen te beschermen.

24. J.B. Huizink, 'Artikel 2:9 BW, enkele observaties', in: J.B. Huizink e.a. (red.), *Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland?*, Deventer: Kluwer 2011, p. 11-12.

25. Zie in dit verband Maeijer in zijn noot bij het *Staleman/Van de Ven*-arrest, NJ 1997, 360, onder nr. 1. Hij geeft daarin aan dat het voor de disculpatiemogelijkheid voldoende is dat de bestuurder aantoont dat hem geen ernstig verwijt treft.

26. J.B. Huizink, 'Artikel 2:9 BW, enkele observaties', in: J.B. Huizink e.a. (red.), *Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland?*, Deventer: Kluwer 2011, p. 6.

27. M. Olaerts, *Vennootschappelijke beleidsbepaling in geval van financiële moeilijkheden; de positie van bestuurders en aandeelhouders* (diss. Maastricht), Antwerpen/Oxford: Intersentia 2007, p. 165.

28. Zie anders: J.M.M. Maeijer, G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. De naamloze en besloten vennootschap, Deel II**, Deventer: Kluwer 2009, nr. 460 waarin wordt aangegeven dat onder het derde lid van artikel 2:138/248 BW de taakverdeling eveneens een rol kan spelen voor wat betreft de disculpatie van individuele bestuurders. Er lijkt daar eveneens van uit te worden gegaan dat de wijzigingen van artikel 2:9 BW ook doorwerken ten aanzien van het derde lid van artikel 2:138/248 BW.

elke bestuurder de verantwoordelijkheid draagt.²⁹ In onderling verband lijken beide bepalingen erop te wijzen dat ongeacht een eventuele taakverdeling, de algemene gang van zaken in ieder geval behoort tot *zijn* taak (de taak van de bestuurder) in de zin van het eerste lid. In de memorie van toelichting wordt hierover het volgende opgemerkt:³⁰

‘De omvang van de taak van de bestuurder hangt (...) mede af van de toedeling aan zijn medebestuurders. Vindt toedeling aan een bestuurder plaats, dan krijgt die desbetreffende bestuurder er niet een nieuwe taak bij (de taak behoorde al tot zijn takenpakket), maar weet hij dat deze taak door de taakverdeling valt buiten het takenpakket van de andere bestuurders.’

Maar wil het feit dat iets buiten het takenpakket van de overige bestuurders valt zeggen dat zij zich daaraan niets gelegen moeten laten liggen zoals de memorie van toelichting lijkt te suggereren? Dat kan mijns inziens, gelet op de formulering van de disculpatiemogelijkheid van individuele bestuurders in het tweede lid van het nieuwe artikel 2:9 BW niet de bedoeling zijn. De memorie van toelichting stelt even verder dat een taakverdeling geen wijziging brengt in het principe van de gezamenlijke verantwoordelijkheid.³¹

‘Bestuurders die niet met de dagelijkse gang van zaken zijn belast, nemen evenzeer deel aan de besluitvorming over onderwerpen die de dagelijkse gang van zaken betreffen.’

Het doel van de taakverdeling is volgens de parlementaire stukken om te voorkomen dat meerdere bestuurders zich met dezelfde taken bezighouden binnen het bestuur terwijl dat voor een goede uitvoering niet nodig is.³² De taakverdeling dient dan ook ter bevordering van de efficiëntie. De collectieve verantwoordelijkheid, die ondanks de taakverdeling binnen het bestuur in stand blijft, brengt met zich dat de bestuurders ongeacht of zij uitvoerende of niet-uitvoerende bestuurders zijn, een algemene controletaak hebben ten aanzien van taken die aan de medebestuurders zijn overgelaten. Wil een bestuurder een beroep kunnen doen op de disculpatie, dan zal hij ervoor moeten zorgen dat hij kan aantonen dat hem mede gelet op de taakverdeling geen ernstig verwijt treft en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van het onbehoorlijk bestuur voor de vennootschap af te wenden. Dit wil, volgens de parlementaire stukken, zeggen dat een bestuurder die merkt dat het fout dreigt te gaan bij andere bestuurders, zal moeten ingrijpen teneinde aansprakelijkheid te voorkomen en eventueel

een aan een medebestuurder toegedichte taak ondanks de taakverdeling naar zich toe moet trekken.³³ Dit gaat vrij ver en impliceert een vergaande controle van zowel uitvoerende als niet-uitvoerende bestuurders op hun medebestuurder. Voor aansprakelijkheid, en eigenlijk meer in het bijzonder voor de disculpatie, is van belang om te beoordelen of de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Of dat ook zo is, zal mede afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval zoals die zijn omschreven in het *Staleman/Van de Ven*-arrest. Een van de daar genoemde omstandigheden, namelijk de taakverdeling, wordt thans in de wet opgenomen en lijkt daarmee een superioriteitsstatus te verwerven in vergelijking met de andere in dat arrest door de Hoge Raad geformuleerde omstandigheden die in ogenschouw dienen te worden genomen.³⁴

