

## Article 25fa pilot End User Agreement

This publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act (Auteurswet) with explicit consent by the author. Dutch law entitles the maker of a short scientific work funded either wholly or partially by Dutch public funds to make that work publicly available for no consideration following a reasonable period of time after the work was first published, provided that clear reference is made to the source of the first publication of the work.

This publication is distributed under The Association of Universities in the Netherlands (VSNU)'Article 25fa implementation' pilot project. In this pilot research outputs of researchers employed by Dutch Universities that comply with the legal requirements of Article 25fa of the Dutch Copyright Act are distributed online and free of cost or other barriers in institutional repositories. Research outputs are distributed six months after their first online publication in the original published version and with proper attribution to the source of the original publication.

You are permitted to download and use the publication for personal purposes. Please note that you are not allowed to share this article on other platforms, but can link to it. All rights remain with the author(s) and/or copyrights owner(s) of this work. Any use of the publication or parts of it other than authorised under this licence or copyright law is prohibited. Neither Radboud University nor the authors of this publication are liable for any damage resulting from your (re)use of this publication.

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please contact the Library through email: [copyright@ubn.ru.nl](mailto:copyright@ubn.ru.nl), or send a letter to:

University Library  
Radboud University  
Copyright Information Point  
PO Box 9100  
6500 HA Nijmegen

You will be contacted as soon as possible.

## **TAAKVERDELING, DISCULPATIE EN DRAAGPLICHT**

### **1. Inleiding**

De verdeling van werk en arbeid is een economische realiteit die zich ook uitstrekt tot de bestuurskamers. De verdeling van taken binnen een bestuur gaat vaak samen met de specialisatie van bestuursleden en beoogt een grotere slagvaardigheid van het orgaan te bereiken.<sup>1</sup> Hetzelfde geldt voor een raad van commissarissen. Een taakverdeling kan bij meer complexe organisaties of ondernemingen zelfs noodzakelijk zijn om tot effectief bestuur te komen. De bestuurders en commissarissen zullen vertrouwen in de behoorlijke vervulling van de deeltaken door de portefeuillehouders. Wanneer dat vertrouwen wordt beschaamd, doet zich een moeilijkheid voor. Het huidige ondernemingsrecht gaat bij meerhoofdige organen nog altijd uit van de collectieve verantwoordelijkheid van alle bestuurders of commissarissen voor de behoorlijke uitvoering van de bestuurs- respectievelijk toezichtstaak. Ieder van hen is hoofdelijk aansprakelijkheid voor schade die het gevolg is van een onbehoorlijke taakvervulling. Een taakverdeling zet de collectieve verantwoordelijkheid en de daaraan gekoppelde aansprakelijkheid onder druk. Zij oefent langs twee wegen haar invloed uit op de aansprakelijkheid van de betrokkenen. In de eerste plaats kan zij bijdragen aan de persoonlijke disculpatie van een bestuurder of commissaris voor een onbehoorlijke vervulling van een taak die aan ander was toebedeeld, dan wel de matiging van diens aansprakelijkheid. In de tweede plaats kan zij inwerken op de onderlinge draagplicht van de aansprakelijke personen en daarmee op de mogelijkheden om na vergoeding van de schade op elkaar verhaal te nemen. Beide effecten van de taakverdeling komen in deze bijdrage aan de orde.<sup>2</sup>

---

\* Mr. B.A. Schuijling en prof. mr. S.C.J.J. Kortmann zijn verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit, als respectievelijk directeur en hoogleraar Burgerlijk recht.

1 Zie ook S. Dumoulin, 'De positie van niet-uitvoerend bestuurders in het monistisch bestuursmodel', *Ondernemingsrecht* 2005/91.

2 Wij beperken ons tot de bestuurders en commissarissen van naamloze en besloten vennootschappen.

## 2. Collegiale verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid

### 2.1 Collegiale verantwoordelijkheid

Aan het huidige ondernemingsrecht ligt het beginsel van collegiale (of collectieve) verantwoordelijkheid ten grondslag.<sup>3</sup> Het uitgangspunt is dat een meerhoofdig bestuur of raad van commissarissen gezamenlijk verantwoordelijk is voor de behoorlijke vervulling van de taak die aan het desbetreffende orgaan is toegekend.<sup>4</sup> De verantwoordelijkheid rust op het college als zodanig en als gevolg daarvan in beginsel op ieder lid van het college afzonderlijk.

De collectieve verantwoordelijkheid voor het bestuur komt tot uiting in art. 2:9 BW. Op grond van het eerste artikellid behoren alle bestuurstaken die niet aan andere bestuurders zijn toebedeeld, tot de taak van iedere bestuurder, terwijl het tweede artikellid bepaalt dat iedere bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor – in ieder geval – de algemene gang van zaken. De collegiale verantwoordelijkheid voor het financieel beleid, en in het bijzonder de financiële verslaglegging in administratie en jaarrekening, komt bijvoorbeeld ook tot uiting bij de collectieve aansprakelijkheid van bestuurders jegens de boedel in geval van een faillissement van de vennootschap.<sup>5</sup> De collectieve verantwoordelijkheid manifesteert zich daarnaast in de opdracht aan iedere bestuurder om maatregelen te treffen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.<sup>6</sup> Op vergelijkbare wijze oefent ook een meerhoofdige raad van commissarissen zijn algemene taken tot het houden van toezicht op en het adviseren van het bestuur gezamenlijk uit.<sup>7</sup> Hetzelfde geldt voor de aanvullende of bijzondere taken die de wet of statuten aan de raad opdragen.<sup>8</sup>

---

3 Zie ook L. Timmerman, 'Grondslagen van geldend ondernemingsrecht', *Ondernemingsrecht* 2009/2, nrs. 28-29 en Y. Borrius, 'Taakverdeling en aansprakelijkheid binnen bestuur en raad van commissarissen', in: M. Lückerath-Rovers e.a. (red.), *Jaarboek Corporate Governance 2012-2013*, Deventer: Kluwer 2012, p. 106.

4 M.J. Kroeze (m.m.v. H. Beckman, M.A. Verburgh), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel I\**. De rechtspersoon, Deventer: Kluwer 2015, nr. 194; G. Van Solinge & M.P. Nieuwe Weme (m.m.v. R.G.J. Nowak), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel II. De naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 417 en J.B. Huizink, *Rechtspersoon, vennootschap en onderneming (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 7)*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 106. Zie ook HR 15 juli 1968, *NJ* 1969, 101 (*Wijsmuller*) waarin het besluit van een meerhoofdig orgaan van de rechtspersoon wordt aangemerkt 'als vrucht van onderling overleg van alle leden van dat orgaan'.

5 Zie de art. 2:138/248 BW; *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 25 en 39 (MvA); en Nota II, *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 9, p. 21.

6 Vgl. art. 2:9 lid 2, slot, BW; en art. 2:138/248 lid 3 BW.

7 Vgl. art. 2:140/250 lid 2 BW. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\* 2015/220 en Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/486 en 513.

