

Prof. mr. C.A. Schwarz*

Het commissariaat in het familiebedrijf, gedachten over nuancering van aansprakelijkheid

De commissaris kan worden getroffen door een aansprakelijkheid in privé wanneer de vennootschap of derden schade lijden veroorzaakt door tekortschietend toezicht. In deze bijdrage analyseert Schwarz de taak en positie van commissarissen binnen verschillende verschijningsvormen van de kapitaalvennootschap. Zijn conclusie is dat de interne aansprakelijkheid van commissarissen op grond van art. 2:9 BW niet past bij de rol van de commissaris in het familiebedrijf.



1. Inleiding

De wettelijke taak van de commissaris is tweeledig. Het gaat enerzijds om het houden van toezicht op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de onderneming, terwijl anderzijds het bestuur met raad terzijde wordt gestaan. De commissaris combineert, vanuit het wettelijk perspectief, de positie van toezichthouder en adviseur. Als richtsnoer voor het functioneren geldt dat de commissaris handelt vanuit het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.¹ Het vennootschappelijk belang is echter een glibberig en niet eenduidig begrip. Het wordt, in het continentaal Europees perspectief, wel gezien als de som van alle betrokken deelbelangen.² Wanneer we het vennootschappelijk belang als richtsnoer voor het functioneren van de commissaris hanteren, komt direct de vraag op hoe we dit begrip nader moeten invullen.³ Hieronder zal ik betogen dat, waar het betreft de toezichtfunctie van commissarissen, het in het wettelijk model als uitgangspunt gaat om het toezicht van commissarissen op het bestuur in het kader van de bewaking van het aandeelhoudersbelang. Vanuit dit vertrekpunt kan vervolgens invulling worden gegeven aan het in de praktijk waargenomen verschil tussen het functioneren van de commissaris bij een beursgenoteerde onderneming dan wel een familiebedrijf met een groot aantal niet bij de vennootschap betrokken aandeelhouders enerzijds en het functioneren van de commissaris bij de kapitaalvennootschap met een maatschapachtige structuur anderzijds. Bij deze laatste verschijningsvorm doel ik op de overgrote meerderheid van besloten vennootschappen, waarin één persoon enig aandeel-

houder is en tevens bestuurder van de vennootschap, dan wel er een beperkt aantal aandeelhouders is dat nauw bij de onderneming betrokken is.⁴ Bij dit type besloten samenwerkingsverbanden is, mijns inziens, geen sprake van het houden van toezicht zoals de wetgever dat, bij het formuleren van de wettelijke taken van de commissaris, voor ogen stond. In deze vennootschappen functioneren commissarissen als klankbord en adviseur van het management. Deze waarneming vormt, zo zal ik verdedigen, de aanleiding voor een genuanceerde benadering van de aansprakelijkheidspositie van commissarissen in verschillende verschijningsvormen van vennootschappen.

2. Verschillend perspectief op het commissariaat

Vanuit rechtseconomisch perspectief is de RvC een instrument met een monitorfunctie. De toezichthoudende functie moet een bijdrage leveren aan het intomen van het opportunistisch gedrag van bestuurders, die opereren met het door de aandeelhouders ter beschikking gestelde vennootschappelijk vermogen. De RvC vormt, vanuit dat perspectief, een instrument waarmee de aandeelhouder zijn relatie met het bestuur tot op zekere hoogte kan managen. In de 'principal-agent theory', die met name ziet op de situatie bij grote vennootschappen met een verspreid aandelenbezit maar ook binnen de BV een rol speelt in die situaties waarin het bestuur niet door aandeelhouders wordt gevoerd, is management van de relatie tussen bestuur en kapitaalverschaffer noodzakelijk. De economisch tegengestelde strevingen van aandeelhouders enerzijds, te weten maximalisatie van het rendement op de investering in de vennootschap, en anderzijds die van de bestuurder, die in die theorie streeft naar maximalisatie

* Prof. mr. C.A. Schwarz is hoogleraar Handels- en ondernemingsrecht, Faculteit der Rechtsgeleerdheid Universiteit Maastricht, partner Baker Tilly Berk en redacteur van dit tijdschrift.

1. Art. 2:140 en 2:250 lid 2 BW. Zie het vennootschappelijk belang als richtsnoer voor het functioneren van commissarissen reeds HR 25 februari 1949, NJ 1949, 558 (*Doetinchemse IJzergieterij*) en, in relatie tot instructiebevoegdheid binnen concern, de beschikking van de OK inzake *Corus*, OK 13 maart 2003, NJ 2003, 248, waarover M. Tuytel, *Ondernemingsrecht* 2004, p. 157 e.v.