Het nieuwe artikel spreekt over of de bestuurder *mede* gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt hetgeen lijkt te suggereren dat ook andere omstandigheden, naast de taakverdeling, een rol kunnen spelen bij het beantwoorden van de vraag of de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Vreemd is in dit verband de opmerking in de memorie van antwoord dat een bestuurder in beginsel niet aansprakelijk is wanneer het onbehoorlijk bestuur een aan een andere bestuurder toebedeelde taak betreft. Op die regel bestaat een uitzondering, aldus de opmerking in de memorie van antwoord,³⁵ wanneer de bestuurder nalatig is geweest in het treffen van maatregelen. Indien het zo is dat een bestuurder tot wiens takenpakket een bepaalde taak niet behoort, in beginsel niet aansprakelijk is tenzij er sprake is van falend algemeen toezicht en dat resulteert in het niet tijdig nemen van maatregelen, is de vraag wat de relevantie is van het woord *mede* in de eerste stap van de disculpatie. Bovendien zou het voorgaande betekenen dat binnen een enkelvoudig bestuur steeds sprake zal zijn van bestuurdersaansprakelijkheid in geval van onbehoorlijk bestuur, ook zonder dat de bestuurder een ernstig verwijt wordt gemaakt. Het ernstig verwijt dient immers, zoals hiervoor reeds werd aangegeven, volgens de letterlijke bewoordingen van het nieuwe artikel niet door de vennootschap zelf te worden aangedragen maar dient ter disculpatie van de bestuurder. In geval van een enkelvoudig bestuur zal de bestuurder zich mijns inziens kunnen trachten te disculperen door aan te tonen dat hem geen ernstig verwijt kan worden gemaakt. Daarbij is in dat geval, wil de bestuurder een kans maken, wel van belang dat het woordje *mede* blijft gelden nu de desbetreffende bestuurder zich niet op een taakverdeling kan beroepen teneinde het gebrek aan een ernstig verwijt te onderbouwen.

29. J.B. Huizink, ‘Artikel 2:9 BW, enkele observaties’, in: J.B. Huizink e.a. (red.), *Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland?*, Deventer: Kluwer 2011, p. 9; A.F. Verdam, ‘Collectieve en individuele bestuursverantwoordelijkheid’, in: J.B. Huizink e.a. (red.), *Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland?*, Deventer: Kluwer 2011, p. 30.

30. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 7 (MvT).

31. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 8 (MvT).

32. *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, nr. C, p. 15 (MvA).

33. *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, nr. C, p. 15 (MvA). Zie over mogelijke problemen in dit verband S.H.M.A. Dumoulin, ‘Het monistisch bestuursmodel volgens de Wet bestuur en toezicht – Observaties vanuit de praktijk’, *Ondernemingsrecht* 2012, 90.

34. S.H.M.A. Dumoulin, ‘Het monistisch bestuursmodel volgens de Wet bestuur en toezicht – Observaties vanuit de praktijk’, *Ondernemingsrecht* 2012, 90.

35. *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, nr. C, p. 16 (MvA).

Hoe dit ook zij, duidelijk is dat zowel uitvoerende als niet-uitvoerende bestuurders een belangrijke toezichthoudende functie hebben ten aanzien van hun medebestuurders en deze ook waar moeten maken teneinde zich in geval van onbehoorlijk bestuur te kunnen disculperen.³⁶ Dit toezicht zal in ieder geval tot de taak van iedere bestuurder dienen te worden gerekend. Daarnaast vallen onder de algemene gang van zaken zoals genoemd in het tweede lid van het nieuwe artikel 2:9 BW zogenaamde belangrijke bestuursbesluiten. Thans is het mijns inziens reeds zo dat de taakverdeling niet zover mag gaan dat een bepaalde aangelegenheid aan het bestuur als geheel wordt ontnomen.³⁷ Ondanks het toedelen van een bepaalde aangelegenheid aan een van de bestuurders, staat het het bestuur als college vrij te eisen dat de desbetreffende besluitvorming collectief plaatsvindt.³⁸ Besluiten die de hoofdlijnen van het te voeren beleid betreffen, behoren tot de collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur.³⁹ Dat geldt met name voor wat betreft het financiële beleid van de vennootschap.⁴⁰ De hoofdlijnen van het financiële beleid behoren in ieder geval de bestuurstafel te passeren.⁴¹ Naast het financiële beleid, wordt in de literatuur nog gewezen op strategiewijzigingen als belangrijke bestuursbeslissingen die in beginsel zijn voorbehouden aan het gezamenlijke bestuur.⁴² Echter, het is goed denkbaar dat bijvoorbeeld ten aanzien van de financiële kant een bestuurder is aangetrokken met specialistische kennis aan wie het financiële beleid als onderdeel van de bestuurszaak specifiek is toebedeeld.⁴³ Dit laat echter onverlet de noodzaak van andere bestuurders om de vinger aan de pols te houden en zich in te laten met het financiële beleid

binnen de vennootschap. Naarmate de financiële situatie binnen de vennootschap meer precair wordt of naarmate de transacties die worden aangegaan om welke reden dan ook *out of the ordinary* zijn, dienen de overige bestuurders zich intensiever te bemoeien met het financiële beleid en eventueel het financiële beleid verder naar de bestuurstafel toe te trekken zodat zij er zich gezamenlijk over kunnen buigen.⁴⁴ Van belang is dat bestuurders enerzijds tijdig aan de bel trekken ten aanzien van taken die aan medebestuurders zijn toebedeeld en anderzijds tijdig hun medebestuurders informeren ter zake onderwerpen die tot hun takenpakket behoren waarbij dient te worden opgemerkt dat voor algemene bestuurstaken die eigenlijk op de gezamenlijke bestuurstafel thuishoren een scherper toezicht op de medebestuurders mag worden verwacht. In de literatuur is mijns inziens terecht opgemerkt dat er nog een verschil in verantwoordelijkheid kan bestaan tussen de portefeuillehouder en de overige bestuurders.⁴⁵ In die zin dat de overige bestuurders zich tot op zekere hoogte mogen laten leiden door de adviezen en informatie afkomstig van de portefeuillehouder.