8 Vgl. art. 2:140 lid 3 en 2:250 lid 3 BW.

## 2.2 Hoofdelijke aansprakelijkheid

Het uitgangspunt van collectieve verantwoordelijkheid brengt mee dat iedere bestuurder in het geval van onbehoorlijk bestuur in beginsel voor het geheel aansprakelijk is voor de daaruit voortvloeiende schade jegens de vennootschap.<sup>9</sup> De bestuurders zijn hoofdelijk verbonden jegens de rechtspersoon.<sup>10</sup> De hoofdelijke verbondenheid houdt in dat de schuldeiser van iedere bestuurder nakoming kan vorderen van de gehele schuld.<sup>11</sup> Dit geldt ook voor iedere bestuurder in een monistisch bestuursmodel (*one-tier board*). Zelfs indien een kwestie tot de taak van een bepaalde bestuurder behoort, zijn als uitgangspunt alle medebestuurders hoofdelijk aansprakelijk voor het daarmee verband houdende onbehoorlijk bestuur.<sup>12</sup> Bij de aansprakelijkheid van bestuurders jegens de boedel in geval van faillissement van een NV of BV volgt uitdrukkelijk uit art. 2:138/248 lid 1 BW dat iedere bestuurder hoofdelijk aansprakelijk is voor – kort gezegd – het boedeltekort.<sup>13</sup> Hoofdelijke verbondenheid rust tevens op alle bestuurders voor de ‘balans-aansprakelijkheid’ uit hoofde van art. 2:139/249 BW jegens derden voor de schade die zij hebben geleden als gevolg van een door de jaarrekening, tussentijdse cijfers of het jaarverslag gegeven misleidende voorstelling van de toestand van de vennootschap.<sup>14</sup> In al deze gevallen bestaat echter de mogelijkheid voor een bestuurder om zich door een persoonlijke disculpatie te onttrekken aan de hoofdelijke verbondenheid.<sup>15</sup>

Voor een commissaris geldt dat hij, op vergelijkbare voet als een bestuurder, hoofdelijk aansprakelijk kan zijn jegens de rechtspersoon voor de schade voortvloeiend uit een onbehoorlijke uitoefening van zijn taak.<sup>16</sup> De collectieve verantwoordelijkheid betekent ook hier dat iedere commissaris in beginsel, en behoudens individuele disculpatie, voor het geheel aansprakelijk is. Hoofdelijke aansprakelijkheid van iedere commissaris jegens de boedel in geval van een faillissement van de vennootschap is mogelijk op grond van art. 2:149 jo. 2:138 BW respectievelijk

9 Art. 2:9 lid 2 BW. Zie ook *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, nr. C, p. 5 (MvA). Zie voor kritiek op deze koppeling tussen collegiaal bestuur en hoofdelijke aansprakelijkheid onder meer D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid. Een maatpak voor de board room* (diss. Rotterdam) (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 73), Deventer: Kluwer 2010, p. 83 e.v.

10 Art. 6:102 BW.

11 Art. 6:7 lid 1 BW.

12 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 8 (MvT). Vgl. ook Rb. Utrecht 15 februari 2012, *JOR* 2012/243, m.nt. Willems (*Fortis*), r.o. 4.53.

13 Zie ook HR 20 mei 1988, *NJ* 1989, 676, m.nt. Alkema en m.nt. Maeijer (*Koster/Van Nie q.q.*).

14 Hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders is ook het uitgangspunt bij de art. 2:69 en 2:180 lid 2 BW (rechtshandelingen verricht vóór de inschrijving van de vennootschap in het handelsregister) en art. 2:216 lid 3 BW (uitkeringen bij voorzienbare betalingsonmacht).

15 Zie art. 2:138/248 lid 3 BW, 2:139/249 BW en 2:216 lid 3 BW.

16 Art. 2:149/259 jo. 2:9 BW.

art. 2:259 jo. 2:248 BW.<sup>17</sup> Voor de schade die het gevolg is van een misleidende jaarrekening zijn de commissarissen in beginsel eveneens hoofdelijk aansprakelijk.<sup>18</sup>

Hoofdelijkheid is echter niet *steeds* het devies. Bij de aansprakelijkheid van een bestuurder of commissaris uit hoofde van een onrechtmatige daad jegens een derde, zoals een crediteur of aandeelhouder van de vennootschap,<sup>19</sup> is hoofdelijke aansprakelijkheid niet het uitgangspunt. Anders dan in de hiervoor besproken gevallen, wordt daarbij niet het collectief, maar de *individuele* bestuurder of commissaris een onrechtmatige gedraging verweten.<sup>20</sup> Voor de vestiging van deze aansprakelijkheid zal ten aanzien van iedere bestuurder of commissaris afzonderlijk een ernstig verwijt moeten kunnen worden gemaakt. Van hoofdelijkheid zal in dit verband pas sprake zijn indien meerdere bestuurders of commissarissen voor dezelfde schade aansprakelijk zijn.<sup>21</sup>

### 3. Taakverdeling en aansprakelijkheid

#### 3.1 Taakverdeling

De collegiale verantwoordelijkheid sluit niet uit dat bepaalde gezamenlijke taken worden verdeeld onder de leden van het college.<sup>22</sup> De mogelijkheid om een taakverdeling te bepalen die afwijkt van het normaaltype, geeft uitdrukking aan de inrichtingsvrijheid ten aanzien van de organisatie van de rechtspersoon, een ander beginsel van het ondernemingsrecht. Afwijkende taakverdelingen bestaan dan ook in allerlei variaties.

Uit art. 2:9 lid 1 BW volgt met zoveel woorden dat bij het bestuur een taakverdeling kan bestaan bij of krachtens de wet of de statuten. De statuten kunnen bijvoorbeeld toestaan dat de taakverdeling bij reglement wordt vastgesteld.<sup>23</sup> Voor de raad van

---

17 Zie ook HR 28 juni 1996, *NJ* 1997, 58, m.nt. Maeijer (*Bodam Jachtservice*).

18 Art. 2:150 en 2:260 BW.

19 Zie voor aansprakelijkheid jegens crediteuren onder meer HR 8 december 2006, *JOR* 2007/38 (*Ontvanger/Roelofsen*), HR 26 januari 2009, *JOR* 2009/221, m.nt. Borrius (*Brink/Eurocommerce*) en HR 5 september 2014, *JOR* 2014/325, m.nt. Kortmann (*RCI/Kastrop*). Zie voor aansprakelijkheid jegens aandeelhouders onder meer HR 16 februari 2007, *JOR* 2007/112, m.nt. Van Veen en Van Wechem (*Tuin Beheer*) en HR 20 juni 2008, *NJ* 2009, 21, m.nt. Maeijer en m.nt. Sniijders (*Willemsen/NOM*).