2. Men spreekt wel van de betrokken 'stake-holders' of 'constituencies'.

3. Overigens is het vennootschappelijk belang sinds de invoering van de Wet bestuur en toezicht ook voor bestuurders de wettelijk neergelegde leidraad voor het functioneren. Zie de per 1 januari geldende tekst van art. 2:129 en 2:239 lid 5 BW.

4. Van de thans 750 000 BV's in Nederland is zo'n 70% een eenpersoonsvennootschap. De andere 30% kent veelal slechts enkele aandeelhouders. De, in aandeelhoudersaantallen, grote BV komt slechts sporadisch voor.

van zijn persoonlijke behoeftebevrediging bij een definitie sub-optimale performance, noodzaken tot management van die relatie. Helder is dat deze economische strevingen haaks op elkaar staan en dat, wanneer bestuurders ruimte krijgen voor opportunistisch gedrag, de financiële belangen van aandeelhouders bedreigd worden. De rol van commissarissen als monitor beschermt aandeelhouders, enerzijds doordat, wanneer misstanden blijken, deze worden gecommuniceerd richting aandeelhouders die vervolgens in actie kunnen komen. Immers, het recht tot (benoeming en) ontslag van bestuurders is in het gewone vennootschappelijk model in handen van aandeelhouders. Anderzijds is uitgangspunt dat de toezichthouder, in acute situaties, ook zelf kan ingrijpen bij blijvend bestuurlijk tekortschieten. Zowel in NV als BV heeft de RvC, tenzij statutair anders bepaald, de mogelijkheid te allen tijde een bestuurder te schorsen. Deze schorsing kan door de aandeelhoudersvergadering worden opgeheven.⁵ Bij de structuurvennootschap geldt dat de bevoegdheid tot benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders zelfs dwingendrechtelijk bij de RvC berust.⁶

Ten aanzien van de benoeming van commissarissen geldt, in het gewone model alsook in het structuurmodel, dat deze berust bij de aandeelhouders.⁷ In het gewone model kunnen bindende voordrachtsrechten door aandeelhouders worden gepasseerd en de commissarissen die door aandeelhouders zijn benoemd kunnen ook door aandeelhouders worden ontslagen.⁸ Ook in het structuurmodel worden de commissarissen, tenzij statutair anders bepaald, door aandeelhouders benoemd en kan de voordracht van kandidaten als opgesteld door de RvC steeds worden afgewezen bij volstreekte meerderheid, vertegenwoordigende een derde deel van het kapitaal.⁹ En ook in het structuurmodel is ontslag van commissarissen door aandeelhouders mogelijk, weliswaar niet in individuele gevallen, maar wel 'en groupe'.¹⁰ Kortom, de aandeelhoudersvergadering bepaalt wie als toezichthouder voor hen optreedt en het bestuur, met die taak voor ogen, van advies moet dienen. In het nieuwe BV-recht wordt de band tussen (bepaalde) aandeelhouders en commissarissen nog verder versterkt. Wanneer binnen de BV commissarissen niet door de algemene vergadering worden benoemd maar door de vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding, berust de ontslagbevoegdheid, overeenkomstig de gebruikelijke structuur, bij die bijzondere vergadering.¹¹ Maar wanneer statutair gebruik is gemaakt van de mogelijkheid om de ontslagbevoegdheid eveneens aan een ander orgaan toe te kennen, kan

dat andere orgaan *slechts* de aandeelhoudersvergadering zijn en niet bijvoorbeeld de RvC, terwijl de keuze voor deze mogelijkheid eigenlijk wel voor de hand zou hebben gelegen. Bij commissarissen bestaat dus niet, zoals bij ontslag van bestuurders die door de vergadering van een soort of aanduiding aandelen wordt benoemd, de mogelijkheid om de ontslagbevoegdheid eveneens aan een ander orgaan dan de aandeelhoudersvergadering toe te kennen.¹²

De basis voor de positie en taak van commissarissen als geschetst vanuit rechtseconomisch perspectief kan worden herleid tot de historische, zo men wil traditionele, opvatting over de rol van de commissaris als toezichthouder namens aandeelhouders, zoals die door rechtshistorici wordt aangetroffen in de juridische structuur van de VOC. In die organisatie werd een 'college van hoofdparticipanten' ingesteld nadat de ontevreden kapitaalverschaffers blijken hadden gegeven van een gezond wantrouwen jegens de bestuurders van deze vroege kapitaalvennootschap. De rol van deze rudimentaire commissarissen was dus, ook toen al, gelegen in het bewaken van het aandeelhoudersbelang tegen opportunisme en gebrek aan transparantie. Van der Heijden schrijft:

'Rekening en verantwoording werd aanvankelijk geweigerd door bewindhebbers, die naar ouden trant de zaken der Compagnie nog beschouwden als eigen zaken. Eerst in 1623 werd door de overheid de eerste rekening bevolen, welke zou worden geverifieerd door gedeputeerde hoofdparticipanten. Een college van hoofdparticipanten werd verder belast met commissarische macht en het aanhooren der jaarlijksche rekeningen.'¹³

Eerst bij de invoering van het vernieuwde NV-recht in 1929 verdween de oudvaderlandse mogelijkheid om de commissarissen, namens de aandeelhouders, de jaarrekening van goedkeuring te doen voorzien, welke was gecodificeerd in het Wetboek van Koophandel van 1838.¹⁴ Dit traditioneel perspectief, waarin het functioneren van commissarissen nauw verknoopt is met het belang van de aandeelhouders wordt, als gezegd, weerspiegeld in de actuele regeling met betrekking tot benoeming, schorsing en ontslag van commissarissen.

De rol van de commissaris is, historisch en functioneel, primair gericht op het bewaken van het aandeelhoudersbelang. Die rol is gedacht in een setting waarin er spanning tussen aandeelhouders en bestuurders aanwezig is, binnen welke verhouding de RvC zijn rol als monitor/toe-

5. Art. 2:146/257 BW.

6. Art. 2:162/272 BW.

7. Art. 2:142/252 BW, resp. art. 2:158/268 BW.

8. Art. 2:142 lid 2 BW, resp. art. 2:144 en 2:252 lid 2 BW, resp. art. 2:254 BW.

9. Art. 2:158/268 lid 9 BW.

10. Art. 2:161a/272a BW.

11. Zie art. 2:254 lid 1 BW.

12. Vgl. art. 2:244 lid 1 BW.

13. E.J.J. van der Heijden, *Handboek voor de Naamlooze Vennootschap naar Nederlandsch Recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1936 (derde druk), p. 4.

14. Van der Heijden, a.w., noot 3, p. 355. In de regeling van de structuurvennootschap van vóór 2004 was dit systeem overigens weer decennialang het uitgangspunt bij dat type vennootschappen, nu de wet de bevoegdheid tot vaststelling van de jaarrekening bij de structuurcommissarissen legde en het systeem vervolgens voorzag in goedkeuring van de aldus vastgestelde jaarrekening door de aandeelhoudersvergadering. Bij de wijziging van het structuurregime in 2004 kwam de bevoegdheid tot vaststelling van de jaarrekening weer in handen van de aandeelhoudersvergadering.

zichthouder kan spelen. Daar waar die spanning binnen de BV in het overgrote deel van de gevallen ontbreekt gegeven de nauwe betrokkenheid van aandeelhouders bij de vennootschap en hun grote bestuurlijke inbreng, is de rol van commissarissen, vanuit dit perspectief, zinledig. Tegelijkertijd is de rol van de commissaris, afhankelijk van de invulling van het begrip vennootschappelijk belang, breder en moet zijn toezichthoudende taak vooral worden gezien in het licht van de bescherming van belangen van anderen dan aandeelhouders. In dit verband zou de keuze voor inrichting van een raad van advies in plaats van een (formele) raad van commissarissen in het familiebedrijf voor de hand liggen. In de praktijk blijkt in het familiebedrijf toch regelmatig de keuze gemaakt te worden voor inrichting van een RvC, omdat men meent dat op deze wijze een steviger positie wordt gecreëerd binnen de onderneming, terwijl ook naar buiten toe de inrichting van een RvC als robuuster wordt ervaren.¹⁵

3. Weging van bij de vennootschap betrokken belangen en verschijningsvormen van vennootschappen

Wanneer we terugkeren naar het functioneren van de RvC in het kader van het vennootschappelijk belang, lijkt de conclusie te moeten zijn dat het belang van kapitaalverschaffers, als te dienen deelbelang, zwaar moet wegen. Mag aan dat belang, bij weging van alle betrokken belangen, dan een groter gewicht worden toegekend in relatie tot andere belangen? Of is dat niet noodzakelijk nu er per definitie een 'alignment' bestaat tussen alle andere deelbelangen en het aandeelhoudersbelang, zodat het dienen van het aandeelhoudersbelang tevens de belangen van alle andere betrokkenen dient? Dit soort vragen is onderwerp van heftige discussie.¹⁶