5. Niet-uitvoerende bestuurders en commissarissen

Door de wettelijke verankering van het monistisch model wordt een nieuw type bestuurder in de wet geïntroduceerd, de niet-uitvoerende bestuurder.⁴⁶ Van belang is op te merken dat een niet-uitvoerende bestuurder wat betreft taken en vooral ook voor wat betreft diens verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid niet gelijk kan worden gesteld met een commissaris. Evenals commissarissen, hebben niet-uitvoerende bestuurders een belangrijke

36. Zie over de toezichthoudende functie of Überwachungspflicht A.F. Verdam, 'Collectieve en individuele bestuursverantwoordelijkheid', in: J.B. Huizink e.a. (red.), *Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland?*, Deventer: Kluwer 2011, p. 24 e.v.
37. Zie in dit verband M. Olaerts, *Vennootschappelijke beleidsbepaling in geval van financiële moeilijkheden; de positie van bestuurders en aandeelhouders* (diss. Maastricht), Antwerpen/Oxford: Intersentia 2007, p. 152 e.v.
38. J.W. Winter, *Van Schilfgaard. Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 42.
39. J.R. Glasz, *Enige beschouwingen over zinvol commissariaat* (Recht en Praktijk), Deventer: Kluwer 1995, p. 46; J.B. Wezeman, *Aansprakelijkheid van bestuurders*, Deventer: Kluwer 1998, p. 71; J.W. Winter, *Van Schilfgaard. Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 47.
40. J.R. Glasz, *Enige beschouwingen over zinvol commissariaat* (Recht en Praktijk), Deventer: Kluwer 1995, p. 46; W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 59 e.v.; J.B. Wezeman, *Aansprakelijkheid van bestuurders*, Deventer: Kluwer 1998, p. 71; J.M.M. Maeijer in zijn noot bij het arrest *Staleman/Van de Ven*, NJ 1997, 360, onder nr. 1; F.J.P. van den Ingh 2000, 'De bestuursstructuur van Fortis', *Ondernemingsrecht* 2000, p. 142; M.J. Kroeze, *Bange bestuurders* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 2005, p. 20 onder verwijzing naar D.A.M.H.W. Strik, 'Aansprakelijkheid voor financiële verslaggeving in het licht van de Transparantierichtlijn', *Ondernemingsrecht* 2005, p. 152. Zie eveneens de minister in de memorie van antwoord bij de derde Misbruikwet *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, p. 36.
41. A.F. Verdam, 'Collectieve en individuele bestuursverantwoordelijkheid', in: J.B. Huizink e.a. (red.), *Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland?*, Deventer: Kluwer 2011, p. 31.
42. A.F. Verdam, 'Collectieve en individuele bestuursverantwoordelijkheid', in: J.B. Huizink e.a. (red.), *Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland?*, Deventer: Kluwer 2011, p. 31.
43. Zie J.R. Glasz, *Enige beschouwingen over zinvol commissariaat* (Recht en Praktijk), Deventer: Kluwer 1995, p. 46 die van mening is dat het financiële beleid weliswaar tot de collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur behoort maar dat niet van alle bestuurders een gelijke betrokkenheid bij het financieel beheer mag worden verwacht. Zie eveneens A.F. Verdam, 'Collectieve en individuele bestuursverantwoordelijkheid', in: J.B. Huizink e.a. (red.), *Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland?*, Deventer: Kluwer 2011, p. 31.
44. Dat in een dergelijk geval ook een strenger toezicht van de raad van commissarissen mag worden verwacht, blijkt uit de Laurus-enquête. Zie Hof Amsterdam (OK) 16 oktober 2003, *JOR* 2003, 260.
45. A.F. Verdam, 'Collectieve en individuele bestuursverantwoordelijkheid', in: J.B. Huizink e.a. (red.), *Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland?*, Deventer: Kluwer 2011, p. 31; S.H.M.A. Dumoulin, 'Het monistisch bestuursmodel volgens de Wet bestuur en toezicht – Observaties vanuit de praktijk', *Ondernemingsrecht* 2012, 90.
46. Geheel nieuw is dit uiteraard niet, zoals reeds aangegeven was het ook voor de wetswijziging reeds mogelijk om in Nederland gebruik te maken van een monistisch bestuursstelsel. Zie over de rol van niet-uitvoerende bestuurders en het verschil tussen niet-uitvoerende bestuurders en commissarissen onder meer D.A.M.H.W. Strik, 'Aansprakelijkheid voor de niet-uitvoerende bestuursleden', *Ondernemingsrecht* 2003, p. 367 e.v.; Th.G.J.M. Melchers, 'Wetsvoorstel Bestuur en Toezicht. Het verschil in vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheid tussen de niet-uitvoerende bestuurders en de commissarissen', *V&O* 2009-2, p. 26-29; R. van Wijk, "one tier board" in BV-recht", *VGR* 2012-4, p. 90; D.A.M.H.W. Strik, 'One tier en aansprakelijkheid', *Ondernemingsrecht* 2012, 91.