20 Zie ook Strik 2010, p. 42 en Borrius 2012, p. 107.

21 Art. 6:102 lid 1 BW.

22 Zo ook Borrius 2012, p. 106.

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

commissarissen geldt eveneens dat bij of krachtens de statuten de taken kunnen worden verdeeld onder zijn leden.<sup>24</sup> Daarnaast kunnen de wet of de statuten een bijzondere, individuele taak toebedelen aan één of meer leden van de raad.<sup>25</sup> Bij een monistisch bestuursmodel worden de bestuurstaken verdeeld over uitvoerende bestuurders, die worden belast met specifieke taken, en niet-uitvoerende bestuurders, die een algemene bestuurstaak vervullen.<sup>26</sup>

Een bijzondere taak komt in de regel toe aan de voorzitter van het bestuur (bestuursvoorzitter of *chief executive officer*) of die van de raad van commissarissen (president-commissaris).<sup>27</sup> De voorzitter van de raad van commissarissen draagt zorg voor het goed functioneren van de raad en een ordelijk en efficiënt verloop van de algemene vergadering, en is het voornaamste aanspreekpunt voor het bestuur en voor aandeelhouders over het functioneren van bestuurders en commissarissen.<sup>28</sup> Binnen het bestuur kan, naast een voorzitter, een bestuurder de verantwoordelijkheid zijn toebedeeld voor de financiële zaken (*chief financial officer*) of voor andere – vaak operationele – taken. Niet ongebruikelijk is bovendien dat commissies worden gevormd uit de leden van de raad van commissarissen.<sup>29</sup> De Nederlandse Corporate Governance Code huldigt het principe dat de raad uit zijn midden een auditcommissie, een remuneratiecommissie en een selectie- en benoemingscommissie instelt.<sup>30</sup>

Een taakverdeling kan ook tot stand komen zonder uitdrukkelijke grondslag in de statuten. Het is niet met zekerheid te zeggen in hoeverre disculperende werking kan

24 Art. 2:149/259 jo. 2:9 lid 1 BW. Zie ook Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/494.

25 Vgl. art. 2:140 lid 3 en 2:250 lid 3 BW.

26 Vgl. art. 2:129a en 2:239a BW en *Kamerstukken II* 2008/09, nr. 3, p. 14-15 (MvT). De taakverdeling binnen het bestuur is wettelijk beperkt ten aanzien van het voorzitterschap van het bestuur, de voordrachten tot benoeming van bestuurders en de vaststelling van de bezoldiging van de uitvoerend bestuurders.

27 Zie Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/422 (bestuursvoorzitter) en 500 (president-commissaris). Zie ook art. 2:129a en 2:239a BW voor de taak van de voorzitter in een *one-tier board*.

28 Zie ook principe III.4 Corporate Governance Code (2009).

29 Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/494. Daarnaast kan een zogeheten gedelegeerd commissaris (tijdelijk) een bepaalde taak wordt opgedragen. Zie Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/501.

30 Principe III.5 Corporate Governance Code (2009). Zie ook Best practice III.8.3 voor deze commissies bij een monistische bestuursstructuur. Andere voorbeelden zijn een kwaliteitscommissie, corporate governance commissie, beleggingscommissie, strategiecommissie, veiligheidscommissie of een stakeholdercommissie. Deze voorbeelden zijn ontleend aan M. Lückerath-Rovers & A. de Bos, Nationaal Commissarissen Onderzoek 2015, p. 18.

toekomen aan dit soort taakverdelingen.<sup>31</sup> Wij vinden het goed verdedigbaar dat ook een taakverdeling zonder statutaire grondslag een rol kan spelen bij disculpatie, zeker waar het de aansprakelijkheid betreft tegenover de vennootschap.<sup>32</sup> Dergelijke afspraken zullen in ieder geval degenen binden die partij zijn bij de verdeling en zullen inwerken op de onderlinge draagplicht van deze personen. In het vervolg van deze bijdrage nemen wij aan dat taakverdelingen steeds berusten op een statutaire basis.

### 3.2 *Invloed van een taakverdeling op de collegiale verantwoordelijkheid*

Een taakverdeling binnen het bestuur doet geen afbreuk aan de verantwoordelijkheid van iedere bestuurder ten aanzien van de algemene gang van zaken.<sup>33</sup> Iedere bestuurder blijft verantwoordelijk voor de taakuitoefening door het bestuur en voor de besluiten die door het orgaan worden genomen.<sup>34</sup> Ook voor de raad van commissarissen en de *one-tier board* geldt dat het collectief de gezamenlijke verantwoordelijkheid draagt voor de verdeelde taken.<sup>35</sup> De toedeling van een taak aan individuele leden van het bestuur of de raad van commissarissen ontslaat de overige leden van het college niet van hun verantwoordelijkheid voor die taak.<sup>36</sup> De verantwoordelijkheid voor een taak kan dus niet *met uitsluiting* van de overige leden bij één of meer individuele bestuurders of commissarissen worden gelegd.

De taakverdeling heeft echter wel, zo menen wij, invloed op de concrete invulling van ieders verantwoordelijkheid ten aanzien van de verdeelde taak. Degene aan wie een bepaalde taak is toebedeeld, is primair verantwoordelijk voor de richtige uitvoering van die taak. De verantwoordelijkheid van zijn collega's ten aanzien van die taak is van een secundaire aard. Niettemin mag van hen worden verwacht dat zij toezien op een behoorlijke vervulling van de deeltaak door de portefeuille-

---

31 Vgl. M.L. Lennarts & J. Roest, 'Toezicht; benoeming en ontslag, taken en bevoegdheden en aansprakelijkheid van toezichthouders in besloten verhoudingen', in: B. Bier, M. van Olffen & B. Snijder-Kuipers (red.), *Handboek notarieel ondernemingsrecht. B.V. en N.V.* (Serie Van der Heijden Instituut, deel 132-1), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 135 en J.B. Huizink, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:9 BW, aant. 12.3.

32 Zo ook Kortmann, in zijn noot onder Rb. Oost-Brabant 17 december 2014, *JOR* 2015/129, (*Bureau Jeugdzorg Noord-Brabant*), nr. 4. Steun voor deze opvatting is te vinden in HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360, m.nt. Maeijer (*Staleman/Van de Ven*), dat ook onder het huidige art. 2:9 lid 2 BW van betekenis is.

33 Art. 2:9 lid 2 BW.

34 *Kamerstukken II* 2008/09, nr. 3, p. 8 (MvT). Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, *JOR* 2015/32, m.nt. Holtzer (*Meepo*) en Hof Amsterdam 12 juni 2000, *JOR* 2012/348 (*Nederlandse Rode Kruis/X*).

35 Vgl. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/501 en 494 (commissarissen) en *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 14 (MvT)(one-tier board). Zie ook Lennarts en Roest 2016, p. 134-137.

