

Intensief toezicht maakt van RvC geen feitelijk beleidsbepaler

MR. K. RUTTEN

Van een raad van commissarissen mag worden verwacht dat hij handelend optreedt op het moment dat hem signalen bereiken die daartoe aanleiding geven. Deze gedragsnorm is terug te voeren op de Ogem-beschikking.¹ In deze bijdrage zal ik aan de hand van de jurisprudentie een aantal situaties bespreken waarin de raad van commissarissen zijn toezicht dient te intensiveren en ingaan op de vraag welke actie van de raad van commissarissen in deze situaties gevegd kan worden. De vraag die daarbij opkomt, is of een raad van commissarissen op het moment dat hij zijn toezicht intensiveert feitelijk beleidsbepalende handelingen verricht en aldus mogelijk kwalificeert als een feitelijk beleidsbepaler in de zin van art. 2:138/248 lid 7 BW. Ik zal deze vraag eveneens beantwoorden in deze bijdrage.

Situaties waarin de RvC het toezicht dient te intensiveren

Een overname

Op 15 december 2011 wees de Ondernemingskamer de tweede fase beschikking inzake Landis.² Met betrekking tot de overname van het technisch failliete 4U Group door Landis was sprake van een tegenstrijdig belang met één van de twee commissarissen die een belang van 25% hield in deze vennootschap. De Ondernemingskamer oordeelde dat de andere commissaris in de gegeven omstandigheden, waaronder het hiervoor genoemde tegenstrijdige belang en haar eigen gebrek aan financiële deskundigheid, had moeten aandringen op een schriftelijk en gemotiveerd oordeel van een externe deskundige over de overnameprijs van 4U Group.³ Nu zij dat had nagelaten, was volgens de Ondernemingskamer sprake van wanbeleid. Landis had daarnaast Ilion overgenomen. Nadat deze acquisitie was afgerond,

stelde de accountant vast dat een aantal problemen met betrekking tot de integratie voortvarend ter hand moest worden genomen. De raad van commissarissen reageerde niet op dit signaal, doch liet dit op zijn beloop en stelde hierover geen enkele kritische vraag aan het bestuur van Landis.⁴ De raad van commissarissen van Landis bleek in het algemeen over (onder andere) het gevoerde acquisitiebeleid in het geheel geen eigen oordeel te hebben gevormd. Dit had mede tot gevolg dat de Ondernemingskamer concludeerde dat het functioneren van de raad van commissarissen als wanbeleid moest worden aangemerkt.⁵

Inzake Ceteco oordeelde de Rechtbank Utrecht over de rol die de raad van commissarissen had gespeeld bij de expansiedriften van Ceteco naar Midden- en Zuid-Amerika. De raad van commissarissen was er onder andere van op de hoogte dat als gevolg van de snelle expansie het risico van “overstretching”⁶ zich zou kunnen voordoen. Deze signalen hadden voor de raad van commissarissen aanleiding moeten zijn erop toe te zien dat de expansie niet werd voortgezet zonder dat eerst zou worden onderzocht of deze expansie gegeven de omstandigheden kon worden voortgezet.⁷ Daarbij speelde dat de interne organisatie van

1 HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 466 (Ogem), r.o. 10.2. Zie ook: HR 28 juni 1996, *NJ* 1997, 58 (Bodam Jachtservice), r.o. 3.5, waarin de Hoge Raad overwoog dat het de taak van de raad van commissarissen is erop toe te zien dat het bestuur de verplichtingen uit art. 2:10 en art. 2:394 BW nakomt. Daartoe zal hij zich door het bestuur moeten laten inlichten en het bestuur met betrekking tot de nakoming van deze verplichtingen moeten adviseren, en zo nodig moeten ingrijpen, bijvoorbeeld door een bestuurder te schorsen of zijn ontslag te bevorderen.

2 OK 15 december 2011, LJV BU8414 (Landis).

3 OK 15 december 2011, LJV BU8414 (Landis), r.o. 4.56-4.61 en 4.128.

4 OK 15 december 2011, LJV BU8414 (Landis), r.o. 4.55 en r.o. 4.125.

5 OK 15 december 2011, LJV BU8414 (Landis), r.o. 4.125 en 4.128.

6 Met “overstretching” bedoelen partijen in deze procedure het oprekken van de financiële spankracht van Ceteco; Rb. Utrecht 12 december 2007, «JOR» 2008/10, r.o. 5.10.