toezichthoudende functie. In zoverre is hun positie vergelijkbaar in die zin dat zij, behoudens een andersluidende taakverdeling, met name in staan voor het houden van toezicht op de uitvoerende bestuurders. Echter, niet-uitvoerende bestuurders blijven deel uitmaken van het bestuur en de collectieve bestuursverantwoordelijkheid rust derhalve eveneens op hun schouders. In hoeverre zij ook andere bestuurstaken hebben dan de toezichthoudende taak, zal afhangen van de binnen het bestuur gemaakte taakverdeling. Op basis van het bepaalde in het nieuwe artikel 2:129a/239a BW kan in ieder geval de taak om toezicht te houden op de taakuitoefening door het bestuur niet door middel van een taakverdeling aan de niet-uitvoerende bestuurders worden ontnomen. Hiervoor werd reeds opgemerkt dat alle bestuurders, zowel uitvoerende als niet-uitvoerende bestuurders, een belangrijke algemene toezichthoudende rol dienen te vervullen ten aanzien van hun medebestuurders. De omgekeerde vraag kan worden gesteld namelijk of in geval van een monistische bestuursstructuur de uitvoerende bestuurders door middel van een taakverdeling kunnen worden ontslagen van de algemene toezichthoudende taak. Dat is mijns inziens niet het geval.⁴⁷ De collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur en de in beginsel daarmee samenhangende hoofdelijke aansprakelijkheid van alle bestuurders dwingt hen mijns inziens tot het houden van toezicht op de medebestuurders teneinde zich ervan te vergewissen of die zich op behoorlijke wijze van de hun toebedeelde taak hebben gekweten. Bovendien eist de formulering van de disculpatiegrond in het tweede lid van het nieuwe artikel 2:9 BW dat de bestuurder waakzaam blijft zodat hem niet kan worden verweten dat hij onvoldoende maatregelen heeft getroffen teneinde het onbehoorlijk bestuur af te wenden.

Van groot belang voor de niet-uitvoerende bestuurders die zich enkel met het houden van toezicht willen bezighouden, is dat er een goede en duidelijke taakverdeling wordt afgesproken binnen het bestuur. Immers, bestuurstaken die niet verder aan specifieke bestuurders zijn toebedeeld, behoren tot de taak van iedere bestuurder dus ook van de niet-uitvoerende bestuurders.⁴⁸ In de parlementaire geschiedenis wordt er eveneens op gewezen dat de taken van niet-uitvoerende bestuurders meer omvattend zijn dan die van commissarissen.⁴⁹ De niet-uitvoerende bestuurders zitten aan de bestuurstafel, nemen deel aan de bestuurlijke besluitvorming en dragen daarmee bestuursverantwoordelijkheid. Ze zullen enkel aansprakelijk zijn voor onbehoorlijk bestuur indien hen, mede gelet op hun taak als niet-uitvoerend bestuurder, een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Voorts zullen zij ook moeten ingrijpen wanneer zij zien of hadden behoren te zien dat sprake was van een onbehoorlijke taakverdeling. De rolverdeling tussen niet-uitvoerende en uitvoe-

rende bestuurders voor wat betreft bijvoorbeeld hun ingrijpplicht in gevallen waarin onbehoorlijk bestuur dreigt en het daaraan gekoppelde verschil in aansprakelijkheid tussen beide typen bestuurders zal zich in de jurisprudentie verder moeten ontwikkelen. In dit verband is in ieder geval te verwachten dat niet-uitvoerende bestuurders eerder dan commissarissen aansprakelijk kunnen worden gesteld voor kennelijk onbehoorlijk bestuur en onvoldoende toezicht op het bestuur. Doordat de niet-uitvoerende bestuurders aan de bestuurstafel zitten, hebben zij een kennisvoorsprong ten opzichte van commissarissen. Zij zullen eerder op de hoogte zijn of indien dat niet het geval is, zich eerder op de hoogte moeten stellen, van het bestuursbeleid hetgeen ook tot eerder ingrijpen kan verplichten.⁵⁰ Het moment waarop toezicht wordt gehouden door commissarissen enerzijds en niet-uitvoerende bestuurders anderzijds, zal daardoor verschillen.⁵¹ In de *Laurus*-zaak⁵² werd van commissarissen een scherper toezicht en een meer kritische houding verwacht op het moment waarop hen negatieve signalen bereikten. Binnen een monistisch bestuur mag er mijns inziens van uit worden gegaan dat in vergelijkbare omstandigheden de negatieve signalen de niet-uitvoerende bestuurders eerder zullen bereiken en dat van hen derhalve eerder een actieve opstelling en kritisch toezicht mag worden verwacht. Dat geldt mijns inziens niet alleen voor gevallen waarin hen negatieve signalen bereiken maar ook voor zover het aangelegenheden betreft die op de bestuurstafel als geheel thuishoren. Wel is het naar mijn mening zo dat bij het beoordelen van de aansprakelijkheid van niet-uitvoerende bestuurders rekening moet worden gehouden met hun niet-uitvoerende status en zij wellicht minder snel aansprakelijk dienen te zijn dan de uitvoerende bestuurders.⁵³ Niet-uitvoerende bestuurders moeten tot op zekere hoogte kunnen afgaan op de informatie die zij hebben ontvangen van hun (mede) uitvoerende bestuurders. Hetgeen hiervoor werd opgemerkt ten aanzien van de rol van de taakverdeling binnen het bestuur en het feit dat bestuurders zijn aangetrokken met specialistische kennis van zaken ten aanzien van bepaalde onderwerpen, speelt ook hier een rol.⁵⁴ Duidelijk is dat wanneer binnen de raad van commissarissen of binnen het bestuur specialisten worden aangetrokken met betrekking tot een bepaald onderdeel van het beleid, dit al snel zal leiden tot een kennisvoorsprong van de desbetreffende specialisten en dat de medeverantwoordelijke bestuurders op die kennis en adviezen tot op zekere hoogte zullen moeten afgaan. Een voor de praktijk relevante vraag is echter: tot op welke hoogte? Hoe kunnen de overige bestuurders tot wier takenpakket een dergelijke aangelegenheid niet behoorde ervoor zorgen dat hen geen ernstig verwijt wordt gemaakt wanneer het misgaat en dat hen niet wordt