36 Zie ook Huizink 2013, nr. 106.

houder. De toebedeling van een taak aan een medebestuurder of medecommissaris kwijt hen in het bijzonder niet van de verplichting om in te grijpen wanneer zij kennis hebben of behoren te hebben van een onbehoorlijke taakvervulling en om maatregelen te treffen om de gevolgen daarvan af te wenden.<sup>37</sup> Wanneer de omstandigheden daartoe aanleiding geven, zullen zij de portefeuillehouder moeten bevragen, controleren of corrigeren en daarbij al het mogelijke in het werk stellen, zoals hun invloed bij de besluitvorming.<sup>38</sup>

### 3.3 Disculpatie

De hoofdelijke aansprakelijkheid van alle bestuurders en commissarissen voor de gehele schade lijdt uitzondering indien één of meer van hen zich kunnen disculperen of ten aanzien van hen de schadevergoedingsverplichting wordt gematigd. Een eventuele taakverdeling speelt in dit verband een belangrijke rol.<sup>39</sup>

In het kader van een persoonlijke disculpatie ter zake van een onbehoorlijke taakvervulling is steeds van belang dat de individuele bestuurder of commissaris geen ernstig verwijt kan worden gemaakt.<sup>40</sup> Of sprake is van een ernstig verwijt moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Een taakverdeling is bij uitstek een relevante omstandigheid.<sup>41</sup> Dat de onbehoorlijke taakvervulling ziet op een taak die aan zijn collega was toebedeeld, disculpeert een bestuurder of commissaris op zichzelf nog niet.

Naast de afwezigheid van een ernstig persoonlijk verwijt, zal de bestuurder of commissaris evenmin nalatig mogen zijn geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.<sup>42</sup> Hem mag geen verwijt treffen ten aanzien van het toezien op de vervulling van de verdeelde taak. Wanneer een bestuurder bijvoorbeeld waarneemt dat de portefeuillehouder zijn taak niet goed

37 Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3 (MvT), p. 8; en *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, nr. C (MvA), p. 5. Zie ook Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, *JOR* 2013/237, m.nt. Verboom (*Landis*).

38 Vgl. Dumoulin, *Ondernemingsrecht* 2005 en Borrius 2012, p. 106.

39 Zie voor enkele voorbeelden van een succesvolle disculpatie met een beroep op een taakverdeling: Rb. Rotterdam 14 juli 2010, *JOR* 2010/336, m.nt. Borrius, Hof Amsterdam 21 september 2010, *JOR* 2011/40, m.nt. Wezeman (*Freule Lauta van Aysma*) en Rb. Oost-Brabant 17 december 2014, *JOR* 2015/129, m.nt. Kortmann (*Bureau Jeugdzorg Noord-Brabant*).

40 Vgl. de art. 2:9 lid 2 en 2:138/248 lid 3 BW. Zie ook art. 2:139/249, slot, BW.

41 Art. 2:9 lid 2 BW. Vgl. HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360, m.nt. Maeijer (*Staleman/Van de Ven*). Zo ook Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\* 2015/202.

42 Art. 2:9 lid 2 en 2:138/248 lid 3 BW. Zie ook HR 6 maart 2015, *JOR* 2015/107 (*Zuid-Hollandse Glascentrale*). Het voormalige art. 2:9 BW liet twijfel toe over de vraag of een bestuurder diende in te grijpen ten aanzien van aangelegenheden die niet tot zijn werkkring behoorden. Zie onder meer *Kamerstukken II* 2008/09, nr. 3, p. 8 (MvT).



vervult en daardoor onbehoorlijk bestuur dreigt, zal hij moeten ingrijpen om later een beroep te kunnen doen op de disculpatiegrond.<sup>43</sup> Van bestuurders en commissarissen mag worden verwacht dat zij daarbij alles doen wat in hun macht ligt om het onheil af te wenden. Voor een beroep op disculpatie is het naar onze overtuiging niet noodzakelijk dat een bestuurder of commissaris die zonder succes heeft ingegrepen, zijn functie neerlegt. Het volstaat dat hij alles heeft geprobeerd dat in zijn macht lag om zijn collega's tot inkeer te bewegen. Een kans op disculpatie wordt niet verspeeld door het enkele in functie blijven.

Of en in welke mate medebestuurders of -commissarissen behoorden in te grijpen, zal moeten worden beoordeeld langs de lat van de redelijk handelende en redelijk bekwame bestuurder of commissaris, met inachtneming van alle omstandigheden van het geval. Daarbij is onder meer relevant over welke gegevens zij beschikten of behoorden te beschikken ten aanzien van de onbehoorlijke taakuitoefening door een portefeuillehouder.<sup>44</sup> In hoeverre mag worden verwacht dat medebestuurders of commissarissen het functioneren van de portefeuillehouder en zijn verslaglegging onderzoeken? Afhankelijk van de omstandigheden van het geval, zal een evenwicht moeten worden gevonden tussen onderling vertrouwen en onderlinge controle.<sup>45</sup> Een taakverdeling moet een efficiënte, effectieve en soepele samenwerking bevorderen. Deze voordelen worden tenietgedaan als een bestuurder of commissaris het werk van de portefeuillehouder praktisch moet overdoen. Men zal elkaar tot op zekere hoogte moeten en mogen vertrouwen.<sup>46</sup> Wij zouden als uitgangspunt willen aanvaarden dat bestuurders en commissarissen bij een taakverdeling mogen vertrouwen op de behoorlijke vervulling van ieders taak en op een correcte informatieverstrekking daarover.<sup>47</sup> Bij gezamenlijke besluitvorming bijvoorbeeld zal iedere bestuurder of commissaris zich zo goed mogelijk dienen te informeren, maar mag hij vertrouwen op de informatie die een portefeuillehouder heeft verstrekt over wat binnen de hem toebedeelde taak valt.<sup>48</sup> Vertrouwen kan des te meer op zijn plaats zijn indien het complexe materie betreft ten aanzien waarvan de portefeuillehouder

---

43 *Kamerstukken II 2008/09*, nr. 3, p. 8 (MvT). Zie ook Rb. Den Haag 28 april 2016, *JOR* 2016/227, m.nt. Scholten (*Hildon Bouwservice*).

44 Vgl. HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360, m.nt. Maeijer (*Staleman/Van de Ven*).

45 Zie uitgebreid over dit thema L. Timmerman, 'Vertrouwen op anderen', *Ondernemingsrecht* 2011/52.

46 Vgl. Strik 2010, p. 165-166, over het voorbeeld van de commercieel directeur die behoort deel te nemen aan beraadslagingen over de hoofdlijnen van de financiële verslaglegging, maar niet gehouden is het werk van de CFO of de auditcommissie over te doen.

47 Zie ook Timmerman, *Ondernemingsrecht* 2011 over informatieverstrekking binnen het bestuur en de raad van commissarissen. Vgl. P.T.J. Wolters, *Alle omstandigheden van het geval* (diss. Nijmegen) (Serie Onderneming en Recht, deel 77), Deventer: Kluwer 2013, p. 200-201.

48 Timmerman, *Ondernemingsrecht* 2011.

expertise bezit die bij zijn collega's ontbreekt en redelijkerwijs mag ontbreken.<sup>49</sup> Vertrouwen is echter niet gerechtvaardigd indien men in het gegeven geval had behoren te twijfelen over de behoorlijke taakvervulling of de informatieverschaffing door de portefeuillehouder of dat andere omstandigheden tot een kritischer houding aanleiding hadden moeten geven.<sup>50</sup> Is bepaalde expertise aanwezig bij collega's – of lijkt deze te ontbreken bij de portefeuillehouder – dan brengt dit een verantwoordelijkheid met zich om een portefeuillehouder kritisch te volgen. Ook het belang van de aangelegenheid, zoals het financieel of strategisch beleid, kan een zwaardere plicht op de collega's van de portefeuillehouder leggen om de verstrekte informatie te beproeven. Disculpatie lijkt ons in het bijzonder gerechtvaardigd in die gevallen waarin een portefeuillehouder door heimelijk handelen of onjuiste informatieverschaffing heeft verhinderd dat zijn collega's vooraf hun invloed konden uitoefenen of naderhand konden ingrijpen.