7 Rb. Utrecht 12 december 2007, «JOR» 2008/10, r.o. 5.34 e.v.

Ceteco niet op orde was en de groei niet zou aankunnen. Volgens de rechtbank had van een redelijk denkend commissaris mogen worden verwacht dat hij zou onderzoeken of het beleid om prioriteit te geven aan groei boven het op orde brengen van de interne organisatie kon worden voortgezet, alvorens toestemming te geven voor enige verdere uitbreiding.⁸

Beleidswijziging

In 2000 had Laurus onder de naam “Operatie Groenland” het uiterst ambitieuze businessplan aangenomen op basis waarvan 800 supermarkten zouden worden omgevormd tot een Konmar-formule. De Ondernemingskamer oordeelde dat het bestuur de signalen had genegeerd dat aan essentiële randvoorwaarden voor het slagen van Operatie Groenland niet was voldaan, hetgeen (kort gezegd) leidde tot het oordeel wanbeleid.⁹ Voor dit wanbeleid was volgens de Ondernemingskamer de raad van commissarissen medeverantwoordelijk, omdat hij nagelaten had scherper toezicht uit te oefenen terwijl duidelijke signalen rond deze grote beleidswijziging dit noodzakelijk maakten.¹⁰ Naast de meer dan normale alertheid die – gegeven de gedurfdheid van het businessplan – van de raad van commissarissen mocht worden verwacht, hadden de omstandigheden dat drie CFO’s elkaar in kort tijdsbestek opvolgden, de uitstroom van gekwalificeerd personeel als gevolg van het zonder vooroverleg verplaatsen van het hoofdkantoor en het ontbreken van draagvlak bij de franchisenemers, “de raad van commissarissen bewust horen [te] maken van de risico’s die hij nam door de hoofddirectie niet korter aan de teugel te nemen”.¹¹ Met Olden¹² ben ik van mening dat de Ondernemingskamer met deze overweging doelde op de concrete en harde voorwaarden die de raad van commissarissen bij het bestuur had moeten bedingen om tijdig geïnformeerd te worden over de stand van Operatie Groenland met welke informatie uitvoering en voortgang

van het project bijgestuurd of (indien nodig) gestaakt kon worden. Daarmee verwijt de Ondernemingskamer de raad van commissarissen onvoldoende adequaat toezicht te hebben gehouden op het systeem van risicobeheersing en controle waarop hij op grond van art. 2:140/250 lid 2 BW en art. 2:141/252 lid 2 BW en art. II.1.6 van de Corporate Governance Code moet toezien. Uit deze overweging blijkt niet dat de raad van commissarissen op de stoel van het bestuur had moeten gaan zitten.

Leveraged buy out (LBO)

APAX verwierf medio 2004 door middel van een LBO een meerderheidsbelang in PCM. De Ondernemingskamer oordeelde dat het effectueren van een LBO gepaard gaat met een aanzienlijke financiële belasting van de (doelwit) vennootschap. Met name dit kenmerk vergt van bestuur en raad van commissarissen bijzondere aandacht voor de LBO, omdat zij gehouden zijn acht te slaan op de belangen van de betrokken vennootschap. Met het oog op die vennootschappelijke belangen zullen het bestuur en de raad van commissarissen het tot hun taak moeten rekenen de door de betrokken vennootschap beoogde en redelijkerwijs met de LBO te behalen voordelen af te wegen tegen de nadelen, waaronder die van financiële aard. Ook dienen zij zich ervan te vergewissen dat de geformuleerde doelstellingen, die de vennootschap met behulp van de LBO tracht te realiseren, voldoende gewaarborgd zijn.¹³ Gelet op (onder andere) het gebrek aan ‘eigen’ financiële speelruimte van PCM, was de Ondernemingskamer van oordeel dat de hiervoor genoemde belangenafweging niet afdoende heeft plaatsgevonden in de raad van commissarissen. Bovendien vond het debat over de vraag of de LBO in het belang van PCM was niet meer in de raad van commissarissen plaats, maar in de COR. Kortom, de raad van commissarissen had zich te lijdelijk opgesteld in het kader van het besluitvormingsproces dat uiteindelijk heeft geleid tot het aangaan van de LBO. De Ondernemingskamer oordeelde dat de wijze van totstandkoming van het besluit dat heeft geleid