Maar hoe de invulling van het vennootschappelijk belang en dus van de taak van de commissaris ook wordt gedacht, het uitgangspunt is steeds dat de commissaris onafhankelijk moet zijn. Een commissaris in een afhankelijke positie kan immers niet naar eigen inzicht keuzes maken bij zijn afwegingen.¹⁷ In de praktijk blijkt de (on)afhankelijkheid van commissarissen ten opzichte van het bestuur in hoge mate af te hangen van de aard van de vennootschap. De

rol van de commissaris, gedacht als dienaar van het aandeelhoudersbelang binnen de vennootschap, wordt, zo zou ik menen, met name ingekleurd door de aard van de onderneming en de eigendomsverhoudingen die aan de orde zijn. Deze traditionele rol was en is aan de orde in die situaties waarin de bestuurlijke inbreng van aandeelhouders gering is en er dus reden is de groep te beschermen tegen opportunistisch gedrag van het bestuur. Men denke dan aan de grote publieke vennootschappen waarin de aandeelhouders geen betrokkenheid voelen met de vennootschap, eigenlijk gewoon belegger zijn en gemiddeld niet geïnteresseerd zijn in het uitoefenen van aandeelhoudersmacht. In die situaties, waarin de spanning tussen aandeelhouders en bestuur groot is, is er behoefte aan de monitorfunctie ten behoeve van de op afstand staande aandeelhouders. In de praktijk zijn er ook bij dit type vennootschappen wel betrokken aandeelhouders aanwijsbaar, zoals institutionele beleggers, die een zekere invloed op het bestuur uitoefenen, maar de commissaris is hier de aangewezen figuur om de aandeelhoudersbelangen, waaronder ook de belangen van de minderheidsaandeelhouders,¹⁸ te beschermen. Het wekt dan ook geen verbazing dat een voorwaarde voor beursnotering is dat een RvC binnen de vennootschap is ingesteld. De Corporate Governance Code bepaalt wat het toezicht op het bestuur ten minste moet omvatten¹⁹ en disciplineert het functioneren van commissarissen.²⁰ Ten aanzien van de onafhankelijkheid van commissarissen gelden strikte regels²¹ en er worden eisen gesteld aan deskundigheid en samenstelling:

Elke commissaris dient geschikt te zijn om de hoofdlijnen van het totale beleid te beoordelen. Elke commissaris beschikt over de specifieke deskundigheid die noodzakelijk is voor de vervulling van zijn taak, binnen zijn rol in het kader van de profielschets van de raad. De raad van commissarissen dient zodanig te zijn samengesteld dat hij zijn taak naar behoren kan vervullen. De raad van commissarissen streeft naar een gemengde samenstelling, onder meer met betrekking tot geslacht en leeftijd. Een herbenoeming van een commissaris vindt slechts plaats na zorgvuldige overweging. Ook bij een herbenoeming

15. Zo bleek uit een aantal inleidingen van ondernemers op de Dag van het Familiebedrijf, die op 11 november 2013 op Nyenrode werd georganiseerd. Wel gaf een aantal grotere familiebedrijven aan een raad van advies te hebben geïnstalleerd om op die wijze de mogelijkheid te scheppen om binnen beursvennootschappen actieve toezichthouders aan hun onderneming te kunnen binden wanneer die reeds vijf toezichthoudende posities bij grote vennootschappen bekleden. Vgl. art 2:252a BW. Op ruime schaal werd de wens vernomen het familiebedrijf uit te sluiten van bedoelde regeling en deze te beperken tot beursvennootschappen.

16. Zie, recent, onder meer Huizink die, in relatie tot de wettelijke taak van commissarissen, de vraag opwerpt waarom de aandeelhoudersvergadering, die beslist over het al dan niet instellen van de raad, bij een keuze voor instelling niet de vrijheid heeft om de taak van de commissarissen te definiëren in *WPNR* 2013-6982, p. 535 e.v. en A.F. Verdam over de grenzen van de beleidsvrijheid van (bestuurders en) commissarissen *Ondernemingsrecht* 2013, p. 93 e.v.

17. De glibberigheid van het begrip vennootschappelijk belang wordt nog eens versterkt door het feit dat het wegingsproces, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, niet alleen wordt beïnvloed door uitgekristalliseerde opvattingen in regelgeving, rechtspraak en literatuur, maar natuurlijk ook door rechtspolitieke, economische en wereldbeschouwelijke opvattingen.

18. Bij beursvennootschappen is regelmatig sprake van grote invloed van een relatief kleine groep aandeelhouders. Wanneer bijvoorbeeld een 25%-aandeelhouder feitelijk de aandeelhoudersmacht uitoefent omdat de rest niet geïnteresseerd is in de zeggensmacht als aandeelhouder, is die rest (75%) te beschouwen als de minderheidsaandeelhouders in de vennootschap.

