



**van poppel
croonen**
ADVOCATEN

Gijs van Poppel
Advocaat

Externe aansprakelijkheid van commissarissen

[Ondernemingsrecht](#)

10 november 2010

Inleiding Steeds vaker zijn commissarissen doelwit in juridische procedures over aansprakelijkheid. In de rechtspraak kan een algemene trend worden waargenomen dat commissarissen een actievere rol moeten innemen om hun taken naar behoren te vervullen op straffe van persoonlijke aansprakelijkheid. Recent is een uitspraak (1) gepubliceerd die ingaat tegen deze trend.

Algemeen

De basistaken van commissarissen zijn toezicht en advies (2) . De taken van commissarissen worden nader uitgewerkt in de wet en de statuten van de vennootschap (3).

In de Nederlandse wetgeving zijn diverse bepalingen opgenomen waaruit persoonlijke aansprakelijkheid van commissarissen voortvloeit tegenover derden voor de schade die door die derden geleden is ('externe aansprakelijkheid') (4) . Een dergelijke wettelijk bepaling is bijvoorbeeld artikel 2:138 BW (bij de NV) respectievelijk 2:248 BW (bij de BV). Bij deze wettelijke bepaling gaat het om (externe) aansprakelijkheid van bestuurders jegens de boedel in geval van faillissement van de vennootschap, waarbij de vordering tot schadevergoeding wordt ingesteld door de curator, die daarbij optreedt in het belang van de gezamenlijke crediteuren: iedere **bestuurder** is jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort indien het bestuur of een bestuurder zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en het aannemelijk is, dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Commissarissen kunnen via lid 7 van dit artikel op dezelfde grond zoals bestuurders als '(mede-)beleidsbepalers' aansprakelijk gehouden worden voor hun handelen, indien zij zich *te intensief* met het bestuur bemoeid hebben.

Bij de toepassing van artikel 2:138/248 BW kunnen twee situatie worden onderscheiden:



**van poppel
croonen**
ADVOCATEN

1. commissarissen die krachten wet of statuten bepaalde daden van bestuur hebben verricht waardoor ook de bestuurdersaansprakelijkheid voor hen gaat gelden, bijvoorbeeld omdat zij vanwege een tegenstrijdig belang aan de zijde van de bestuurder(s) de vennootschap extern vertegenwoordigen (art. 2:256/146 BW),
2. commissarissen die bestuurders (klakkeloos) laten uitvoeren waartoe zij opdracht geven of commissarissen die zelf bestuursdaden verrichten met terzijdestelling van het formele bestuur, waardoor zij aangemerkt kunnen worden als '*(mede-)beleidsbepalers*' in de zin van lid 7 van artikel 2:248/138 BW.

(Mede-)beleidsbepaler

De beoordeling of een commissaris is aan te merken als '*(mede)beleidsbepaler*' in de zin van lid 7 van art. 2:248/138 BW is *feitelijk* van aard. De actievare rol van de commissaris, die blijkens recente rechtspraak wordt verwacht, gaat in de praktijk gepaard met:

- de beschikking over een eigen kamer en andere faciliteiten voor commissarissen, zoals gebruik van een secretaris van de vennootschap,
- regelmatig overleg tussen commissarissen en CEO of de mogelijkheid voor commissarissen om te overleggen met anderen binnen de vennootschap,
- een verzoek aan commissarissen om een bemiddelende rol te vervullen bij conflicten tussen bestuur en aandeelhouders (recentelijk oordeelde de Hoge Raad dat een dergelijke rol slechts onder bijzonder omstandigheden tot de taak van de Raad van Commissarissen kan horen en in ieder geval niet beschouwd moet worden als een resultaatsverbintenis),
- bemoeienis van commissarissen bij de benoeming van specifieke personen anders dan de leden van het bestuur,
- bemoeienis van commissarissen bij de operationele gang van zaken, bijvoorbeeld door het hebben van periodiek intern overleg met specifieke afdeling(shoofd)en ,
- gebruik maakt door commissarissen van een eigen advocaat, accountant of andere adviseurs ,
- een Raad van Commissarissen die (voornamelijk) leden bevat die lange tijd bij het (familie)bedrijf als (statutair) bestuurder heeft gefungeerd, waarbij geldt dat de rolwisseling van bestuurder in commissaris duidelijk structuur moeten krijgen en afstand genomen moet worden van diens feitelijke invloed die vaak nog lange tijd in de onderneming merkbaar is .

Enkele van deze kunnen wellicht passen binnen de uitvoering van de taken van een commissaris, maar een rechter zal, alles *overziend*, tot een eigen oordeel komen of de commissaris zich in het specifieke geval heeft beperkt tot zijn taken dan wel zich *te actief* heeft opgesteld en als '*(mede-)beleidsbepalers*' in de zin van lid 7 van artikel 2:248/138 BW dient te worden aangemerkt.



**van poppel
croonen**
ADVOCATEN

In een recente zaak (9) oordeelde de rechtbank te Rotterdam of een commissaris als '(mede-)beleidsbepalers' in de zin van lid 7 van artikel 2:248/138 BW dient te worden aangemerkt, doordat de commissaris in de periode van drie jaar voorafgaand aan het faillissement van de vennootschap zich heeft gedragen *als ware hij bestuurder* (10).

Bij die beoordeling is volgens deze rechtbank van belang geoordeeld dat om te kunnen spreken van handelingen "als ware hij bestuurder" het *niet voldoende* is dat de commissaris invloed heeft uitgeoefend binnen de vennootschap. Aan de andere kant is ook *niet vereist* dat zijn invloed zo ver ging dat hij de (statutair) bestuurder van de vennootschap aanstuurde en opdrachten gaf. Daarbij oordeelde de rechtbank dat ook als de commissaris zich feitelijk naast de bestuurder gedroeg als bestuurder, geldt dat hij feitelijk beleidsbepaler was in de zin van lid 7 van art. 2:248/138 BW.