De raad van commissarissen moet vragen stellen, kritisch doorvragen en de gestelde vragen met de antwoorden daarop laten notuleren.

tot de LBO ondeugdelijk was en er sprake is van wanbeleid van (onder andere) de raad van commissarissen van PCM. Meer in het algemeen ben ik – onder verwijzing naar de beschikking inzake Landis – van mening dat een raad van commissarissen te allen tijde de risico’s van een bepaald financieringsbeleid onder ogen dient te zien, deugdelijk dient te (laten) inventariseren en te bezien of het mogelijk is die risico’s te minimaliseren. De raad van commissarissen dient het bestuur daarover kritisch te bevragen en een eigen oordeel te vormen.¹⁴

8 Rb. Utrecht 12 december 2007, «JOR» 2008/10, r.o. 5.106-108. De rechtbank oordeelde dat de commissarissen (onder andere) in dit kader niet gehandeld hadden zoals van een redelijk denkend commissaris mocht worden verwacht, hen een voldoende ernstig verwijt viel te maken en dat zij hun toezichtstaak jegens Ceteco kennelijk onbehoorlijk hadden vervuld.

9 OK 16 oktober 2003, «JOR» 2003/260 (Laurus), r.o. 3.4-3.5.

10 De volgende omstandigheden dragen (samen)gevat dit oordeel: (i) de zeer ambitieuze doelstelling van het businessplan, (ii) de raad van commissarissen had geen concrete en harde voorwaarden bedongen om tijdig geïnformeerd te worden over de stand van Operatie Groenland waarmee uitvoering en voortgang van het project kon worden bijgestuurd of (indien nodig) gestaakt, (iii) recentelijk was een nieuwe voorzitter van het bestuur zonder ervaring met winkelformules benoemd, (iv) de nieuwe winkelformule was voor invoering niet getest, (v) bij aanvang van de omvorming waren de financiële parameters uit het businessplan reeds overschreden, (vi) KPMG had in niet mis te verstane bewoording de raad van commissarissen gewaarschuwd, (vii) de derde CFO op rij vertrok binnen een half jaar, en (viii) de raad van commissarissen had geen kritische vragen gesteld, althans had niet doorgevraagd; OK 16 oktober 2003, «JOR» 2003/260, r.o. 3.8-3.9.

11 OK 16 oktober 2003, «JOR» 2003/260 (Laurus), r.o. 3.8-3.9.

12 P.D. Olden in zijn noot bij OK 16 oktober 2003 (Laurus), *Ondernemingsrecht* 2003/52.

13 OK 27 mei 2010, «JOR» 2010/189 (PCM), r.o. 3.2.

14 OK 15 december 2011, LJN BU8414 (Landis), r.o. 4.40-4.49, 4.125 en 4.128.

Financieel zwaar weer

Indien de vennootschap in financieel zwaar weer verkeert, dient de raad van commissarissen zijn toezicht te intensiveren, zo blijkt uit de beschikkingen inzake Laurus en KPNQwest. Inzake Laurus oordeelde de Ondernemingskamer dat de raad van commissarissen medio juli-augustus 2001 (op het moment dat Laurus “virtueel failliet” was)¹⁵ resoluut en daadkrachtig had ingegrepen teneinde de continuïteit van Laurus veilig te stellen.¹⁶ Bij KPNQwest daarentegen was de Ondernemingskamer van mening dat de raad van commissarissen het bestuur met raad en daad had moeten bijstaan in de (financieel) moeilijke tijden en ter zake eigen initiatieven had behoren te ontwikkelen in

Deze adviezen van de raad van commissarissen kan het bestuur niet zomaar in de wind slaan.

plaats van af te treden op de dag dat de surseance van KPNQwest werd aangevraagd. De raad van commissarissen had (i) zelf moeten onderzoeken of KPNQwest in gebreke was onder de kredietfaciliteit, (ii) zich niet zonder slag of stoot bij de gepresenteerde situatie dat KPNQwest totaal afhankelijk van de banken was moeten neerleggen, (iii) moeten bezien of de gepresenteerde situatie overeenkwam met de werkelijkheid, en (iv) indien mogelijk samen met het bestuur de banken moeten bewegen tot een andere opstelling, desnoods door het treffen van rechtsmaatregelen. De raad van commissarissen had hiervoor niet enkel moeten varen op informatie van het bestuur, maar hij had ook zelf een externe adviseur moeten inschakelen. Voorts was niet kenbaar vastgelegd waarom KPNQwest geen stappen jegens de banken had ondernomen.¹⁷