19. Best-practicebepaling III.1.6.

20. Bij frequente afwezigheid bij vergaderingen van de RvC wordt de betrokken commissaris daarop aangesproken, terwijl het verslag van de RvC, dat deel uitmaakt van de jaarstukken, vermeldt welke commissarissen frequent afwezig zijn geweest. Wanneer een commissaris onvoldoende functioneert dan wel structureel in een 'conflict of interest'-positie met de vennootschap verkeert, treedt hij tussentijds af. Ook treedt een commissaris af wanneer de RvC van oordeel is dat zulks is geïndiceerd.

21. Principe III.2.

wordt de hiervoor genoemde profielschets in acht genomen.²²

De spanning tussen kapitaalverschaffer en bestuur varieert, als opgemerkt, al naar gelang de aard van het samenwerkingsverband. Spanning tussen bestuurder en aandeelhouder is, bijvoorbeeld in de eenpersoonsvennootschap waarin de enig aandeelhouder ook enig bestuurder is, niet waarneembaar en toch wordt, als hierboven opgemerkt, ook in deze vennootschappen met regelmaat gekozen voor de instelling van een RvC. De intermediaire- en toezichthoudende rol van de commissaris is niet aan de orde, zijn adviserende rol verandert van kleur en zijn positie is vanuit juridisch perspectief krachteloos en niet onafhankelijk. De commissaris beschikt immers enerzijds niet over mogelijkheden om zijn toezicht te effectueren door bijvoorbeeld schorsing van bestuurders c.q. advies tot ontslag van bestuurders aan aandeelhouders, terwijl hij anderzijds steeds door de bestuurder, in diens hoedanigheid van aandeelhouder, kan worden ontslagen.

In het familiebedrijf, waarin een beperkt aantal aandeelhouders samenwerkt en bijvoorbeeld één van hen, of een buitenstaander, het bestuur vormt, kan sprake zijn van een milde spanning. Anderzijds zijn in dit type samenwerkingsverbanden de opkomstpercentages van aandeelhouders gemiddeld hoog en controleert de aandeelhoudersvergadering effectief het bestuur. In ieder geval geven de verschillende verschijningsvormen van vennootschappen aanleiding tot een verschillende definitie van het vennootschappelijk belang als richtsnoer voor het functioneren van commissarissen. Op dit punt kan verwezen worden naar de opvattingen van de wetgever als geuit bij de totstandkoming van het flexibele BV-recht,²³ waar expliciet wordt overwogen dat bij de vennootschap met een (zeer) beperkt aantal aandeelhouders en geen of nauwelijks werknemers, bij de definiëring van het vennootschappelijk belang het aandeelhoudersbelang zwaarder zal wegen dan bij de grote publieke vennootschap, die een stevige maatschappelijke exposure heeft.²⁴ Het lijkt aantrekkelijk bij onderzoek naar nuancering van aansprakelijkheid te onderscheiden tussen open samenwerkingsverbanden en besloten samenwerkingsverbanden. In het kader van het onderscheid naar de positie van commissarissen in relatie tot bestuur/aandeelhouders, kan de keuze tussen NV en BV echter niet bepalend zijn. Wij kennen immers al jaren de besloten NV²⁵ en zien ons, sinds invoering van het nieuwe BV-recht, ook geconfronteerd met de mogelijk-

heid een open BV in te richten. Als bekend is het wettelijk kenmerk van de BV, bestaande uit het feit dat bij overdracht van aandelen buiten enige vrije kring een blokkeerregeling verplicht is, in het nieuwe BV-recht komen te vervallen.²⁶

Het onderscheid tussen open- en besloten samenwerkingsverbanden zou ik in dit kader willen zoeken bij de vraag of er sprake is van een beslissende bestuurlijke inbreng van aandeelhouders zonder dat er sprake is van te beschermen minderheidsposities. Daarvan is (in ieder geval) sprake wanneer alle aandeelhouders ook bestuurder van de vennootschap zijn, hetgeen ook in het overgrote deel van de BV's het geval is.²⁷ Op deze wijze wordt aansluiting gevonden bij het criterium dat geldt voor de wettelijke regeling waarin ondertekening van de opgestelde jaarrekening door het bestuur ook steeds direct de vaststelling van de jaarrekening met zich brengt.²⁸

Ik concludeer dat bij deze vennootschappen, waarin feitelijk geen sprake is van onderscheid tussen 'ownership' en 'control', de rol van de commissaris een geheel andere is dan ooit door de wetgever is gedacht en derhalve ook juridisch op een andere wijze zou moeten worden benaderd dan thans gebruikelijk is.

