



OPLETTEN EN MEESTUREN TEGELIJK CREËERT SPANNING

BELANGENCONFLICT BESTUURDER - TOEZICHTHOUDER

Kanttekeningen bij de one tier board

Het toezicht binnen de one-tier board is opgedragen aan de niet-uitvoerende bestuurders. Maar die hebben ook een zelfstandige collectieve verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken. Er bestaat dus een inherent belangenconflict, want degene die toezicht moet houden op de algemene gang van zaken - waaronder financiële zaken - draagt daar tevens medeverantwoordelijkheid voor. Dit kan gevolgen hebben voor aansprakelijkheidskwesties.

Hans Sachse

Met de inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht op 1 januari 2013⁴ is de mogelijkheid van een monistisch bestuursmodel in het Nederlandse vennootschapsrecht geïntroduceerd. Op grond van artikelen 2: 129a lid 1 respectievelijk 2: 239a lid 1 B.W. kan bij de statuten van de vennootschap worden bepaald dat de bestuurstaken worden verdeeld over één of meer niet-uitvoerende bestuurders en één of meer uitvoerende bestuurders. De taak om toezicht te houden op de taakuitoefening door bestuurders kan blijkens dezelfde bepaling niet door een taakverdeling worden ontnomen aan niet-uitvoerende bestuurders. Een belangrijke reden om de mogelijkheid van een one-tier board in te voeren was dat Amerikaanse en Britse investeerders het traditionele Nederlandse two-tier systeem onbegrijpelijk zouden vinden. Door bedrijven de mogelijkheid te geven te kiezen voor een one-tier board, zouden zij zich aantrekkelijker kunnen maken voor deze investeerders.

Onafhankelijk toezicht

Een voor de hand liggende vraag is of het toezicht uitgeoefend door niet-uitvoerende bestuurders die in één orgaan verenigd zijn met uitvoerende bestuurders voor- en/of nadelen biedt ten opzichte van het toezicht van de aparte raad van commissarissen. Er is wel betoogd dat de toezichthoudende niet-uitvoerende bestuurders in een one-tier board door de nauwere samenwerking met de uitvoerende bestuurders sneller en beter worden geïnformeerd dan commissarissen, hetgeen directer toezicht ten goede zou komen. Bewezen is dat echter nog niet; veel hangt uiteraard ook af van de feitelijke invulling van de functies door alle betrokkenen. Dit laatste is er wellicht de oorzaak van dat velen menen dat het lood om oud ijzer is. Toch is er mijns inziens een belangrijk verschil. Het uitoefenen van toezicht veronderstelt een zekere en noodzakelijke afstand tussen toezichthouder en onder toezicht gestelde; het is

DE FINANCIËLE WET- EN REGELGEVING IS NOG ONVOLDOENDE TOEGESNEDEN OP DE ONE-TIER BOARD

Opschoning regelgeving

Wat resteert is de vraag waarom banken, verzekeraars en clearinginstellingen geen one-tier board mogen hebben. Vindt de wetgever dit bestuursmodel niet geschikt voor deze voor het financiële stelsel zo belangrijke ondernemingen? Er is verrassend weinig aandacht voor dit toch interessante gegeven. Het wordt een enkele keer wel opgemerkt, maar bij de achterliggende reden wordt niet stil gestaan. Ook in de parlementaire geschiedenis is er geen aandacht aan besteed.

Het Nederlandse toezicht op financiële ondernemingen en financiële markten zoals dat is neergeslagen in de Wft en daarop gebaseerde regelgeving is grotendeels het resultaat van de uitvoering van Europese richtlijnen; De oorsprong van artikel 3:19 Wft is echter niet gelegen in Europese regelgeving; ook in de oude sectorale wetgeving voor banken en verzekeraars was zij opgenomen. In Europa is dus het antwoord ook niet te vinden. Navraag bij DNB leert dat er waarschijnlijk niet sprake is van een bewuste keuze om de one-tier board uit te sluiten voor banken, verzekeraars en clearinginstellingen, bij voorbeeld omdat in een one-tier board onvoldoende onafhankelijk toezicht mogelijk zou zijn. Waarschijnlijk is bij de introductie van de one-tier board gewoon verzuimd om artikel 3:19 Wft (en overigens ook de genoemde artikelen 3:9, 4:8 en 4:10) op de one-tier board aan te passen. Indien dat inderdaad het geval is, verdient het aanbeveling om de Wft bij een volgende “opschoonactie” de genoemde artikelen aan te passen. Ook de standpuntbepaling van DNB op haar website zou op dit punt moeten worden verhelderd.