Ik onderscheid hiervan de situatie dat de raad van commissarissen het signaal bereikt dat de partij waarmee de vennootschap een overeenkomst aangaat in liquiditeitsproblemen zit. Ook dan dient de raad van commissarissen zijn toezicht te intensiveren. Uit de beschikking inzake Bobel blijkt dat de raad van commissarissen naar aanleiding van een dergelijk signaal *kenbare stappen* moet nemen om te bedingen dat de verstrekte lening terugbetaald zou worden.¹⁸

Gemene deler

De gemene deler van deze uitspraken is dat de raad van commissarissen zijn toezicht (in ieder geval) dient te inventariseren indien het voorgenomen besluit (van welke aard dan ook) de financiële situatie van de vennootschap op een of andere manier negatief dreigt te beïnvloeden en dit signaal hem behoort te hebben bereikt dan wel heeft bereikt. Dit verscherpte toezicht van de raad van commissarissen dient gericht te zijn op de continuïteit van de onderne-

ming. Uit deze jurisprudentie blijkt verder dat van de raad van commissarissen een intensievere bemoeienis met het beleid en de gang van zaken van de vennootschap wordt verwacht in de gevallen dat het gekozen beleid erg risicovol is, de vennootschap in financieel zwaar weer verkeert danwel de vennootschap zich in een overnamesituatie bevindt. Indien een van deze situaties zich voordoet, moet de raad van commissarissen in ieder geval een (extra) kritische houding richting het bestuur aannemen. De raad van commissarissen moet vragen stellen, kritisch doorvragen en de gestelde vragen met de antwoorden daarop laten notuleren. Door de vragen en antwoorden te laten vastleggen, is achteraf kenbaar welke stappen de raad van commissarissen waarom heeft gezet. De raad van commissarissen dient een eigen analyse te maken en oordeel te vormen over het (voorgenomen) beleid van de vennootschap. Daarbij dient de raad van commissarissen externe adviseurs in te schakelen om zelf de juridische positie van de vennootschap te doen bepalen. In dat kader kan het ook van belang zijn gebruik te maken van een onafhankelijke accountant om de financiële situatie van de vennootschap exact in kaart te brengen. Het recht van de raad van commissarissen een externe adviseur in te schakelen, is inmiddels ook verankerd in art. III.1.9 van de Corporate Governance Code.¹⁹ Aan de hand van deze adviezen kan de raad van commissarissen het bestuur op zijn beurt weer van advies voorzien. Deze adviezen van de raad van commissarissen kan het bestuur niet zomaar in de wind slaan. Zo kan een raad van commissarissen aansturen op een procedure, maar kan hij ook andere maatregelen afdwingen. Mocht de raad van commissarissen menen dat het bestuur niet (voldoende) navolging aan zijn adviezen geeft waardoor het vennootschappelijk belang (dat doorgaans gericht is op de continuïteit van de onderneming)²⁰ niet wordt gediend, dan dient hij in te grijpen in het bestuur door bijvoorbeeld een bestuurder te schorsen of zijn ontslag te bevorderen.²¹ De intensivering van het toezicht is ook begrensd. In een overnamesituatie dient de raad van commissarissen bijvoorbeeld niet de letterlijke tekst en de contractsinhoud van de overnameovereenkomst te controleren.²²

Feitelijk beleidsbepaler

Onder omstandigheden kan sprake zijn van feitelijk (mede) beleidsbepalerschap in de zin van art. 2:138/248 lid 7 BW. Op grond van dit artikel kan een curator een feitelijk beleidsbepaler (hoofdelijk) aanspreken voor het tekort van de failliete boedel indien sprake is van onbehoorlijk bestuur en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.²³ Teneinde te kwalificeren als feitelijk beleids-

15 OK 16 oktober 2003, «JOR» 2003/260 (Laurus), r.o. 2.57.

16 OK 16 oktober 2003, «JOR» 2003/260 (Laurus), r.o. 3.6.

17 OK 28 december 2006, «JOR» 2007/67 (KPNQwest), r.o. 3.47.

18 OK 17 april 1997, «JOR» 1997/81 (Bobel), r.o. 3.1 onder i en 3.2.

19 Zie daarover ook P.D. Olden in zijn noot bij OK 16 oktober 2003 (Laurus), *Ondernemingsrecht* 2003/52.

20 § 7 van de preambule van de Corporate Governance Code.