4. Aansprakelijkheid van commissarissen in het familiebedrijf

De inhoud van het vennootschappelijk belang als toetssteen voor het functioneren van commissarissen wordt dus mede bepaald door de aard van het samenwerkingsverband. Bij de hierna te bespreken nuancering van aansprakelijkheid van commissarissen in het familiebedrijf speelt dat vennootschappelijk belang als wettelijk richtsnoer voor hun activiteiten een belangrijke rol. Dit uitgangspunt noodzaakt de commissaris zijn beleid vorm te geven door zijn besluitvorming de resultante te doen zijn van de afweging van alle betrokken belangen, waartoe ook het aandeelhoudersbelang behoort. De weging van dat aandeelhoudersbelang bij die besluitvorming dient zwaarder uit te pakken naarmate de bestuurlijke inbreng van aandeelhouders geringer is. Naarmate de bestuurlijke inbreng van de aandeelhouder groter is, marginaliseert dat aandeelhoudersbelang als onderdeel van het door commissarissen te dienen vennootschappelijk belang. Bij het functioneren van de commissaris in de vennootschap waarin alle aandeelhouders ook in het bestuur zitten, speelt het aandeelhoudersbelang als in aanmerking te ne-

22. Principe III.3.

23. Zie *Kamerstukken II*, 31 058, nr. 3, p. 2 e.v., alsook nr. 6, p. 12, waarover G.J.C. Rensen in *WPNR* 2013-6979, p. 458, die terecht aangeeft dat de wetgever hier vertolkt hetgeen Maeijer schreef in zijn Nijmeegse oratie getiteld *Het belangenconflict in de naamloze vennootschap*, Deventer: Kluwer 1964, aan te treffen in Bulten e.a., *Verspreide geschriften van J.M.M. Maeijer*, Deventer: Kluwer 2009, p. 141 e.v.

24. Zie M.J.G.C. Raaijmakers & G.J.H. van der Sangen, 'De directeur-groootaandeelhouder in het nieuwe BV-recht', in: P.J. van der Korst e.a. (red.), *Handboek Onderneming en aandeelhouder, serie Onderneming en Recht*, deel 69, Deventer: Kluwer 2012, p. 513-543, en in relatie tot tegenstrijdige belangen, p. 538-540.

25. Waarvan de definitie wordt aangetroffen in art. 2:335 lid 2 BW.

26. Art. 2:195 BW kent als default-rule een aanbiedingsblokkade, maar statutair kan de beperkte overdraagbaarheid anders worden geregeld of weggeschreven.

27. Dit is slechts anders in de schaarse situatie waarin de BV een gro(o)t(er) aantal aandeelhouders kennen die geen directe band met de vennootschap hebben en niet echt geïnteresseerd zijn in het gebruiken van hun stemrecht in het kader van het disciplineren van het bestuur.

28. Zie art. 2:210 lid 5 BW. Men zou het criterium anders kunnen formuleren, bijvoorbeeld door een besloten samenwerkingsverband in deze zin te constateren wanneer een meerderheid van het aandelenkapitaal deel uitmaakt van het bestuur van de vennootschap. Nadeel van zo'n ruimere definitie is dat er in die gevallen sprake kan zijn van een beschermingswaardige minderheidspositie, afhankelijk van de verhoudingen in de vennootschap.

men deelbelang geen rol van betekenis nu optimale controle van het bestuur in deze setting voor zich spreekt. Anders geformuleerd, bij een commissariaat in dit type besloten verhoudingen is het toezicht op het bestuur, in ieder geval gezien vanuit het perspectief van het aandeelhoudersbelang, niet aan de orde en is er ook geen minderheidsbelang waarmee rekening moet worden gehouden. Daarbij komt dat bij dit type vennootschappen er realiter ook geen toezicht gehouden kan worden. De commissaris in het familiebedrijf is schijnbokser, denktank en slijpsteen voor het bestuur, en dit alles zonder institutionele macht, ook omdat hij te allen tijde door de bestuurders, in de hoedanigheid van aandeelhouders, kan worden ontslagen. Toch wordt een onderscheid in aansprakelijkheidspositie bij beursfonds en familiebedrijf, in ieder geval wettelijk, niet gemaakt en dat is, mijns inziens, opvallend en onwenselijk.