Aansprakelijkheid niet-uitvoerende bestuurders

Een andere voor de hand liggende vraag is of de wezenlijk andere setting van de one-tier board ten opzichte van het traditionele two-tier systeem gevolgen heeft voor de mogelijke aansprakelijkheid van niet-uitvoerende bestuurders wegens falend

toezicht. Qua aansprakelijkheid kan onderscheid gemaakt worden tussen (i) interne aansprakelijkheid; en (ii) externe aansprakelijkheid. De interne aansprakelijkheid ziet op de inspanningsverplichting die de bestuurder heeft op grond van artikel 2:9 BW tot een behoorlijke taakvervulling. Via de schakelbepalingen van artikel 2:149/259 BW geldt die verplichting op gelijke wijze voor de commissaris. Alleen de vennootschap (of in geval van faillissement: de curator) kan de betrokken bestuurder of commissaris op die basis aansprakelijk houden voor de door de vennootschap geleden schade. Externe aansprakelijkheid is de aansprakelijkheid van een bestuurder of commissaris jegens derden, bij voorbeeld op grond van onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW).

Het voert in dit kader te ver een uitgebreide analyse te geven van aansprakelijkheidsscenario's. Ik sta daarom vooral stil bij artikel 2:9 BW, dat de taakomschrijving van de bestuurder (en via de schakelbepalingen van de commissaris) geeft en dat is aangepast toen de one-tier board in onze wetgeving werd geïntroduceerd. Het artikel luidt thans als volgt:

1. Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Tot de taak van de bestuurder behoren alle bestuurstaken die niet bij of krachtens de wet of statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld.
2. Elke bestuurder draagt verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken. Hij is voor het geheel aansprakelijk terzake van onbehoorlijk bestuur, tenzij hem gelet op de aan anderen toebedeelde zaken 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.

ER BESTAAT EEN INHERENT BELANGENCONFLICT TUSSEN TOEZICHT HOUDEN EN MEEBESTUREN

De tweede volzin van lid 1 is opgenomen met het oog op de one-tier board. Uitvoerende taken zijn niet toebedeeld aan de niet-uitvoerende bestuurder. Daarvoor kan hij dus in beginsel niet aansprakelijk zijn. Niettemin volgt uit het tweede lid dat “de algemene gang van zaken” de verantwoordelijkheid is van alle bestuurders, dus ook van de niet-uitvoerende bestuurders. Uitgangspunt is dus collectieve verantwoordelijkheid en volledige aansprakelijkheid van alle bestuurders, behoudens de mogelijkheid van individuele disculpatie op grond van taakverdeling. Het nieuwe artikel 2:9 BW is uitdrukkelijk niet bedoeld als breuk met het verleden; oude jurisprudentie blijft daarom van belang. Kort samengevat komt het neer op de vraag of een bestuurder (dus ook een niet-uitvoerende bestuurder) een ernstig verwijt kan worden gemaakt op grond van alle omstandigheden van het geval. Daarbij speelt een belangrijke rol de informatie waarover hij beschikte of diende te beschikken. De norm wordt daarbij gezet door de bestuurder die voor zijn taak is berekend en deze nauwgezet vervult.

Kern van de zaak is dat de toezichthouder in het one-tier board systeem de hoedanigheid heeft van bestuurder en niet meer die van commissaris. De vraag is of dat ook leidt tot andere eisen die aan adequaat toezicht kunnen worden gesteld. Fleming stelt dat wanneer in het hypothetische geval in de Landis-zaak sprake zou zijn geweest van een one-tier board, de rechter de verantwoordelijkheid van de niet-uitvoerende bestuurder waarschijnlijk niet anders zou hebben ingekleurd dan nu het geval is geweest. Van de commissarissen werd immers al een directe en proactieve betrokkenheid verwacht. Zou van een niet-uitvoerend bestuurder nóg meer worden verwacht dan reeds op basis van bestaande jurisprudentie van de commissaris in het klassieke model wordt verwacht, zo vervolgt hij, dan valt niet in te zien wat

eigenlijk nog het verschil is tussen de uitvoerende en de niet-uitvoerende bestuurder. Op zich is dat een gedachte die goed te volgen is.

