

Juridische actualiteiten

Prof. Mr. A.F.M. Dorresteyn, Mr. J.B. Huizink en Mr. H.J. Vetter

Deze rubriek signaleert ontwikkelingen in regelgeving en jurisprudentie over onderwerpen die voor accountants en bedrijfseconomen van belang zijn. De rubriek staat onder redactie van Mr. M. Verhorst (lid redactieraad MAB voor het ondernemingsrecht) en Prof. Mr. A.F.M. Dorresteyn (hoogleraar privaatrecht Open universiteit). De bijdragen aan deze aflevering zijn verzorgd door verschillende auteurs.

Aansprakelijkheid van bestuurders en decharge

Prof. Mr. A.F.M. Dorresteyn

De bestuurders van de Van de Ven groep vertillen zich aan lease-activiteiten. Zij maken de groep afhankelijk van een maatschappijtje dat torenhoge verliezen veroorzaakt. Rechtbank en hof achten de bestuurders aansprakelijk wegens wanbeleid. Terecht, volgens de Hoge Raad. In lijn met de heersende opvatting beslist dit college dat men de bestuurder een ernstig verwijt moet kunnen maken. De Hoge Raad voegt daar aan toe dat het afhangt van alle omstandigheden van het geval of zo'n verwijt terecht is. In het arrest worden een aantal van die omstandigheden genoemd. De Van de Ven bestuurders spelen hun laatste troefkaart uit en beroepen zich op de hun verleende decharge. Wanneer wordt wanbeleid door decharge gedekt? De Hoge Raad bouwt voort op oude jurisprudentie en beslist dat decharge slechts betrekking heeft op gegevens die uit de jaarrekening blijken of die aan de

algemene vergadering zijn meegedeeld voordat zij de jaarrekening vaststelde (HR 10 januari 1997, RvdW 1997, 16, Venlease).

Bestuurders van BV's en ook andere rechtspersonen zijn gehouden hun taak naar behoren uit te oefenen (artikel 2:9 BW). Zij zijn intern, dat wil zeggen, ten opzichte van de BV, aansprakelijk indien zij ten opzichte van deze norm tekortschieten. De rechtsvordering tegen de bestuurder van een BV kan worden ingesteld door de raad van commissarissen. Ontbreekt dit orgaan, dan kan de algemene vergadering van aandeelhouders een bijzondere vertegenwoordiger aanwijzen om de vordering in te stellen (artikel 2:146 en 2:256). Omdat bij BV's commissarissen vaak ontbreken en de bestuurders veelal tevens de aandeelhouders zijn, wordt echter zelden een vordering tegen een bestuurder ingesteld. Een kans daarop is soms aanwezig als de aandelen zijn verkocht en de koper met onaangename verrassingen wordt geconfronteerd. In geval van faillissement wil de curator soms ook nog wel eens een beroep doen op artikel 2:9 BW omdat de speciale faillissementsaansprakelijkheid niet verder terugreikt dan drie jaar (artikel 2:138/248 lid 6 BW).

Dat kwade kansen zich kunnen realiseren ondervonden Staleman en Richelle, bestuurders van Volkswagendealer Van de Ven Automobielfabriek Venlo BV en haar twee 100% dochters Venlease BV en Venrent BV. Om de voorraad tweedehands auto's te verminderen, gaat deze Van de Ven groep onder hun leiding in 1987 lease-activiteiten ontplooiën. Na enige tijd wordt daarvoor een derde partij, Easyrent BV, ingeschakeld. Dan gaat het in twee opzichten mis. De financiering is nadelig voor Van de Ven omdat zij

van Easyrent minder vaste rente ontvangt dan zij aan de bank kwijt is voor rekening courant krediet. En bovendien gaat Easyrent op grote schaal auto's van elders aantrekken om die ook in lease uit te geven. Easyrent blijkt de aan Van de Ven verschuldigde rente alleen te kunnen betalen uit de aanbetalingen van telkens nieuwe lease-contracten. Uiteindelijk leidt dit tot grote verliezen op de lease-activiteiten. Het eigen vermogen van Van de Ven dat in 1988 nog f 2,3 mio beloopt, is eind 1990 f 5 mio negatief. In oktober 1990 verdwijnen de directeurs Staleman en Richelle van het toneel. Bijna twee jaar later vorderen de Van de Ven BV's van haar voormalige bestuurders schadevergoeding wegens onbehoorlijke taakuitoefening.