47. Zie anders: S.H.M.A. Dumoulin, 'Het monistisch bestuursmodel volgens de Wet bestuur en toezicht – Observaties vanuit de praktijk', *Ondernemingsrecht* 2012, 90.

48. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 7 (MvT).

49. *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, nr. C, p. 5 (MvA).

50. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 4, 15-16 (NV).

51. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 15 (NV).

52. Hof Amsterdam (OK) 16 oktober 2003, *JOR* 2003, 260.

53. S.H.M.A. Dumoulin, 'Het monistisch bestuursmodel volgens de Wet bestuur en toezicht – Observaties vanuit de praktijk', *Ondernemingsrecht* 2012, 90.

54. Hier dringt zich de vergelijking op met de rol van de audit commissie ten opzichte van die van de gezamenlijke commissarissen.

verweten dat zij onvoldoende maatregelen hebben genomen?⁵⁵ Dienen zij alle adviezen van hun medebestuurders bijvoorbeeld door externe deskundigen te laten verifiëren? Dat zou te ver gaan en de rol van de taakverdeling tenietdoen. De rol van de taakverdeling en de verankering daarvan in het nieuwe artikel 2:9 BW lijkt de mogelijkheid te bieden om met de andersoortige bestuurstaak van niet-uitvoerende bestuurders rekening te houden. Het zal interessant zijn om te zien hoe dit verschil in bestuurstaken en het daarmee samenhangend verschil in aansprakelijkheidspositie van de verschillende typen bestuurders zich in de praktijk zal ontwikkelen. Duidelijk is in ieder geval dat de mededelings- en onderzoeksplicht zowel van uitvoerende bestuurders onderling als van uitvoerende ten opzichte van niet-uitvoerende bestuurders zich verder zal moeten uitkristalliseren.

Het vonnis van de Rechtbank te Utrecht van 15 februari van dit jaar biedt alvast goede hoop dat in de jurisprudentie met de bijzondere rol van de niet-uitvoerende bestuurders in vergelijking met de uitvoerende bestuurders rekening zal worden gehouden. De rechtbank⁵⁶ overwoog in die zaak ten aanzien van de aansprakelijkheid van een niet-uitvoerende bestuurder van Fortis dat, hoewel de systematiek en de normstelling van een bestuurslid binnen een *one-tier-board* niet verschilt van de normstelling die geldt binnen een *dual* bestuursorgaan, die systematiek wel moet worden ingevuld aan de hand van de positie die de desbetreffende bestuurder inneemt waarbij onder meer de taakverdeling een belangrijke rol kan spelen. Het voorgaande betekent volgens de rechtbank dat:

‘(...) bij een bestuurder die lid is van een als one-tierboard aan te merken Raad van Bestuur, bij de bepaling van het voormelde toetsingskader 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. Nadat aldus de feitelijke werkzaamheden, bevoegdheden en verantwoordelijkheden van de individuele bestuurder in kaart zijn gebracht, dient te worden beoordeeld wat daarvan de betekenis is bij de weging van de voormelde omstandigheden. Daarbij zal in zijn algemeenheid veel minder snel van een persoonlijk ernstig verwijt sprake zijn wanneer het gaat om een niet-uitvoerend bestuurder (wiens taak in hoofdzaak bestaat uit het toezicht houden op de vennootschap) dan wanneer het gaat om een uitvoerend bestuurder (wiens taak in hoofdzaak ziet op de beleidsvorming binnen de vennootschap).’

In het geval van Fortis, waarbij het ging om de persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurders voor markma-