### 3.4 Matiging

Waar disculpatie niet slaagt, kan een individuele bestuurder een beroep doen op matiging van zijn schadevergoedingsplicht op de voet van art. 6:109 lid 1 BW. Daarvoor is vereist dat de toekenning van volledige schadevergoeding in de gegeven omstandigheden tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden.<sup>51</sup> De hoogte van het door de bestuurder ontvangen honorarium is door de Hoge Raad reeds erkend als een relevante matigingsfactor.<sup>52</sup> Naar onze mening heeft een onderlinge taakverdeling evenzeer relevantie in dit verband. Het is echter de vraag of ook betekenis kan toekomen aan een taakverdeling in het kader van de aansprakelijkheid bij faillissement. De wet bevat voor dit geval bijzondere matigingsgronden. Individuele matiging is op grond van art. 2:138/248 lid 4 BW mogelijk gelet op de tijd dat de bestuurder of commissaris als zodanig in functie is geweest. In de literatuur en rechtspraak wordt met een beroep op de wetsgeschie-

49 Vgl. *Kamerstukken II*, 2008/09, nr. 3, p. 9 (MvT), waarin wordt gesteld dat de (niet-uitvoerende) bestuurder of commissaris die geen deel uitmaakt van een auditcommissie zich tot op zekere hoogte zal mogen laten leiden door de bevindingen van de commissie. Zie daarover ook Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\* 2015/202.

50 Vgl. B.F. Assink, H.E. Bröring, L. Timmerman & S.N. de Valk, 'Evolutie van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht – Een dwarsdoorsnede', in: B.F. Assink e.a. (red.), *Evolutie van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht* (Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, → deel 76), Deventer: Kluwer 2001, p. 69; E. Soerjatin, 'Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid: de hits van 2014-2015', in: M. Holtzer, D. Strik & D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2015-2016* (Serie Van der Heijden Instituut, deel 134), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 22 en Borrius 2012, p. 110.

51 Zie nader A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 178.

52 HR 8 juli 2011, *JOR* 2011/285, m.nt. Tekstra (*Intertrust/Ontvanger*).

denis algemeen aangenomen dat deze matigingsgrond limitatief is.<sup>53</sup> Een taakverdeling zou hier geen rol kunnen spelen. Pas bij het nemen van onderling regres zou zij tot uiting kunnen komen bij de bepaling van de draagplicht.<sup>54</sup> Wij vragen ons af of deze benadering geen bijsturing verdient, zodat de toepassing van art. 6:109 BW niet is uitgesloten en ook andere omstandigheden kunnen worden aangevoerd als matigingsgrond.<sup>55</sup> De rechter behoort de – met terughoudendheid toegepaste – vrijheid te hebben om in nijpende gevallen de hoofdelijke aansprakelijkheid van een bestuurder of commissaris te kunnen matigen. De uitsluiting van alle andere omstandigheden dan de periode dat de bestuurder niet in functie was, als een grond tot matiging, lijkt ons een nodeloos onbuigzame benadering.

#### 4. Taakverdeling en onderling verhaal

##### 4.1 Onderling verhaal

De lasten die zijn gemoeid met de schadevergoeding veroorzaakt door onbehoorlijke taakvervulling zullen moeten worden verdeeld over de daarvoor hoofdelijk aansprakelijke schuldenaren. Het aanknopingspunt voor deze verdeling is hun interne draagplicht. In de onderlinge verhouding tussen de hoofdelijke schuldenaren moet iedere schuldenaar in de schuld bijdragen voor het gedeelte dat hem aangaat.<sup>56</sup> Voldoet een hoofdelijk aansprakelijke bestuurder de schadevergoedingsverbintenis, dan kan hij krachtens regres of subrogatie zijn medeschuldenaren aanspreken tot een bijdrage.<sup>57</sup> Hij verkrijgt deze rechten steeds voor zover de schuld door hem is gedelgd voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat en ten hoogste tot het gedeelte dat het de medeschuldenaar aangaat.<sup>58</sup> Indien een hoofdelijke schuldenaar niet of niet geheel kan voldoen aan zijn bijdrageplicht wordt dit onvoldane gedeelte omgeslagen over de draagplichtige schuldenaren, naar evenredigheid van ieders draagplicht.<sup>59</sup> De vaststelling van de onderlinge draagplicht van de hoofdelijke schuldenaren is daarmee van doorslaggevend belang voor hun onderlinge verplichtingen na voldoening van de schuld door één van hen.

---

53 Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/464 wordt. In deze zin ook J.B. Wezeman, *Aansprakelijkheid van bestuurders* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer: 1998, p. 346 en Huizink, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:138 BW, aant. 22.2.1. Zie ook Rb. Alkmaar 5 augustus 2009, *RO* 2009/69 en Rb. 's-Gravenhage 11 mei 2011, *JOR* 2012/1, m.nt. Harmsen onder *JOR* 2012/3.

54 Zie *Handelingen II*, 29 augustus 1985, p. 6344.

55 Zie ook E.J.J. van der Heijden/W.C.L. van der Grinten & P.J. Dortmond, *Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 399.1.

56 Art. 6:10 lid 1 BW.

57 Art. 6:10 lid 2 en 6:12 lid 1 BW.

58 Er bestaat daarnaast een bijdrageplicht ten aanzien van de in redelijkheid gemaakte kosten door een hoofdelijk schuldenaar naar rato van de onderlinge draagplicht (art. 6:10 lid 3 BW).

59 Art. 6:13 lid 1 BW.

Naast de bestuurders en commissarissen kunnen ook anderen zijn verbonden tot vergoeding van dezelfde schade. De kring van hoofdelijke medeschuldenaren kan in sommige gevallen ruim uitvallen en de variaties zijn schier eindeloos. Zo kan bijvoorbeeld ook de vennootschap zelf verbonden zijn tot schadevergoeding of haar indirecte bestuurders. De hoofdelijke aansprakelijkheid bij faillissement kan zich uitstrekken over iedere feitelijk (mede)beleidsbepaler.<sup>60</sup> Daarnaast kan een moeder-vennootschap aansprakelijk zijn op grond van een onrechtmatige daad jegens crediteuren van de vennootschap.<sup>61</sup> Ook is een aandeelhouder wel eens hoofdelijk aansprakelijk gehouden op grond van art. 6:170 BW uit hoofde van zijn werkgeverschap ten aanzien van aansprakelijke commissarissen.<sup>62</sup> Tot slot kan worden gedacht aan door de vennootschap ingeschakelde deskundigen, zoals een accountant. Deze personen kunnen jegens de vennootschap aansprakelijk zijn vanwege een gebrekkige uitvoering van hun opdracht, maar ook ten opzichte anderen vanwege bijvoorbeeld hun betrokkenheid bij benadeling of de schending van hun beroepsmatige zorgplicht.<sup>63</sup> Voor zover hun aansprakelijkheid op dezelfde schade betrekking heeft, zullen ook deze aansprakelijke personen hoofdelijk zijn verbonden met bestuurders en commissarissen en verplicht tot bijdragen in de onderlinge verhouding.