In de jurisprudentie wordt, zo nu en dan, wel getracht tot nuancering van aansprakelijkheid te komen op basis van de feiten en omstandigheden van het geval. De Rechtbank 's-Hertogenbosch²⁹ lijkt hier wat door te schieten, in dit geval met name lettend op de aard en de honorering van het commissariaat. Wanneer de curator de aansprakelijkheid van commissarissen in een BV baseert op de rechterlijke beoordeling van de aansprakelijkheid van commissarissen in de *Ceteco*-zaak,³⁰ overweegt de rechtbank:

‘Op geen enkele manier verwijt Curator aan [gedaagde sub 1] en [gedaagde sub 2] frauduleus gedrag of gedrag er op gericht (is) om zelf ergens beter van te worden. Daarvan is kennelijk geen sprake geweest.

Commissarissen kregen voor hun toezicht een vergoeding van € 10 000 per jaar. In de periode na maart 2000 hebben zij aan de onderneming een mate van aandacht besteed (of die nu meer of minder competent was) die de gebruikelijke inzet waarvoor die € 10 000 als tegenprestatie gold, verre oversteeg.

Een groot verschil met de *Ceteco*-zaak is dat daar de commissarissen in dienst waren van Hagemeyer (de 60%-aandeelhouder) en hun persoonlijke aansprakelijkheid, naar mag worden aangenomen, door deze werkgever, die zelf ook aansprakelijk werd gehouden, gedekt werd. In deze zaak echter is in ieder geval voor [gedaagde sub 2] zijn aandelenbelang in *Vialle* verloren gegaan.

Bij deze beperkte honorering en vermogensverlies moet aan [gedaagde sub 1] en [gedaagde sub 2] naast wellicht naïviteit en incompetentie, werkelijk verwijtbaar onbehoorlijk gedrag verweten kunnen worden, vooraleer zij ook nog eens voor het tekort van ruim € 7,4 miljoen aansprakelijk behoren te worden gehouden. Wat [gedaagde sub 1] en [gedaagde sub 2] nu in concreto hebben gedaan of nagelaten dat geen redelijk handelend commissaris zou doen of nalaten, heeft Curator onvoldoende duidelijk naar voren gebracht.’

Ik zou menen dat naïviteit en incompetentie niet vallen te rijmen met de positie van een commissaris die in dienst staat voor eigen kwaliteiten en eigenschappen die een passende taakvervulling kunnen garanderen. Mooi is in dit vonnis wel de rechterlijke worsteling te zien om te komen tot een passende aansprakelijkheidsmaatstaf voor commissarissen waar het gaat om de aansprakelijkheid tegenover crediteuren.

Er valt mijns inziens veel te zeggen voor een andere benadering van commissarissen in het onderhavige type familiebedrijf, niet alleen vanuit het belang van de commissaris, maar ook vanuit het belang van de vennootschap en de daarbij betrokken kringen van belanghebbenden. Want wat nu als een belangrijk verschil van inzicht tussen bestuur en commissarissen in het familiebedrijf ontstaat? Commissarissen kunnen, in deze setting, niet serieus ingrijpen,³¹ tenzij, in extreme situaties, de bestuurlijk ingeslagen weg zou kunnen worden gekwalificeerd als wanbeleid en een commissaris gebruik zou moeten maken van de recent gecreëerde mogelijkheid tot het instellen van een verzoek tot enquête.³² De consequentie is dat, vooral met het oog op het geprononceerd aansprakelijkheidsprofiel, commissarissen in die omstandigheden al snel besluiten tot aftreden.

Ik zou menen dat het vennootschappelijk belang – met name in termen van andere belangen dan het aandeelhoudersbelang – onder omstandigheden gediend is met aanblijven. Commissarissen kunnen dan voortgaan met het op andere gedachten brengen van het bestuur en schade voor de vennootschap en derden zo veel mogelijk beperken. Mijns inziens een belangrijke bijkomende reden om de persoonlijke aansprakelijkheid van commissarissen te nuanceren.

In welke richting zou dan kunnen worden gedacht? Ik zou menen dat persoonlijke aansprakelijkheid van de commissaris ten opzichte van de vennootschap niet past in het familiebedrijf. Deze regeling van interne aansprakelijkheid leidt immers in theorie slechts tot (indirecte) vergoeding van schade aan aandeelhouders.³³ Weliswaar wordt naar huidig recht aangenomen dat de curator de actie van art. 2:9 BW (mede) kan instellen met het oog op de bescherming van andere belanghebbenden, zoals crediteuren, die belang hebben bij de instandhouding van het vermogen, maar ik zou menen dat die zienswijze dogmatisch onverdedigbaar is. Aangenomen moet immers worden dat de actie van art. 2:9 BW door de curator slechts kan worden ingesteld handelend namens de boedel. Wanneer men al zou willen aannemen dat de actie ook strekt ter bescherming van anderen die belangen hebben bij de instandhouding van het vermogen van de vennootschap, dan zal, zoals Van der Sangen terecht verdedigde, voor een succesvol resultaat toch ten minste door de curator moeten worden aangetoond dat het handelen of nalaten van commissarissen schade heeft be-