Staleman en Richelle beroepen zich op de hun verleende decharge voor het in 1987 gevoerde beleid, het jaar waarin de lease-activiteiten waren opgezet. Volgens de statuten van de Van de Ven BV's strekt het zonder voorbehoud vaststellen van de jaarrekening door de algemene vergadering tot decharge. De rechtbank honoreert dit verweer maar in hoger beroep oordeelt het gerechtshof dat de decharge het gevoerde wanbeleid niet dekt. Volgens het gerechtshof zijn de voormalige bestuurders aansprakelijk wegens wanbeleid oftewel onbehoorlijke taakvervulling in de zin van artikel 2:9 BW. Het hof oordeelt onder andere het aangaan van de relatie met Easyrent als onbehoorlijk bestuur omdat geen waarborgen waren geschapen tegen te grote afhankelijkheid van Easyrent.

Staleman en Richelle stellen vergeefs cassatieberoep in bij de Hoge Raad. Dit college oordeelt in de eerste plaats dat het gerechtshof artikel 2:9 BW op juiste wijze heeft uitgelegd en grijpt de gelegenheid aan om, uitvoeriger dan ooit, aan te geven hoe die bepaling moet worden geïnterpreteerd. Voor aansprakelijkheid is volgens de Hoge Raad vereist dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Of in een bepaald geval plaats is voor een ernstig verwijt dient te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Daartoe behoren onder meer:

- de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten;
- de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's;
- de taakverdeling binnen het bestuur;

- de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen;
- de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen;
- het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.

Ook de decharge komt ter beoordeling van de Hoge Raad. Nu heeft deze rechter zich in het verleden al enkele malen over dit onderwerp uitgelaten. Reeds in de jaren twintig is beslist dat een bestuurder zich niet kan beroepen op decharge voor handelingen die hij heeft verzwegen. Voorts dat de inhoud van de jaarstukken bepalend is voor de reikwijdte van de decharge. In het veel recentere Ellem-arrest (HR 20 oktober 1989, NJ 1990, 308) heeft de Hoge Raad een beroep op decharge voor een voor de vennootschap bijzonder nadelige transactie gehonoreerd omdat de beide betrokken aandeelhouders met die transactie volledig bekend waren (de aandeelhouders waren echtgenoten, de man was tevens de enig bestuurder).

Hierop voortbouwend stelt de Hoge Raad dat de decharge van de bestuurders van Van de Ven BV's slechts een beperkt effect kan hebben. De jaarrekening noch de toelichting van de Van de Ven BV's over 1987 bevatten gegevens over de problemen rond de lease-activiteiten. Kort voor de algemene vergadering de decharge verleende, heeft de accountant van Van de Ven gerapporteerd over de situatie bij Easyrent. Dit rapport is echter niet aan aandeelhouders ter beschikking gesteld. Evenmin hebben de aandeelhouders ter vergadering uit mededelingen van de accountant moeten begrijpen dat van wanbeleid sprake was. Volgens de bestuurders hadden de aandeelhouders niettemin redelijkerwijze kunnen weten van de gang van zaken. De Hoge Raad gaat daarin echter niet mee. Decharge heeft geen betrekking op gegevens welke aan aandeelhouders buiten het verband van de algemene vergadering bekend zijn geworden, welke niet uit de jaarrekening blijken, of welke niet anderszins aan de algemene vergadering zijn bekendgemaakt voordat deze de jaarrekening vaststelde. Men kan het ook positief formuleren: een decharge heeft slechts betrekking op gegevens die uit de jaarrekening blijken of die aan de algemene vergadering zijn meegedeeld voordat zij de jaarrekening vaststelde.

Preconstitutief handelen ook mogelijk bij vereniging en stichting

Mr. J.B. Huizink

De wet geeft in artikel 2:93 BW voor de NV en artikel 2:203 BW voor de BV een regeling inzake het handelen namens een vennootschap in oprichting. Voor de andere in Boek 2 BW geregelde rechtspersonen bevat de wet niet een dergelijke regeling. Op 24 januari 1997 heeft de Hoge Raad echter beslist dat het bepaalde in artikel 2:93 lid 1 en 2:203 lid 1 BW van overeenkomstige toepassing is op andere rechtspersonen (RvdW 1997, 31; JOR 1997, 18. Stichting Administratiekantoor DIVA).

In de literatuur is veel aandacht besteed aan het handelen namens de rechtspersoon in oprichting (i.o.). Begrijpelijkwijze heeft deze kwestie zich toegespitst op de naamloze en de besloten vennootschap. De vraag naar het handelen namens de rechtspersoon i.o. kan zich echter even goed voordoen bij de andere in Boek 2 geregelde rechtspersonen. De wet bevat voor die rechtspersonen evenwel geen soortgelijke regeling als voor de NV en de BV. Dat leidt tot vragen als:

- kan namens een vereniging, stichting, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij (OWM) die nog niet bestaat, worden gehandeld?
- wat zijn van een dergelijke handeling de rechtsgevolgen?