#### 4.2 Vaststelling draagplicht

Bestaat hoofdelijke verbondenheid voor een schadevergoedingsverbintenis, dan wordt de bijdrageplicht geconcretiseerd in art. 6:102 lid 1 jo. 6:101 BW. Dit stelsel neemt tot uitgangspunt dat de hoofdelijke schuldenaren moeten bijdragen in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen. De draagplicht wordt aldus primair bepaald door de mate waarin de aan iedere bestuurder, commissaris of derde toe te rekenen omstandigheden hebben bijgedragen aan de schade (causaliteitscriterium).<sup>64</sup> Het gaat daarbij niet slechts om de gedragingen van deze personen, maar tevens om omstandigheden die in hun risicosfeer liggen.<sup>65</sup> Indien het handelen van één van hen (of andere aan deze persoon toe te rekenen omstandigheden) *niet* heeft

60 Art. 2:138/248 lid 7 BW en HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 95, m.nt. Maeijer (*Megrifo/Wind q.q.*).

61 Zie onder meer Zie onder meer HR 25 september 1981, *NJ* 1982, 443, m.nt. Maeijer (*Osby*), HR 19 februari 1988, *NJ* 1988, 487, m.nt. Van der Grinten (*Albada Jelgersma/Inza*), HR 18 november 1994, *NJ* 1995, 170, m.nt. Maeijer (*NMB/Securicor*) en HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 96, m.nt. Maeijer (*Hurks II*).

62 Rb. Utrecht 12 december 2007, *JOR* 2008/10, m.nt. Bartman (*Curatoren Ceteco/Hagemeyer c.s.*).

63 Zie in het bijzonder voor notarissen HR 23 december 1994, *NJ* 1996, 627 (*Curatoren THB/Notaris V.*) en voor accountants HR 13 oktober 2006, *JOR* 2006/296, m.nt. Beckman (*Vie d'Or*).

64 Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 352. Zo ook S.C.J.J. Kortmann, 'Interne draagplicht en regres', in: J.M.M. Maeijer e.a. (red.), *Aansprakelijkheid en draagplicht van bestuurders, commissarissen en accountants; verzekeringsaspecten* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 37), Deventer: Kluwer 1991, p. 55 en Wezeman 1998, p. 355.

65 Vgl. HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 54, m.nt. Brunner (*Donkers/Scholten*).

bijgedragen tot schade, is deze persoon in beginsel *niet* draagplichtig. Ten aanzien van niet-handelende bestuurders of commissarissen is in bijzonder van belang of hun stilzitten heeft bijgedragen tot de schade. Zou het treffen van onmiddellijke maatregelen bijvoorbeeld geen beperking van de schade hebben opgeleverd, omdat het kwaad niet meer gekeerd kon worden, dan ontbreekt het oorzakelijke verband tot schade en bestaat er voor deze personen geen draagplicht.<sup>66</sup>

Het vaststellen van de draagplicht aan de hand van de wederzijdse causaliteit van het onbehoorlijk bestuur van iedere bestuurder, het onbehoorlijk toezicht van iedere commissaris en de tekortkoming of onrechtmatige daad van een derde tot de schade kan een hachelijke kwestie zijn. Mocht niet zijn vast te stellen in welke mate de omstandigheden waarvoor zij aansprakelijk zijn, hebben bijgedragen tot het ontstaan van de schade, dan is een draagplicht voor gelijke delen de aangewezen oplossing.<sup>67</sup>

De mate van verwijtbaarheid en andere omstandigheden kunnen leiden tot een billijkheidscorrectie van de draagplicht die aan de hand van het causaliteitscriterium is vastgesteld.<sup>68</sup> De interne draagplicht kan zelfs geheel of gedeeltelijk vervallen als gevolg hiervan. Een andere verdeling kan bijvoorbeeld gelden indien het falen van een bestuurder aanmerkelijk verschilt in ernst.<sup>69</sup> Een afwijkende verdeling op grond van de billijkheid lijkt ook geboden in die gevallen dat een deel van de betrokkenen met opzet schade heeft berokkend of voordeel heeft getrokken uit het geheel. Zo is niet ondenkbaar dat collectieve aansprakelijkheid bestaat jegens vennootschap voor het onttrekken van gelden en goederen aan haar vermogen, terwijl slechts één van de bestuurders daarvan de voordelen heeft genoten. Er valt veel voor te zeggen om de laatstgenoemde bestuurder intern voor de gehele schade aansprakelijk te houden.

Uit de wet of rechtshandeling kan een verdeling voortvloeien die van het voorgaande afwijkt.<sup>70</sup> Zijn er (uitdrukkelijke of stilzwijgende) afspraken gemaakt tussen de medeschuldenaren over de verdeling van de draagplicht, dan prevaleren zij boven de verdeling die naar causaliteit en billijkheidscorrectie zou gelden.<sup>71</sup> Het volstaat in dit verband uitdrukkelijk niet dat de schuldeiser geheel of gedeeltelijk afstand

---

66 Vgl. Kortmann 1991, p. 59-60.

67 Vgl. HR 18 december 2009, *NJ* 2012, 614 (*London/Delta Lloyd*) en *TM*, Parl. Gesch. Boek 6, p. 108. Zie Rb. Arnhem 27 april 2011, *JOR* 2012/2 (*Welling/Spaan*) en Rb. Den Haag 9 september 2015, *RO* 2015/73 voor enkele recente gevallen waarin de rechter tot een gelijke verdeling kwam.

68 Art. 6:102 lid 1 jo. 6:101 BW.

69 Van der Heijden/Dortmond, Handboek 2013, nr. 257.

70 Art. 6:102 BW.

71 Vgl. HR 13 juli 2012, *JOR* 2012/306, m.nt. Bergervoet (*Janssen q.q./JVS Beheer*). Zie ook *TM*, Parl. Gesch. Boek 6, p. 108. Dat is anders indien de partijafpraak buiten toepassing moet blijven omdat deze naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (art. 6:8 jo. 6:248 lid 2 BW).

doet van zijn vordering jegens slechts een bepaalde hoofdelijke schuldenaar, bijvoorbeeld in het kader van een schikking. Deze schuldenaar is daarmee nog niet bevrijdt van zijn interne bijdrageplicht. Dat is anders indien de schuldeiser zich verbindt om zijn vorderingen op de medeschuldenaren te verminderen met de bijdrage die men van de ontheven schuldenaar had kunnen vorderen.<sup>72</sup> Het zal niet steeds voorkomen dat alle aansprakelijke personen partij zijn bij een afwijkend beding. Het is echter zeer waarschijnlijk dat tussen een aantal van hen bijzondere afspraken gelden waaruit een bijzondere draagplichtverdeling voortvloeit, zoals een taakverdeling of decharge.