21 OK 16 oktober 2003, «JOR» 2003/260, r.o. 3.6; HR 28 juni 1996, *NJ* 1997, 58 (Bodam Jachtservice), r.o. 3.5.

22 Hof Den Haag 6 april 1999, «JOR» 1999/142 (Verto), r.o. 18.

23 Art. 36 lid 5, sub b IW 1990 (onderdeel van de Tweede Misbruikwet) bevat een met art. 2:138/248 lid 7 BW vergelijkbare bepaling.

bepaler in de zin van art. 2:138/248 lid 7 BW dient deze persoon het beleid van de vennootschap (mede) te bepalen, als ware hij bestuurder. Deze feitelijk beleidsbepaler is niet conform de statutaire benoemingsregels benoemd tot bestuurder en staat dus als zodanig ook niet ingeschreven in het handelsregister.

Het begrip “beleid” in de zin van lid 7 van art. 2:138/248 BW moet volgens de wetsgeschiedenis ruim worden uitgelegd.²⁴ Onder het bepalen van het beleid valt in ieder geval het “besturen van de vennootschap” in de zin van art. 2:129/239 BW. Onder omstandigheden kan ook als het bepalen van beleid gelden het nemen van een enkel bestuursbesluit. Het is niet nodig dat sprake is van een vaste gedragslijn of een reeks bestuurshandelingen.²⁵ De vraag die gelet op de huidige stand van de jurisprudentie speelt, is of het formele bestuur feitelijk terzijde moet worden gesteld om tot de conclusie te kunnen komen dat sprake is van een feitelijk beleidsbepaler. Vier hoven stellen in hun meest recente uitspraken over art. 2:248 lid 7 BW dat deze terzijdestelling niet vereist is.²⁶ Er is ook een aantal uitspraken waarin rechters oordeelden dat dit wel vereist zou zijn.²⁷ De Hoge Raad heeft zich hierover nog niet uitgelaten.²⁸

Zo bepaalde het Hof Amsterdam dat een curator niet enkel met succes een beroep op art. 2:248 lid 7 BW kan doen indien de beleidsbepaler met uitsluiting van het formele bestuur het beleid van de vennootschap bepaalt, maar ook indien hij dit “*samen met*” het (formele) bestuur heeft gedaan. In deze zaak achtte het hof vooralsnog bewezen dat de commissaris optrad als feitelijk beleidsbepaler op basis van een groot aantal omstandigheden waaruit bleek dat deze commissaris de dagelijkse, veelal operationele gang van zaken van de vennootschap bepaalde. De Rechtbank Rotterdam oordeelde eveneens dat een commissaris die *naast* de bestuurder feitelijk het beleid bepaalde, gold als feitelijk beleidsbepaler in de zin van art. 2:248 lid 7 BW. De rechtbank overwoog dat invloed uitoefenen binnen de vennootschap niet voldoende is om te concluderen dat sprake is van feitelijk beleidsbepalerschap. Evenmin is volgens de rechtbank vereist dat de commissaris de bestuurder aanstuurde of opdrachten gaf. De rechtbank oordeelde dat de

betreffende commissaris zich niet beperkt had tot de taken die behoorden tot die van een commissaris, maar dat hij zich feitelijk had gedragen als bestuurder naast de formele bestuurder.²⁹

Mij spreekt de benadering van deze hoven en de Rechtbank Rotterdam aan.³⁰ Uit de wetsgeschiedenis bij art. 2:138/248 BW komt naar voren dat het erom gaat of de feitelijk beleidsbepaler de “bestuursmacht aan zich trekt” en zijn wil oplegt aan het formele bestuur, waardoor de wil van dat formele bestuur terzijde wordt gesteld.³¹ Het Hof Amsterdam oordeelde in het Montedison-arrest³² eveneens volgens deze lijn. Een feitelijke machthebber kan zijn wil opleggen aan het formele bestuur met voorbijgaan aan of via dit bestuur. Het lijkt mij echter evident dat het uitsluitend hebben van invloed of hebben van instructiemacht³³ als meerderheidsaandeelhouder niet voldoende is