In het arrest van 24 januari 1997 heeft de Hoge Raad beslist dat aangenomen moet worden dat het bepaalde in de artikel 2:93 lid 1 en 2:203 lid 1 BW van overeenkomstige toepassing is op andere rechtspersonen. Dat betekent dus dat wanneer rechtshandelingen worden gesteld ten name van een nog op te richten stichting, vereniging, coöperatie of OWM, de desbetreffende rechtspersoon eerst door die handeling is verbonden wanneer hij de rechtshandeling na oprichting uitdrukkelijk of stilzwijgend bekrachtigt. De juridisch-dogmatische grondslag van dergelijk preconstitutief handelen blijft onderwerp van discussie, maar dat is voor de praktijk van minder belang. Overigens kristalliseert zich wel een gemeenschappelijk standpunt uit. De meeste auteurs achten het handelen namens een rechtspersoon i.o. een vorm van onbevoegde vertegenwoordiging. Er komt dan

geen binding tot stand, tenzij degene die (onbevoegd) is vertegenwoordigd, de rechtshandeling alsnog bekrachtigt.

Hoe dit ook zij, de beslissing van de Hoge Raad dat artikel 2:93/203 lid 1 BW van overeenkomstige toepassing is op andere rechtspersonen, laat de nodige vragen open. Zo is niet duidelijk hoe het is gesteld met de verbondenheid van de namens de rechtspersoon in oprichting handelende personen. En wel in drieërlei zin:

- vóór bekrachtiging door de (inmiddels opgerichte) rechtspersoon;
- na bekrachtiging door de rechtspersoon;
- na bekrachtiging terwijl de rechtspersoon tekortschiet.

Voor de NV en de BV is een en ander betrekkelijk uitvoerig geregeld in de leden 2 en 3 van artikel 2:93/203. De Hoge Raad laat zich echter alleen uit over lid 1 van deze artikelen.

Wij zouden willen aannemen dat de beantwoording van bovengestelde vragen sterk afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. In elk geval mag bij handelingen namens een stichting, vereniging, coöperatie of OWM in oprichting niet te snel worden aangenomen dat de namens de rechtspersoon i.o. handelende persoon tevens zichzelf beoogt te binden. Voor na bekrachtiging voortdurende gebondenheid zouden wij evenmin plaats achten. Zulks tenzij anders is overeengekomen.

Deze opvatting is gegrond op de gedachte dat voor een vergaande bescherming van degene die handelt met de vennootschap in oprichting, zoals thans in de artikelen 2:93/ 203 BW, bij andere rechtspersonen geen behoefte bestaat. Waarbij men zich overigens kan afvragen of de bescherming ook bij de NV en BV niet te ver is doorgeschoten.

Betekent toepasselijkheid van artikel 2:93/203 lid 1 BW eveneens dat de in dat artikellid opgenomen verwijzing naar het vierde lid van de desbetreffende bepalingen ook van toepassing is? Wij aarzelen. Ernstig is dat niet, nu artikel 93/203 lid 4 betrekking heeft op zogenaamde 'directe binding'. Dat wil zeggen, binding door het opnemen van bepaalde afspraken in de akte van oprichting. Bekrachtiging is dan niet nodig. Het betreft vooral rechtshandelingen betrekkelijk tot uitgifte van en storting op aandelen. Voor de stichting, vereniging, coöperatie en OWM zal slechts relevant zijn

het aanstellen van bestuurders en het benoemen van commissarissen. Op zichzelf lijkt er weinig bezwaar tegen te bestaan dat de eerste bestuurders en commissarissen via de weg van de directe binding bij akte van oprichting kunnen worden benoemd respectievelijk aangesteld.

Met dit arrest van de Hoge Raad inzake Stichting Administratiekantoor Diva staat vast dat ook namens een stichting, vereniging, coöperatie en OWM in oprichting rechtshandelingen kunnen worden verricht. Wanneer de rechtspersoon vervolgens wordt opgericht is hij eerst aan die rechtshandelingen gebonden indien deze - stilzwijgend of uitdrukkelijk - worden bekrachtigd. Tenzij anders overeengekomen, is van een vergaande bescherming van de wederpartij, zoals bij de NV en de BV, geen sprake. Een en ander betekent dat, nog meer dan bij de NV en BV, duidelijker ware vast te leggen welke binding betrokkenen exact beogen bij de door hen verrichte preconstitutieve rechtshandeling.