nipulatie en het niet naleven van de uit de Wft voortvloeiende verplichting om koersgevoelige informatie openbaar te maken, slaagde de niet-uitvoerende bestuurder erin de dans te ontspringen nu hem ter zake, aldus de rechtbank, geen ernstig verwijt kon worden gemaakt. Hierbij dient echter te worden opgemerkt dat uit deze uitspraak niet al te verstrekkende conclusies mogen worden getrokken. In casu was niet gesteld en gebleken dat de bestuurder ook andere taken had ten aanzien van de bedrijfsvoering. Bovendien had hij zelf geen openbare mededelingen gedaan die als marktmanipulatie konden worden aangemerkt en was hij, volgens de rechtbank, niet op de hoogte van meer recente ontwikkelingen waardoor hij die uitspraken door de andere bestuurders had kunnen voorkomen.⁵⁷ De rechtbank is in deze zaak mijns inziens vrij mild voor de niet-uitvoerende bestuurder en lijkt hem enkel verantwoordelijk te houden voor het al dan niet voldoen aan zijn toezichthoudende functie op een manier die dicht aansluit bij datgene wat men van een commissaris zou verwachten. Er wordt immers in het vonnis door de rechtbank op gewezen dat de niet-uitvoerende bestuurder gezien zijn toezichthoudende functie niet, zoals de uitvoerende bestuurder daartoe wel in staat was, kon beoordelen dat daadwerkelijk sprake was van koersgevoelige informatie en dat hij op een later tijdstip toen de koersgevoelige informatie hem wel bekend werd, gezien zijn toezichthoudende functie niet kon overzien dat niet-openbaarmaking van die koersgevoelige informatie in het belang van de vennootschap niet langer gerechtvaardigd was. De rechtbank legt in de overwegingen veel nadruk op die toezichthoudende functie en lijkt er enigszins aan voorbij te gaan dat de niet-uitvoerende bestuurder ondanks zijn toezichthoudende functie wel onderdeel uitmaakte van het bestuur en derhalve wellicht eerder op de hoogte had kunnen zijn of althans op onderzoek had kunnen uitgaan.

6. Interne bestuursverhouding in de toekomst: het belang van goede afspraken en controle op medebestuurders

De wetgever lijkt te hinken op twee gedachten die niet eenvoudig te combineren zijn. Enerzijds wordt in het kader van een efficiënte besluitvorming, rekening houdend met de dagelijkse praktijk, het belang van het maken van een taakverdeling erkend anderzijds blijft de collectieve verantwoordelijkheid een belangrijk paradigma. De taakverdeling neemt in de nieuwe samenstelling van artikel 2:9 BW alsmede binnen de wettelijke verankering van het monistisch bestuursmodel een meer prominente plaats in en het is dan ook te verwachten dat die in de toekomst steeds belangrijker zal worden bij het beoordelen van datgene wat van iedere bestuurder binnen het bestuur als orgaan mag worden verwacht. Desalniettemin zijn, zoals hierboven reeds werd besproken, door het vervangen van

55. Zie hierover in verband met de audit commissie P.J. Dortmund, ‘Delegatie binnen het toezichthoudend en het bestuurlijk orgaan’, *Ondernemingsrecht* 2005, 90.

56. Rb. Utrecht 15 februari 2012, *LJN* BV3753, r.o. 4.53. Zie hierover onder meer R.W. Eggers, ‘Fortis en Fortis-functionarissen aansprakelijk jegens beleggers’, *TOP* 2012, p. 194-200.

57. Zie in dit verband D.A.M.H.W. Strik, ‘One tier en aansprakelijkheid’, *Ondernemingsrecht* 2012, 91 die erop wijst dat de rechtbank veelvuldig aangeeft dat bepaalde dingen in deze procedure niet zijn gesteld en dat het oordeel wellicht anders zou zijn geweest indien een aantal aspecten wel zou zijn gesteld en bewezen.

het begrip 'werkkring' door het begrip 'taakverdeling' nog niet alle interpretatieproblemen opgelost en roept de memorie van toelichting op dit punt ook vragen op.⁵⁸ Het is bovendien van belang dat de taakverdeling binnen het bestuur op een duidelijke wijze plaatsvindt. Zoals hierboven reeds werd aangegeven, kan een taakverdeling bij of krachtens de statuten gebeuren. Dit kan in de statuten zelf, bij wege van een reglement maar ook door middel van een bestuursbesluit. De wet stelt niet de eis dat een taakverdeling schriftelijk dient te geschieden.⁵⁹ Dit kan voor individuele bestuurders tot onduidelijkheden leiden ten aanzien van de aan hen toebedeelde specifieke bestuurstaak. Teneinde hun mogelijkheid tot disculpatie te versterken, zal het voor de individuele bestuurders belangrijk zijn dat binnen het bestuur duidelijke afspraken worden gemaakt ten aanzien van de taakomschrijving en dat die afspraken tevens op schrift worden gesteld zodat daar, indien nodig, naar teruggegrepen kan worden in eventuele aansprakelijkheidsprocedures. Hoe ruim een bepaalde taak is, zal duidelijk moeten worden omschreven. Bovendien is het zo dat taken die niet zijn toebedeeld aan een individuele bestuurder, sowieso ten laste komen van alle bestuurders krachtens het bepaalde in het eerste lid van artikel 2:9 BW. Het is belangrijk dat individuele bestuurders en het bestuur als collectief zich bewust zijn/is van die 'residuele' taken.

Omdat de bestuurstaak een collectieve aangelegenheid blijft die resulteert in een collectieve verantwoordelijkheid, mag een bestuurder met een duidelijk afgebakend takenpakket zich niet al te rijk rekenen. Iedere bestuurder, uitvoerend of niet, blijft verantwoordelijk voor het bestuur als geheel en zal ervoor moeten zorgen dat hij op de hoogte blijft van de activiteiten van zijn medebestuurders en de manier waarop die zich van hun bestuurstaken kwijten. Hij zal de vinger aan de pols moeten houden. De vraag is dan ook in hoeverre de efficiëntie die met de taakverdeling wordt beoogd te bereiken, door de toezicht houdende taak weer (gedeeltelijk) teniet wordt gedaan. De onderzoeksplicht van zowel uitvoerende als niet-uitvoerende bestuurders ten aanzien van hun medebestuurders zal zich verder moeten uitkristalliseren in de jurisprudentie. Hetzelfde geldt voor de mededelingsplicht van bestuurders met een specifiek takenpakket ten aanzien van hun medebestuurders. Dat geldt ook voor de zwaarte die in concrete gevallen aan de bestuurstaak kan worden toegekend. Te verwachten is dat uitvoerende bestuurders gezien hun taken eerder aansprakelijk kunnen worden gesteld dan niet-uitvoerende bestuurders en dat niet-uitvoerende bestuurders eerder aansprakelijk kunnen worden gesteld dan commissarissen. Er is, zoals hiervoor aangegeven, een belangrijk verschil tussen niet-uitvoeren-