Een feitelijke machthebber kan zijn wil opleggen aan het formele bestuur met voorbijgaan aan of via dit bestuur.

om te kwalificeren als feitelijk beleidsbepaler. Interessant is dat de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving 217.2:202 en 204 bepalen dat een vennootschap enkel in de consolidatie van het groepshoofd mag worden betrokken indien het groepshoofd “feitelijk beleidsbepalend”³⁴ is. Dit maakt het groepshoofd echter nog niet een “feitelijk beleidsbepaler” in de zin van art. 2:138/248 lid 7 BW. Daarvoor is, zoals gezegd, meer nodig. Het groepshoofd moet zijn wil opleggen aan het bestuur van de mee te consolideren vennootschap. A-G Timmerman is op basis van de aangehaalde wetsgeschiedenis van mening dat het begrip “feitelijke terzijdestelling” niet te letterlijk dient te worden genomen.³⁵ Hoewel ik het met Timmerman eens ben, zou ik menen dat dit uit de ratio van art. 2:138/248 (lid 7) BW voortvloeit. Het doel van deze bepaling is immers misbruik van de vennootschap tegen te gaan. De hiervoor uiteengezette benadering van de invulling van het feitelijk beleidsbepalerschap komt aan dit doel tegemoet. Indien als vereiste

24 Kamerstukken 16 631, nr. 6, p. 24.

25 Kamerstukken 16 631, nr. 6, p. 24.

26 Hof Arnhem 10 november 2009, LJN BL8324 (Atlanco/Honore van Schuppen q.q.); Hof Den Haag 22 september 2009, LJN BJ8234 (Mervyn Consultants/De Wijer); Hof Amsterdam 1 maart 2007, *RJ* 2007/13; Hof Den Bosch 23 september 2003, «JOR» 2004/5 (Lebon/Hellendoorn q.q.). Zie ook: Rb. Rotterdam 14 april 2010, «JOR» 2010/181, m.nt. Strik.

27 Zie bijvoorbeeld: Rb. Groningen 31 januari 2007, «JOR» 2007/226; Hof Den Haag 26 september 2000, «JOR» 2001/24 (Libosan q.q./Van Roij); Hof Leeuwarden 21 december 1994, kenbaar uit HR 28 juni 1996, *NJ* 1997, 58 (Bodam Jachtservice) en Hof Den Haag 28 september 1999, kenbaar uit HR 23 november 2001, «JOR» 2002/4 (Mefigro Gendt/Wind q.q.).

28 De Hoge Raad heeft vooralsnog deze kwesties over art. 2:248 lid 7 BW afgedaan op grond van artikel 81 RO, zie: HR 2 september 2011, *RvdW* 2011, 1046 (Atlanco/Honore van Schuppen q.q.); HR 17 november 2006, «JOR» 2007/7 (Lebon/Hellendoorn q.q.); HR 23 november 2001, «JOR» 2002/4 (Mefigro Gendt/Wind q.q.); HR 28 juni 1996, *NJ* 1997, 58 (Bodam Jachtservice). In HR 20 mei 1988, *NJ* 1989, 676 (Koster/Kobo q.q.) was in cassatie het oordeel dat Koster art. 2:248 lid 7 BW had geschonden niet bestreden.

29 Rb. Rotterdam 14 april 2010, «JOR» 2010/181, m.nt. Strik, r.o. 2.7-2.8.

30 Anders: Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme (2009), nr. 465.

31 Kamerstukken 16 631, nr. 6, p. 19, 23 en 24.

32 Hof Amsterdam 26 november 1998, «JOR» 1999/10 (Montedison), r.o. 4.27.

33 Zie bijvoorbeeld: HR 21 december 2001, «JOR» 2002/38 (Sobi/Hurks). Zie uitgebreid over art. 2:248 lid 7 BW in concernverband: M.L. Lennarts, *Concernaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 176-184.

34 *RJ* 217.2:202 luidt: “In alle gevallen dient op basis van de feitelijke situatie te worden vastgesteld of sprake is van een groep of groepsmaatschappij (hierna aangeduid als groepsrelatie). Of sprake is van een groepsrelatie hangt ervan af of een bepaalde maatschappij in wezen de andere maatschappij beheerst, anders gezegd: feitelijk beleidsbepalend is in die andere (beleidsafhankelijke) maatschappij.” *RJ* 217.2:204 noemt een aantal voorbeelden waarin belangrijke aanwijzingen voor feitelijke beleidsbepaling kunnen worden gevonden.