Immers, voor de rechtbank staat in deze zaak vast dat de commissaris belangrijke invloed had binnen de vennootschap. Hij was veelvuldig aanwezig op het kantoor van de vennootschap en hij deed zijn aanwezigheid gelden. Hij nam onder meer deel aan interne vergaderingen (waarbij hij aanwijzingen gaf). Voorts had hij veelvuldig overleg met de bestuurder, dat leidde tot besluitvorming. Ook liet de commissaris betalingen uitvoeren, was hij betrokken bij de afwikkeling van een juridische procedure en correspondeerde met een merkenbureau over de merkrechten van de vennootschap. Verder was hij betrokken bij een mogelijke overname van de vennootschap door een derde partij. Van sommige van deze handelingen kan nog gezegd worden dat deze passen binnen de taken van een commissaris, maar het geheel overziend komt de rechtbank tot de slotsom dat de commissaris zich niet heeft beperkt tot zijn taken. Wel past hierbij de kanttekening dat niet is komen vast te staan dat de commissaris de bestuurder als bestuurder terzijde heeft gesteld. De (statutair) bestuurder bleef belast met de dagelijkse gang van zaken. De slotsom is dat de commissaris aangemerkt moet worden als feitelijk beleidsbepaler in de zin van art. 2:248 lid 7 BW en persoonlijk aansprakelijk gehouden kan worden. Kortom, de 'actievare' commissaris moet op zijn tellen passen.

Advies

Een zichtbare trend in de rechtspraak is een actievare rol voor de commissaris, maar die commissaris moet zich blijven beperken tot de uitoefening van zijn taken. Voor een 'overactieve' commissaris ligt persoonlijke aansprakelijkheid op te loer, zoals blijkt uit voornoemde uitspraak van de rechtbank te Rotterdam. Ook commissarissen dienen zich dus goed bewust te zijn van hun eigen verantwoordelijkheden én van de afbakening van hun verantwoordelijkheden met die van andere organen van de vennootschap, zoals het bestuur



**van poppel
croonen**
ADVOCATEN

en de algemene vergadering van aandeelhouders. Hierbij kan in het algemeen gesteld worden dat commissarissen alert dienen te zijn op signalen uit de onderneming. Bij signalen moeten de commissarissen optreden, doorvragen en maatregelen nemen. Ter voorkoming van persoonlijke aansprakelijkheid moeten commissarissen de taken van het bestuur nimmer naar zich 'toetrekken'. In alle situaties zou de commissaris zich niet moeten laten verleiden tot overleg met het bestuur bij de vorming van het beleid van de onderneming en al zeker geen bemoeienis hebben met de operationele gang van zaken.

1. Rechtbank Rotterdam 14 april 2010, JOR 2010/181
2. De basistaken van commissarissen, toezicht en advies, worden nader ingevuld door de 'Dutch corporate governance code', een code die ook voor niet-beursgenoteerde bedrijven relevant kan zijn.
3. Bij de 'structuurvennootschap' is een Raad van Commissarissen verplicht, bij de gewone vennootschap kunnen de statuten bepalen dat er een Raad van Commissarissen is.
4. Bijvoorbeeld als hun een persoonlijk verwijt treft (art. 6:162 BW), of de misbruikwetgeving op hen van toepassing is (2e of 3e Misbruikwet, de artt. 2:149/259, 2:138/248 lid 7, 2:50a, 2:53a en 2:300a BW) of door de jaarrekening en andere stukken een misleidende voorstelling wordt gegeven van de toestand van de vennootschap (art. 2:150/260 BW).
5. Hoge Raad 9 juli 2010, JOR 2010/228 (ASMI)
6. Intensieve betrokkenheid bij administratieve en onderhoudswerkzaamheden (HR 23 november 2001, JOR 2002/4), intensieve betrokkenheid bij het doen van betalingen en incasseren van vorderingen (Rb Zutphen 30 september 2009, LJN BK4198)
7. Hoge Raad 9 juli 2010, JOR 2010/228 (ASMI), benoeming van Del Prado Sr als adviseur van de Raad van Commissarissen, terwijl hij tevens 21% aandeelhouder is en 40 jaar als bestuursvoorzitter actief geweest is. Ook bij niet-beursgenoteerde (familie-)bedrijven kan de invloed van een oprichter/groootaandeelhouder die na een bestuursfunctie toetreedt tot de Raad van Commissarissen nog groot zijn, waarbij in sommige gevallen gesteld kan worden dat de feitelijke invloed zo groot is dat sprake is van 'medebeleidsbepalers'.
8. In recente corporate governance ontwikkelingen speelt de onafhankelijkheid van de commissarissen een steeds belangrijker rol. Volgens Europese en Amerikaanse codes, wet- en regelgeving worden als niet-onafhankelijk o.a. beschouwd voormalige leden van de Raad van Bestuur en grootaandeelhouders, waarbij overigens al geldt dat zij volgens die codes, wet- en regelgeving niet of slechts in beperkte mate deel mogen uitmaken van belangrijke commissies van de Raad van Commissarissen; vergelijk bepaling III.2.2 van de Dutch



**van poppel
croonen**
ADVOCATEN

corporate governance code.

9. Rechtbank Rotterdam 14 april 2010, JOR 2010/181

10. Vgl. HR 23 november 2001, JOR 2002/4 (Mefigro/Wind q.q.)