de bestuurders en commissarissen waarvan met name diegenen die een positie als niet-uitvoerend bestuurder aanvaarden, zich bewust moeten zijn.

Een bijkomend risico voor (zowel uitvoerende als niet-uitvoerende) bestuurders in een monistisch bestuursmodel is dat zij de verantwoordelijkheid kunnen dragen voor besluiten die slechts door een van de bestuurders genomen zijn maar op basis van artikel 2:129a/239a lid 3 BW aan het gehele bestuur worden toegedicht. Zoals hiervoor reeds werd aangegeven, is het op basis van die bepaling mogelijk om schriftelijk bij of krachtens de statuten te bepalen dat bestuurders rechtsgeldig kunnen besluiten omtrent zaken die tot hun taak behoren. Deze bepaling lijkt de effectiviteit van een taakverdeling binnen het bestuur ten goede te komen maar loopt uit de pas tegen de achtergrond van de collectieve taak van het bestuur als orgaan en lijkt daar niet mee te stroken.⁶⁰ De bestuurders blijven collectief verantwoordelijk voor een aldus genomen besluit en zullen er derhalve op moeten toezien dat zij tijdig worden geïnformeerd over de door iedere bestuurder genomen besluiten. De efficiëntie die met de taakverdeling wordt beoogd te bereiken heeft ook in dit geval een keerzijde in de vorm van een noodzaak tot versterkte controle door zowel uitvoerende als niet-uitvoerende bestuurders ten opzichte van hun medebestuurders. In de parlementaire geschiedenis wordt eveneens opgemerkt dat een bestuurder die een dergelijk besluit genomen heeft geacht wordt zijn medebestuurders daarvan binnen redelijke termijn in kennis te stellen. Echter, een wettelijke verankering van die informatieplicht werd niet noodzakelijk geacht.⁶¹ Ik meen dat wanneer bij of krachtens de statuten wordt bepaald dat een bestuurder eigenhandig bestuursbesluiten kan nemen, men er goed aan doet dit gepaard te laten gaan met een schriftelijke verankering van de informatieplicht van de desbetreffende bestuurder.⁶² Ook deze verhouding tussen de informatieplicht van de bestuurder die het besluit heeft genomen en de onderzoeksplicht van de overige bestuurders zal zich in de jurisprudentie derhalve verder moeten ontwikkelen.

Het gevolg van de taakverdeling binnen het bestuur en de rol die daaraan in de jurisprudentie kan worden toegekend is dat steeds minder sprake zal zijn van standaardisering omdat er veel verschillende typen bestuurders bestaan met verschillende rollen die van invloed kunnen zijn op hun aansprakelijkheidspositie. Zo dient te worden gedifferentieerd tussen uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders, tussen de toezicht houdende taak die door niet-uitvoerende bestuurders wordt uitgeoefend en de toezicht houdende taak die binnen een dual bestuursstelsel

58. Zie eveneens in die zin S.H.M.A. Dumoulin, 'Het monistisch bestuursmodel volgens de Wet bestuur en toezicht - Observaties vanuit de praktijk', *Ondernemingsrecht* 2012, 90.

59. J.B. Huizink, 'Artikel 2:9 BW, enkele observaties', in: J.B. Huizink e.a. (red.), *Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland?*, Deventer: Kluwer 2011, p. 8.

60. Zie over deze bepaling eveneens A.F. Verdam, 'Collectieve en individuele bestuursverantwoordelijkheid', in: J.B. Huizink e.a. (red.), *Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland?*, Deventer: Kluwer 2011, p. 29; S.H.M.A. Dumoulin, 'Het monistisch bestuursmodel volgens de Wet bestuur en toezicht - Observaties vanuit de praktijk', *Ondernemingsrecht* 2012, 90; D.A.M.H.W. Strik, 'One tier en aansprakelijkheid', *Ondernemingsrecht* 2012, 91.

61. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 13 (NV).

62. S.H.M.A. Dumoulin, 'Het monistisch bestuursmodel volgens de Wet bestuur en toezicht - Observaties vanuit de praktijk', *Ondernemingsrecht* 2012, 90; D.A.M.H.W. Strik, 'One tier en aansprakelijkheid', *Ondernemingsrecht* 2012, 91.

teem aan de commissarissen is toebedeeld, en tussen de portefeuillehouder en de bestuurder tot wiens takenpakket het onderwerp dat tot het onbehoorlijk bestuur heeft geleid niet behoorde. Steeds zal rekening dienen te worden gehouden met de omstandigheden van het geval. Algemeen kan mijns inziens worden aangenomen dat naarmate een bepaald onderwerp meer tot de *algemene gang van zaken* kan worden gerekend of een grotere breuk vormt met het tot dan toe gevoerde beleid, er sneller sprake kan zijn van aansprakelijkheid voor de niet-portefeuillehouder en een scherper toezicht kan worden verwacht waarbij dient te worden aangetekend dat dit eerder bekend zou moeten zijn bij niet-uitvoerende bestuurders dan bij commissarissen.