#### 4.3 *Invloed van een taakverdeling op de onderlinge draagplicht*

In de onderlinge verhouding tussen hoofdelijk aansprakelijke bestuurders en commissarissen bestaat reden om te onderscheiden naar gelang de taak van het orgaan van de vennootschap en de taak van iedere functionaris binnen dat orgaan. Gelet op hun afstand tot en beperkte bemoeienis met de dagelijkse gang van zaken in de vennootschap, menen wij dat de leden van de raad van commissarissen veelal een lichtere draagplicht dienen te hebben dan de leden van het bestuur. Vervolgens kan een taakverdeling binnen het bestuur of de raad van commissarissen invloed uitoefenen op de onderlinge draagplicht van de leden van ieder orgaan. In een monistisch bestuursmodel zal aan de uitvoerende bestuurders in de regel een zwaardere draagplicht mogen toekomen dan aan de niet-uitvoerende bestuurders. In de toebedeling van een bepaalde taak ligt naar onze mening besloten dat de portefeuillehouder een zwaardere draagplicht toekomt ter zake van schade die voortvloeit uit het onbehoorlijk vervullen van die taak. In zoverre bestaat er een glijdende schaal in de omvang van de draagplicht. Zij gaat van een bestuurder met een specifieke taak, naar zijn uitvoerend medebestuurders naar zijn niet-uitvoerend medebestuurder, naar een commissaris belast met toezicht op de specifieke taak, naar uiteindelijk een medecommissaris zonder specifieke toezichtstaak.

De taakverdeling tussen de organen van de vennootschap en de leden van deze organen, kan worden beschouwd als een impliciete regeling van de interne draagplicht.<sup>73</sup> De taakverdeling brengt naar onze mening mee dat indien de verantwoordelijk bestuurder of commissaris door verkeerde keuzes of andere fouten faalt bij de uitvoering van zijn bijzondere taak, hij grotendeels of zelfs geheel aansprakelijk behoort te zijn in de verhouding tot zijn collega's.

---

72 Art. 6:14 BW. Zie ook TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 124. Zie ook H.M. van Kessel, 'Schikkingsperikelen bij hoofdelijke verbondenheid', *MvV* 2013/4.

73 Overigens kan men tot datzelfde oordeel komen door toepassing van het voornoemde causaliteitscriterium of de billijkheidscorrectie. Vgl. Kortmann 1991, p. 66.

#### 4.4 Draagplicht van de vennootschap

In hun verhouding tot de vennootschap zullen bestuurders en commissarissen in beginsel draagplichtig zijn voor de schade die het gevolg is van een onbehoorlijke taakvervulling.<sup>74</sup> De aard van de contractuele rechtsverhouding met de vennootschap – arbeidsovereenkomst of overeenkomst van opdracht – is hierop niet van invloed.<sup>75</sup> Wij menen dat vergoeding voor de commissaris of bestuurder-opdrachtnemer reeds afstuit op het gegeven dat aansprakelijkheid voor onbehoorlijke taakvervulling geen bijzonder gevaar is verbonden aan een commissariaat of bestuursfunctie.<sup>76</sup> Voor de bestuurder-werknemer is op grond van de omstandigheden van het geval en in het bijzonder de aard van de overeenkomst een uitzondering gerechtvaardigd op de hoofdregels van de art. 6:170 lid 3 en 7:661 lid 1 BW, zodat de draagplicht voor onbehoorlijke taakvervulling niet op de vennootschap rust.<sup>77</sup> Evenmin van invloed is een vooraf bedongen aansprakelijkheidsbeperking. Te denken valt aan een contractuele of statutaire vrijtekening van de bestuurders en commissarissen. Het wordt algemeen aangenomen – gelet ook op het dwingendrechtelijke karakter van art. 2:9 BW – dat een bestuurder of commissaris niet bij voorbaat zijn aansprakelijkheid ten opzichte van de vennootschap kan beperken of uitsluiten voor toekomstige onbehoorlijke taakvervulling.<sup>78</sup> Voor zover een bij voorbaat bedongen vrijtekening geen effect sorteert, blijft zij ook zonder invloed op de interne draagplicht.

Daarentegen is een kwijting achteraf wel van invloed op de onderlinge draagplicht van de vennootschap. Deze decharge ontheft de bestuurder of commissaris in de

---

74 Vgl. Huizink 2013, nr. 178.

75 Zie ook G.H. Potjewijd, 'Vrijwaring voor bestuurders en commissarissen', *Ondernemingsrecht*, 2003, p. 607-613. Tussen de bestuurder en de vennootschap bestaat een contractuele verhouding die veelal een arbeidsovereenkomst is. Zie HR 15 april 2005, *JOR* 2005/144 en HR 15 april 2005, *JOR* 2005/145, m.nt. Witteveen. Voor de commissaris (en de bestuurder-opdrachtnemer) wordt algemeen aangenomen dat sprake is van een overeenkomst van opdracht met de vennootschap. Zie Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/503 en Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\* 2015/223. In een aantal gevallen, zoals bijvoorbeeld bij een trustdirecteur of een bestuurder-rechtspersoon, zal sprake zijn van een overeenkomst van opdracht.

76 Vgl. art. 7:406 lid 2 BW. Zie ook Potjewijd, *Ondernemingsrecht* 2003, die een vergoeding ex art. 7:406 lid 2 BW 'bepaald onzeker' noemt.

77 Zie ook MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 728, waar de directeur van een NV als voorbeeld van de uitzondering van art. 6:170 lid 3 BW wordt genoemd.

78 Zie onder meer Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\* 2015/204; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/482 en 512; J.B. Huizink, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:9 BW, aant. 22.8; Huizink 2013, nr. 180; Potjewijd, *Ondernemingsrecht* 2003 en Wezeman 1998, p. 78-79. Vgl. art. 2:25 BW en Hof Amsterdam 12 juni 2012, *JOR* 2012/348 (Nederlandse Rode Kruis/X). Zie echter ook B.F. Assink & M.A. Verbrugh, 'Bestuur; verbanden tussen bestuur, beleidsvrijheid en vier mogelijke begrenzers daarvan (primair bezien vanuit het B.V.-recht)', in: B. Bier, M. van Olfen & B. Snijder-Kuipers (red.), *Handboek notarieel ondernemingsrecht. B.V. en N.V.* (Serie Van der Heijden Instituut, deel 132-1), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 80-84, die voor een ruimere toelaatbaarheid pleiten.

verhouding tot de vennootschap van aansprakelijkheid voor gevoerd beleid respectievelijk gehouden toezicht, ongeacht of hem een ernstig verwijt treft ter zake daarvan.<sup>79</sup> Uiteraard is wel noodzakelijk dat de handelingen waarvoor de bestuurder of commissaris aansprakelijk is binnen de reikwijdte van de kwijting vallen.<sup>80</sup> Een dergelijke kwijting werkt niet alleen in op de mogelijkheid van de vennootschap om de bestuurder of commissaris aansprakelijk te houden, maar tevens op hun interne draagplicht ten aanzien van hoofdelijke aansprakelijkheid jegens derden. Als gevolg van de decharge neemt de vennootschap in haar verhouding tot de gedechargeerde functionarissen de volledige lasten daarvan voor haar rekening.