35 A-G Timmerman in r.o. 3.2 in de conclusie voor HR 2 september 2011, *RvdW* 2011, 1046 (Atlanco/Honore van Schuppen q.q.).

voor het zijn van feitelijk beleidsbepaler in de zin van art. 2:138/248 lid 7 BW zou gelden dat het formele bestuur feitelijk terzijde moet zijn gesteld, dan zou deze regeling bovendien te eenvoudig kunnen worden omzeild. Het formele bestuur zou dan gedwongen kunnen worden bepaald beleid uit te voeren, waardoor de feitelijke machthebber de dans ontspringt, omdat het bestuur niet feitelijk terzijde

Deze intensivering van het toezicht dient in die situatie gericht te zijn op de continuïteit van de onderneming.

wordt gesteld.³⁶ Dat is volgens mij niet de bedoeling van de wetgever geweest. Een dergelijke uitleg zou bovendien de zinsnede “mede heeft bepaald” uit art. 2:138/248 lid 7 BW tot een dode letter maken. Uiteraard is de lijn tussen het uitoefenen van *invloed* en het opleggen van de *wil* aan het formele bestuur dun. Het zal veelal afhangen van de omstandigheden van het geval of sprake is van feitelijk beleidsbepalerschap.³⁷

Conclusie

De heersende leer in de rechtspraak is dat de raad van commissarissen (in ieder geval) meer “*hands on*” moet zijn indien de financiële positie van de vennootschap in het geding is. Het verscherpte toezicht van de raad van commissarissen dat wordt ingegeven door bijzondere omstandigheden die bij een vennootschap spelen, ligt mijns inziens besloten in de toezichthoudende taak van de raad van commissarissen zoals vastgelegd in art. 2:140/250 lid 2 BW. Deze intensivering van het toezicht dient in die situatie gericht te zijn op de continuïteit van de onderneming. De door de raad van commissarissen uitgeoefende toezichthoudende taken bij een vennootschap die er financieel slecht voorstaat, een risicovol beleid implementeert of voornemens is een overname te doen, verschieten dus niet van kleur tot “bestuurs-taken”. Dit verschieten gebeurt ook niet indien de raad van commissarissen op basis van extern ingewonnen adviezen het bestuur beweegt een andere koers te varen waarmee de continuïteit van vennootschap meer zou zijn gediend. Onder omstandigheden kan een raad van commissarissen *wel* als feitelijk beleidsbepaler worden gekwalificeerd, indien bijvoorbeeld de intensievere bemoeienis van de raad van commissarissen met het bestuur zich niet richt op de

(bedreigde) continuïteit van de onderneming en het oplossen van de financiële problemen, het indammen van de risico's van het beleid of de ophanden zijnde overname. De raad van commissarissen loopt dan het risico buiten zijn toezichthoudende taken te treden. Dat kan bijvoorbeeld spelen indien de raad van commissarissen zich inlaat met de dagelijkse gang van zaken van de vennootschap, maar ook indien hij het bestuur dwingt het algemene beleid van de vennootschap te wijzigen, terwijl dat geen toegevoegde waarde heeft voor de continuïteit van de vennootschap en aldus de noodzaak van een dergelijke wijziging (op dat moment) ontbreekt.

Over de auteur

Mr. Koen Rutten is advocaat bij Wijn & Stael Advocaten NV te Utrecht.

36 Rb. Rotterdam 14 april 2010, «JOR» 2010/181 (Smelik/De Regt), m.nt. Strik, r.o. 2.7.

37 De vraag of het bankenconsortium in zowel de Laurus- als de KPNQwest-zaak kwalificeerde als feitelijk beleidsbepaler, gaat het bestek van dit artikel te buiten. Gelet op de wetsgeschiedenis bij art. 2:138/248 lid 7 BW kwalificeert een bank in beginsel niet als feitelijk beleidsbepaler indien zij enkel invloed uitoefent en voor haar gunstige voorwaarden probeert af te dwingen van de vennootschap. Zie over deze materie ook: Hof Leeuwarden 11 januari 2011, LJN BP1169 (Rotshuizen q.q./ING). De bewegingsruimte van het bestuur en de raad van commissarissen werd bij Laurus *de facto* in ieder geval beperkt door de invloed van de banken.