De vraag kan gesteld worden of de diversiteit in bestuurstaken of althans de feitelijke invulling daarvan problematisch is.⁶³ Mijns inziens is dat in principe niet het geval. Het is immers moeilijk om op dit punt algemene regels te formuleren. De beantwoording van wat van een goed en zorgzaam bestuurder mag worden verwacht, is niet in een paar zinnen te vatten en verschiet inherent van kleur afhankelijk van de relevante omstandigheden. De diversiteit in daadwerkelijke bestuurstaken kan echter wel tot onduidelijkheid en onzekerheid leiden aan de kant van de bestuurder. Die bestuurders moeten in ieder geval zorg dragen voor de aanwezigheid van voldoende interne controlemechanismen en interne regels met betrekking tot de bevoegdheidsverdeling en voor een goede onderbouwing en zorgvuldige voorbereiding van de bestuurlijke besluitvorming die tevens achteraf uit de stukken blijkt of aan de hand daarvan kan worden achterhaald. Het gevolg is ook dat door deze ontwikkeling de rechter steeds meer genoodzaakt zal zijn om zich achteraf met de interne gang van zaken binnen het bestuur te bemoeien teneinde te achterhalen hoe aan de taakverdeling gestalte is gegeven en wie welk, mede gelet op zijn taak, (ernstig) verwijt kan worden gemaakt. Hij zal moeten waken voor het gebruik van *hindsight* en voor een te ver gaande rechterlijke inmenging met de taak van het bestuur.⁶⁴ Een verdere diversificatie van de bestuurstaak treedt op doordat in specifieke wetten ten aanzien van bestuurders in bepaalde sectoren bijzondere bijkomende eisen worden gesteld. Zo wordt in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel bestuur en toezicht bijvoorbeeld aangegeven dat er redenen kunnen zijn om vanwege publieke-belangenbehartiging extra eisen te stellen aan bestuurders in bijvoorbeeld de gezondheidszorg. Die aanvullende normen voor bestuurdersaansprakelijkheid dienen, aldus de memorie van toelichting, in sectorspecifieke wetgeving te worden opgenomen.⁶⁵

7. Conclusie

Een van de doelstellingen van de hier besproken wetswijziging inzake bestuur en toezicht is om een einde te ma-

ken aan een aantal bestaande onduidelijkheden en contro-versen, onder meer door codificatie van de regels uit de jurisprudentie. Op een aantal punten leidt de nieuwe formulering van artikel 2:9 BW ook tot de beoogde verduidelijking. De wetswijziging zorgt ervoor dat een aantal van de oude interpretatie vragen ten aanzien van bestuurdersaansprakelijkheid wordt opgelost. Zo krijgt het aan de bestuurder te maken ernstig verwijt bijvoorbeeld een wettelijke grondslag en wordt in de wetsbepaling duidelijk tot uitdrukking gebracht dat voor een disculpatie van de individuele bestuurder van belang is dat hij aantoon dat hem geen ernstig verwijt kan worden gemaakt *én* dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen teneinde de gevolgen van onbehoorlijk bestuur voor de vennootschap af te wenden. De nieuwe formulering van artikel 2:9 BW maakt voorts duidelijk dat de taakverdeling binnen het bestuur van toenemend belang zal zijn in de toekomst.

Doordat een aantal van de oude interpretatievragen is opgelost, wordt ruimte geboden om in de rechtspraak tot nieuwe ontwikkelingen te komen en verdere interpretaties te geven aan de wettelijke inkadering die onlangs heeft plaatsgevonden. Dit zal op een aantal punten ook noodzakelijk zijn. De manier waarop de wetgeving thans is geformuleerd, roept immers nieuwe vragen op. Zo zal in de jurisprudentie moeten blijken hoe aan de rollen van de verschillende bestuurders in concreto invulling kan worden gegeven en op welke manier de verschillen in de bestuurstaak een rol kunnen spelen in een eventuele aansprakelijkheidsprocedure.

Zoals in de inleiding reeds werd aangegeven, is in de periode waarin het wetsvoorstel bestuur en toezicht aanhangig was over deze thematiek veel geschreven. Te verwachten is dat hieraan door het inwerking treden van die wijzigingen geen einde zal komen. Immers, 'wie schrijft die blijft ... herschrijven' – een adagium waaraan ook de wetgever overigens niet lijkt te ontkomen.

63. Zie over de veranderlijkheid van de inhoud van de bestuurstaak S.H.M.A. Dumoulin, 'Het monistisch bestuursmodel volgens de Wet bestuur en toezicht – Observaties vanuit de praktijk', *Ondernemingsrecht* 2012, 90 onder verwijzing naar S.H.M.A. Dumoulin, 'De positie van niet-uitvoerende bestuurders in het monistisch bestuursmodel', *Ondernemingsrecht* 2005, 91, p. 267.

64. In de memorie van toelichting wordt door gewaarschuwd voor het gebruik van *hindsight* bij de beoordeling van het bestuurshandelen. Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 9 (MvT).

65. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 10 (MvT).