Een decharge werkt slechts in op de onderlinge draagplicht van de vennootschap tot de gedechargeerde functionarissen. Zij werkt niet, althans niet zonder meer, ten opzichte van de overige medeschuldenaren. Haar effect is in zoverre relatief.<sup>81</sup> Dit betekent onder meer dat de gedechargeerde bestuurder of commissaris draagplichtig blijft in zijn verhouding tot eventuele andere hoofdelijke medeschuldenaren en dat zij blootstaan aan intern verhaal. Hij kan het intern verhaal door de medeschuldenaar niet afweren met een beroep op de decharge. Krachtens de decharge heeft de gedechargeerde bestuurder of commissaris vervolgens een recht op volledig regres jegens de vennootschap. Hij loopt daarbij wel het risico dat bij deze vordering onverhaalbaar blijkt. De gedechargeerde functionarissen kunnen daarnaast als draagplichtige schuldenaren worden betrokken in de omslag op grond van art. 6:13 lid 1 BW, bijvoorbeeld indien intern verhaal door een medeschuldenaar onmogelijk blijkt. Een decharge bevrijdt een bestuurder of commissaris zodoende slechts van intern verhaal door de vennootschap, maar niet van een verplichting tot bijdragen jegens zijn medeschuldenaren. Wij achten het overigens niet uitgesloten dat een medeschuldenaar die buiten de decharge staat deze, bij uitzondering, in redelijkheid tegen zich moet laten gelden. Daarvoor zijn echter bijzondere omstandigheden vereist die doorwerking in het betreffende geval voldoende rechtvaardigen.<sup>82</sup> Neemt men een dergelijke doorwerking aan, dan beïnvloedt de decharge ook de draagplicht in de verhouding tot deze medeschuldenaar. In dat bijzondere geval zal de verminderde draagplicht van de gedechargeerde personen moeten worden verdeeld over degenen die de kwijting tegen zich moeten laten gelden en dit naar

79 Dat geldt zelfs als opzettelijk of onzorgvuldig nadeel zou zijn toegebracht aan de vennootschap. Vgl. HR 20 oktober 1989, *NJ* 1990, 308, m.nt. Maeijer (*Ellem Beheer*).

80 Zie over de reikwijdte van de decharge HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 (*Staleman/Van de Ven*); HR 25 juni 2010, *NJ* 2010, 373 (*De Rouw/Dingemans q.q.*) en. Zie ook Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/480 en de bijdrage van Bulten en Kreileman in deze bundel.

81 Vgl. Huizink 2013, nr. 180, die spreekt over de uitsluitend interne werking van de kwijting.

82 Vgl. HR 20 juni 1986, *NJ* 1987, 35, m.nt. Van der Grinten (*Citronas*) over de doorwerking van exonerationbedingen. In dat geval komt belang toe aan de bijzondere verhouding waarin de medeschuldenaar staat tot degene die zich op het beding beroept.



evenredigheid van hun onderlinge verhoudingen. Mogelijk kan men een decharge ook tegenwerpen aan een grootaandeelhouder die een beslissende invloed had op de verlening van de kwijting. In zijn algemeenheid kan men echter niet stellen dat anderen dan de vennootschap zouden zijn gebonden aan een decharge.

## **5. Conclusie**

Het treffen van een (vergaande) taakverdeling binnen een bestuur of raad van commissaris is een betrekkelijk recente ontwikkeling. Hetzelfde geldt voor de wijziging van art. 2:9 BW waarbij taakverdelingen een wettelijke grondslag hebben gekregen. Het is onze verwachting dat in aansprakelijkheidskwesities taakverdelingen een meer prominente rol zullen gaan spelen. De mogelijkheid om een taakverdeling te maken binnen een bestuur of raad van commissarissen doet geen afbreuk aan de collegiale verantwoordelijkheid van alle leden voor de aan het orgaan opgedragen taken. Het gevaar van hoofdelijke aansprakelijkheid voor schade die het gevolg is van een onbehoorlijke vervulling van een taak die aan een ander was toebedeeld, ligt dan ook steeds op de loer. De taakverdeling verandert wel de concrete invulling van ieders verantwoordelijkheid en daarmee ook de mogelijkheden om met succes een beroep te doen op disculpatie, indien de onbehoorlijke taakvervulling betrekking heeft op een taak die op een collega rustte. Daarvoor is echter vereist dat men voldoende heeft toegezien op de uitvoering van de verdeelde taak en bij (een dreiging van) onbehoorlijke taakvervulling al het mogelijke in het werk heeft gesteld om het onheil af te wenden. Van bestuurder en commissaris mag niet het onmogelijke worden verwacht. De collegiale verantwoordelijkheid moet niet uitmonden in een risico-aansprakelijkheid voor onbehoorlijk taakvervulling. Als uitgangspunt verdedigen wij dat een bestuurder of commissaris mag vertrouwen op de behoorlijke vervulling van ieders taak. Mocht disculpatie niet slagen, dan kan aan nijpende gevallen worden rechtgedaan door matiging van de schadevergoedingsplicht met onder meer een beroep op de taakverdeling. Wat ons betreft zou dit ook moeten kunnen in gevallen van aansprakelijkheid voor het faillissementstekort. Wanneer het aankomt op verhaal tussen de hoofdelijk aansprakelijke personen, wordt de interne draagplicht in beginsel vastgesteld op grond van wederzijdse causaliteit en een billijkheidscorrectie. Een taakverdeling kan, voor zover nodig, worden beschouwd als een afwijkende verdeling. De portefeuillehouder behoort in de interne verhouding tot zijn collega's de lasten te dragen die het gevolg zijn van zijn persoonlijk falen. Een aangesproken bestuurder of commissaris kan vervolgens geen verhaal zoeken op de vennootschap. Dat kan anders zijn indien de schadeplichtigheid verband houdt met een gedraging die is gedekt door een decharge. In dat geval komt de onderlinge draagplicht volledig te rusten bij de vennootschap. De zegeningen van een dergelijke kwijting zijn echter beperkt. Een decharge verhindert in het bijzonder niet dat de bestuurder of commissaris wordt aangesproken door personen die geen partij zijn bij de kwijting of dat hij wordt betrokken in de omslag

bij een onmogelijk gebleken verhaal. Een taakverdeling kan, kortom, van grote invloed zijn op de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen, maar zij vormt tegelijkertijd verre van een garantie tegen aanspraken door gelaedeerden of medeschuldenaren. Ook de bestuurder of commissaris in een orgaan dat de taken heeft verdeeld, doet er wat aansprakelijkheid betreft goed aan de dag niet te prijzen voordat het avond is.