Tuchtregels en beroepsaansprakelijkheid

Mr. H.J. Vetter

Binnen kringen van beroepsbeoefenaren, waaronder de accountant, wordt over de 'eer van de stand' gewaakt door (de gelding van) beroeps- of gedragsregels. Schending van een beroepsregel kan leiden tot een tuchtrechtelijke procedure en de uitkomst daarvan kan zijn dat de beroepsbeoefenaar een sanctie wordt opgelegd, zoals een berisping of een schorsing. Hoe verhoudt een veroordelende beslissing van de 'tuchtrechter' zich tot het oordeel van de civiele rechter? Levert de door de tuchtrechter veroordeelde handeling van de beroepsbeoefenaar per definitie een veroordeling op in een civiele procedure, wegens onrechtmatige daad of wanprestatie? Over deze kwestie heeft de Hoge Raad twee interessante uitspraken gedaan: HR 12 januari 1996, NJ 1996, 683 (Kroymans/Sun Alliance) over de beoordeling van het handelen van een schadeverzekeraar, en HR 15 november 1996, NJ 1997, 151 (Leutscher/Paardekooper & Hoffman) inzake tuchtrechtelijke en civielrechtelijke beoordeling van het handelen van de accountant.

In de verzekeringszaak klaagde de verzekerde Kroymans erover dat verzekeraar Sun Alliance de schade niet vergoedde, die veroorzaakt was door het afbranden van een verzekerde opstal. De verzekeraar vermoedde dat de verzekerde de brand had gesticht en won twee kort gedingen waarin de verzekerde een voorschot op schadevergoeding vorderde. De verzekeraar liet onomwonden blijken niet uit te zullen keren. Na het tweede verloren kort geding liet de (advocaat van) de verzekerde de zaak enige tijd liggen, om zo ongeveer een jaar later tot dagvaarding (in de 'bodemzaak') over te gaan. Vervolgens beriep de verzekeraar zich op een in de polisvoorwaarden opgenomen vervaltermijn: na afwijzing van een claim door de verzekeraar, behoorde de verzekeringnemer binnen een half jaar tot dagvaarding over te gaan. Nu dat niet was gebeurd meende de verzekeraar dat verval van de vordering het gevolg was.

De verzekerde vond dit standpunt strijdig met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, de in elk contract aanwezige correctienorm, omdat Sun Alliance Kroymans niet uitdrukkelijk op het vervalbeding had gewezen. Ter onderbouwing van die onredelijkheid verwees Kroymans naar 'vaste rechtspraak' van de tuchtrechter van het schadeverzekeringsbedrijf, de Raad van Toezicht, die immers meermalen had beslist dat de verzekeraar die niet voor het vervalbeding had gewaarschuwd daarom er geen beroep op kon doen zonder 'de goede naam' van het schadeverzekeringsbedrijf te schaden.

De Hoge Raad nam die suggestie over en vond juist om die reden dat de verzekeraar niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid een beroep kon doen op het vervalbeding: 'Weliswaar gaat het bij de door de Raad van Toezicht aangelegde maatstaf erom of de verzekeraar door zijn gedraging de goede naam van het schadeverzekeringsbedrijf heeft geschaad. Maar indien een gedraging van een verzekeraar jegens diens verzekerde onder de omstandigheden van het geval niet kan worden aanvaard uit een oogpunt van handhaving van de goede naam van het schadeverzekeringsbedrijf, ligt het in de rede te oordelen dat die gedraging onder dezelfde omstandigheden evenmin aanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid.'

Klaagt de verzekerde over een gedraging van de verzekeraar in het kader van de uitvoering van

de overeenkomst, dan is een veroordelende tuchtrechtelijke uitspraak (in de regel?) ook dadelijk een civielrechtelijke veroordeling, zo lijkt de Hoge Raad hier te zeggen. Dat is opmerkelijk. Direct komt de vraag op of deze normerende invloed op de civielrechtelijke positie ook door de Hoge Raad aanwezig wordt geacht bij oordelen van andere tuchtrechters. Hoe zit het met de bevindingen van de tuchtrechter voor de accountant? Het antwoord heeft niet lang op zich laten wachten.

Leutscher (inderdaad, van Exota) kocht in 1972 de aandelen in Van Tuijn's Limonadefabriek. De koopprijs was afhankelijk gemaakt van de (eventuele) positieve balanswaarde per 31 december 1971. Partijen spraken af dat Paardekooper & Hoffman (P&H) opdracht zou krijgen de balans per genoemde datum 'bindend' vast te stellen, terwijl 'de accountant van de vennootschap' (een ander dan P&H) de per die datum aanwezige latente belastingschuld wegens vennootschapsbelasting - ook weer - 'bindend' zou vaststellen. P&H presenteerde enkele maanden later de overnamebalans, maar daarin ontbrak een post ter zake van een latente VPB-schuld, terwijl een toelichting op dit punt ontbrak.