29. Rb. 's-Hertogenbosch 19 november 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BU4403 (*Vialle*).

30. Rb. Utrecht 12 december 2007, *JOR* 2008, 10.

31. Schorsing van bestuurders is bij deze rolverdeling tussen bestuur en aandeelhouders geen serieuze optie.

32. Zie art. 2:346 lid 1 onder 2 in verband met lid 2 van dit artikel.

33. De actie uit art. 2:9 BW komt de vennootschap toe en biedt aandeelhouders geen mogelijkheid tot het rechtstreeks aanspreken van bestuurders. Vlg. HR 2 december 1994, *NJ* 1995, 288 (*Poot/ABP*).

rokkend aan de gezamenlijke crediteuren.³⁴ Dat zal, wanneer de commissaris bij verschil van inzicht met het bestuur niet aftreedt maar er alles aan doet om de negatieve gevolgen van de gekozen beleidslijn te minimaliseren, niet eenvoudig zijn. Op deze wijze geeft de commissaris vorm aan zijn bredere taakopvatting binnen de definitie van het vennootschappelijk belang.

De toezichthouder, ook bij het familiebedrijf, dient niet (alleen) de aandeelhoudersbelangen, maar ook die van andere 'stakeholders'. Het ligt voor de hand de potentiële aansprakelijkheid van commissarissen in het familiebedrijf te beperken tot schade die, gerelateerd aan tekortschietend toezicht, door derden is geleden. De conclusie is dan de interne aansprakelijkheid van commissarissen niet langer aan de orde te doen zijn in het familiebedrijf.³⁵ Overwogen zou kunnen worden deze aansprakelijkheidsgrond te schrappen voor commissarissen in vennootschappen waarin alle aandeelhouders ook bestuurder van de vennootschap zijn waarbij geldt dat, in geval van faillissement, ook de curator, als vertegenwoordiger van de boedel, niet over deze actie jegens commissarissen kan beschikken.³⁶ Wat overblijft, is de externe aansprakelijkheid van commissarissen, dus ten opzichte van derden, wanneer er een causaal verband bestaat tussen het disfunctioneren van commissarissen en de bij derden ontstane schade. Hier moet dan met name gedacht worden aan toepassing van art. 2:138/248 BW, de wettelijke bepaling die de curator helpt bij het in persoon aansprakelijk stellen van bestuurders en commissarissen in geval van faillissement, waarbij er een causaal verband bestaat tussen kennelijk onbehoorlijk toezicht en het faillissement. Daarnaast is denkbaar dat commissarissen ten opzichte van de vennootschap of derden aansprakelijk zijn wanneer het handelen of nalaten kwalificeert als een zelfstandige onrechtmatige daad ten opzichte van gelaedeerden.

Wanneer de aansprakelijkheid van commissarissen in het familiebedrijf op deze wijze zou worden genuanceerd, zou recht worden gedaan aan de feitelijke positie waarin de commissaris zich bevindt. Daardoor zou een situatie worden geschapen waarin de commissaris zich niet steeds gedwongen ziet af te treden bij een verschil van inzicht over het beleid met het bestuur. Wanneer hij, in die situaties, zich inspant om de schade voor derden verbonden aan dat bestuursbeleid zo veel mogelijk te beperken, zal van persoonlijke aansprakelijkheid van de commissaris in deze benadering niet snel sprake kunnen zijn.³⁷ En dat is, ook gezien vanuit het vennootschappelijk belang, een wenselijke situatie.

34. Zie G.J.H. van der Sangen, *TvOB* 2012-2, p. 60 e.v. In deze lijn van denken past dat de décharge van het management met zich brengt dat de claim op grond van art. 2:9 BW niet succesvol tegen hen kan worden ingesteld, ook niet door de curator. Dat ligt, als bekend, anders wanneer de curator bestuurders of commissarissen aanspreekt op grond van art. 2:248 BW. Zie lid 6 van dit artikel.

35. Dan wel, als men al van mening is dat art. 2:9 BW ook de financiële belangen van crediteuren kan dienen, aan de inzet van dit middel in geval van faillissement de voorwaarde te verbinden dat de curator de door anderen dan aandeelhouders geleden schade, samenhangend met tekortschietend toezicht, moet stellen en bewijzen.

36. Zie noot 35.

37. Als gezegd heeft de commissaris geen juridische middelen tot zijn beschikking anders dan in extreme gevallen de mogelijkheid een enquêteprocedure uit te lokken. Hij zal het dus van zijn overtuigingskracht moeten hebben.