Principieel verschil

Toch blijft er iets knagen. Hoe men het ook wendt of keert, de toezichthouder in het one-tier board stelsel is een bestuurder. Diens eventuele aansprakelijkheid dient dan ook vanuit dat perspectief te worden beoordeeld. Toezicht houden op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken en het geven van advies - de rol van de commissaris in het klassieke model - is naar zijn aard principieel wat anders dan als bestuurder directe verantwoordelijkheid dragen voor de algemene gang van zaken. Wanneer het voordeel van een one-tier board directere betrokkenheid van de niet-uitvoerende bestuurders is en meer mogelijkheden schept om te kunnen beschikken over meer informatie (hetgeen overigens geen wet van Meden en Perzen is), dan zit daar vanuit aansprakelijkheidsoogpunt naar mijn smaak ook een schaduwzijde aan. Dat schept dan meer verantwoordelijkheid ten opzichte van de commissaris in het klassieke model, die niet over die voordelen kan beschikken. Waar blijkens bestaande jurisprudentie alle omstandigheden een rol kunnen spelen, lijkt mij dan ook niet uitgesloten dat juist specifieke omstandigheden die inherent (kunnen) zijn aan de one-tier board mede een rol gaan spelen bij de beoordeling van aansprakelijkheid van niet-uitvoerende bestuurders. Terwijl enerzijds gesteld kan worden dat aan de commissaris in het klassieke model toch al strenge eisen worden gesteld, kan anderzijds ook worden gesteld dat aan de niet-uitvoerende bestuurder in ieder geval niet minder strenge eisen zullen worden gesteld dan aan de commissaris. Hoogstens meer. Hij heeft ook meer taken, hetgeen ook vanuit die optiek kan leiden tot een ruimere aansprakelijkheid.

Slotopmerkingen

Het toezicht binnen de one-tier board is opgedragen aan de niet-uitvoerende bestuurders. Die hebben echter ook een zelfstandige collectieve verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken. Daarmee is sprake van een inherent belangenconflict, want degene die toezicht moet houden op de algemene gang van zaken (waaronder mede worden begrepen financiële zaken), draagt daar tevens medeverantwoordelijkheid voor. Het behoeft geen betoog dat dat vanuit toezichtoptiek niet een ideale systematiek is ('de slager die zijn eigen vlees keurt'). Waar alle omstandigheden relevant kunnen zijn, is niet uitgesloten dat dat net als de hierboven besproken punten in aansprakelijkheidskwesties een rol kan spelen.

Voorts kan worden geconstateerd dat de wet- en regelgeving nog onvoldoende is toegesneden op de one-tier board. Dat geldt met name voor de financiële wetgeving, waarin (waarschijnlijk onbedoeld) de mogelijkheid van de one-tier board strikt genomen niet bestaat voor banken, verzekeraars en clearinginstellingen.

Noten

1. W.J.L. Calkoen, One-Tier Board: een empirisch onderzoek, *Ondernemingsrecht* 2014/4, pp.'s 21 e.v.
2. Zie P. van Schilfgaarde, Van de BV en de NV, Wolters Kluwer, 16e druk, 2013, pp.'s 165 en 166.
3. <http://www.toezicht.dnb.nl/3/50-226002.jsp>
4. Artikelen 3:8 en 3:9 Wft met als primaire toezichthouder DNB enerzijds en artikelen 4:9 en 4:10 Wft met als primaire toezichthouder de AFM anderzijds zijn grotendeels gelijklopend, met uitzondering van de hierna te noemen bepaling van artikel 3:8 lid 3 Wft.
5. Uit het feit dat de niet-uitvoerende bestuurders in artikelen 3:9, 4:9 en 4:10 Wft niet expliciet worden benoemd kan overigens niet de conclusie worden getrokken dat niet-uitvoerende bestuurders uit een one-tier board van een financiële onderneming niet aan de geschiktheids- en betrouwbareheidsvereisten zouden behoeven te voldoen. Zij zijn immers bestuurder en moeten uit dien hoofde reeds voldoen aan deze vereisten.
6. Zie Wet op het financieel toezicht, Tekst & Toelichting- Wet, derde druk, Kluwer, 2014, p. 465.
7. Toezicht Financiële Markten, t.a.p., aantekening 3. Voor clea-

ringinstellingen werd de bepaling overigens eerst van toepassing bij de inwerkingtreding van de Wft.

8. HR 10 januari 1997, Staleman/Van de Ven, JOR 1997/29.
9. Jeroen Fleming, Aansprakelijkheid van bestuurders en toezicht-houders: de juridische risico's van ondernemen, *Jaarboek Corporate Governance*, 2014/2015, Kluwer, Deventer, 2014, pp.'s 97 en 98.
10. Strik, *Ondernemingsrecht* 2012/91, p. 496.
11. Strik, t.a.p. p. 499.

Over de auteur

Hans Sachse is sinds 1982 advocaat en thans zelfstandig te Amsterdam gevestigd onder de naam Sachse advocatuur (www.sachse.nl; hans@sachse.nl). Hij heeft onder meer als advocaat van de financiële toezichthouders AFM en DNB uitgebreide ervaring opgedaan in het financiële recht. Hij is tevens ombudsman bij een groot energieconcern en als onderzoeker/functionaris opgenomen in het bestand van de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam.



Dit artikel is een bewerking van een door hem in het kader van de Nyenrode Commissarissencyclus februari-juni 2015 geschreven paper, die bekroond is met de "best paper award NCC 32".