Leutscher (in feite: zijn echtgenote, medekoper) stapte naar de Raad van Tucht van het NIVRA en (evenals de beklagden) later naar de Raad van Beroep. In beide instanties werd geoordeeld dat de accountants van P&H een misslag in hun beroepsuitoefening hadden begaan door enige mededeling over het weglaten van de post achterwege te laten. De volgende stap van de proceslustige Leutscher laat zich raden: een civiele procedure waarin werd gevorderd P&H onder andere te veroordelen tot vergoeding van schade wegens wanprestatie c.q. onrechtmatig handelen. De kritische uitspraken van de tuchtrechters van het NIVRA werden door Leutscher vanzelfsprekend in stelling gebracht ter ondersteuning van zijn vordering.

In dit geval overwoog de Hoge Raad: 'Vooropgesteld moet worden dat een ontkennend antwoord van de tuchtrechter op de vraag of overeenkomstig een voor het desbetreffende beroep geldende norm is gehandeld, de burgerlijke rechter niet dwingt tot het oordeel dat sprake is van wanprestatie of een onrechtmatige daad'. Zowel de Rechtbank, Hof als Hoge Raad waren van oordeel dat i.c. door P&H geen wanprestatie of onrechtmatige daad is gepleegd.

Is hier sprake van tegenstrijdige uitspraken? Of moet de Hoge Raad zo worden begrepen dat bij een toetsing aan de redelijkheid en billijkheid, waarbij rekening moet worden gehouden met 'de in Nederland levende rechtsovertuigingen' (artikel 3:12 BW), een zwaarwegender rol voor het tuchtrechtelijk oordeel is weggelegd dan bij de beoordeling van gestelde wanprestatie of onrechtmatige daad? Of is er aanleiding de schadeverzekeraars en hun tuchtrechter anders te beschouwen dan de accountants met hun Raad van Tucht en Raad van Beroep? Het laatste valt te betwijfelen.

De visie van de Hoge Raad in de zaak van Leutscher tegen P&H komt, als uitgangspunt, overtuigender voor. Tuchtrecht, gedragsregels, een erecode, het zijn alle regels (stelsels) die zijn geschreven ten behoeve van een interne regulering van het optreden van de groepsleden. Beroepsgroepen zijn zuinig op hun status van goed geschoolde, kiese, opdrachtnemers en de interne normen zullen vaak strenger uitpakken dan de algemeen geldende regels van betamelijkheid, van toepassing op een ieder, ondernemers in het algemeen. Beroepsgroepen (en schadeverzekeraars) meten zich een eigen tucht aan, maar wensen uiteraard verder 'gewoon', volgens de regels van het algemene vermogensrecht te worden behandeld wanneer ze geadresseerde zijn van een vordering wegens wanprestatie. Zou het anders zijn, dan zullen beroepsbeoefenaren zich moeten afvragen of het stelsel van gedragsregels maar niet snel moet verdwijnen; ze dreigen immers hun eigen, aangescherpte normen tot opmaat voor civielrechtelijke geschillen te verheffen.

Dat alles neemt natuurlijk niet weg dat de civiele rechter best oog mag hebben voor de uitkomst in een tuchtrechtelijke procedure, en een tuchtrechtelijke veroordeling heel wel mee kan laten wegen in zijn civielrechtelijke veroordeling. De rechter zal dan wel moeten motiveren waarom de visie van de tuchtrechter, in dit geval, (zwaar) meeweegt. De Hoge Raad had dat in de zaak Kroymans/Sun Alliance ook heel goed in die zin op kunnen lossen, zonder - ogenschijnlijk - een min of meer algemene regel over de doorwerking van de oordelen van de Raad van Toezicht te geven.

De strijd is voor de accountant derhalve nog niet verloren wanneer de tuchtrechter zijn handelen, naar de gedragsregels beoordeeld, niet geheel

'comme il faut' vindt. Echter, ondanks de afwijzing van de regel dat een tuchtrechtelijke veroordeling noopt tot civielrechtelijke veroordeling (in Leutscher/P&H), valt niet te ontkomen aan de indruk dat de civiele rechter waarde hecht aan de uitkomst van een samenhangende tuchtzaak

(Kroymans/Sun Alliance). De accountant doet er dan ook verstandig aan een tuchtzaak veiligheids- halve te beschouwen als voorportaal van een civiele twist en de tuchtprocedure met navenante aandacht tegemoet te treden.