

Werkgeversaansprakelijkheid voor een werknemer- commissaris: feit of fictie?

Inleiding

Stel, u heeft een dochtervennootschap waarvoor één of meer commissarissen benoemd moeten worden. Op wie valt uw keuze? Een bekende uit het commissariatencircuit, een externe bestuurder of consultant, of liever toch een eigen werknemer? De laatste keuze lijkt aantrekkelijk. Een werknemer is immers bekend met de cultuur en belangen van uw vennootschap, maar opereert in zijn functie als commissaris niettemin onafhankelijk. Werkgeversaansprakelijkheid lijkt in het licht van deze functionele onafhankelijkheid van het commissariaat dan ook een fictie. Of toch niet? In het Montedison-arrest (HR 28 april 2000, NJ 2000, 411) kwam deze vraag aan de orde.

Montedison

De feiten van het Montedison-arrest zijn, zeer kort samengevat, als volgt. Montedison N.V. (hierna: Montedison) is enig aandeelhouder van J. Domp B.V. (hierna: Domp), een vennootschap die handelde in muziekinstrumenten. Een van de werknemers van Montedison, de heer Visser, fungeert als procuratiehouder en commissaris bij Domp. Visser wordt voor zijn functies niet betaald door Domp, maar uitsluitend door Montedison. De zaken gaan goed, totdat Yamaha, een van de belangrijkste toeleveranciers van Domp en goed voor 35% van de omzet, eind 1987 laat weten dat zij per 1 januari 1989 de distributieovereenkomst met Domp opzegt. Dit nieuws betekent dat Domp, om het hoofd boven water te houden, flink zal moeten afslanken. Montedison besluit daarop in de loop van 1988 om haar financiële belang in Domp te verminderen en haar aandelen in Domp te verkopen. De verkoop van de aandelen blijkt echter praktisch onmogelijk vanwege de opzegging van Yamaha en de change of control-bepalingen in de contracten met de andere toeleveranciers van Domp, die deze toeleveranciers het recht geven om ook hun distributiecontracten met Domp op te zeggen indien Domp van eigenaar wisselt. Uiteindelijk wordt er een buy out-constructie bedacht, waarbij Fender B.V. enig aandeelhouder wordt van Domp. Enig bestuurder van Fender B.V. is de vrouw van commissaris en procuratiehouder Visser. De koopprijs van de aandelen wordt indirect via een driehoeksconstructie met een andere vennootschap, Fender Finance B.V., uit het eigen vermogen van Domp gefinancierd door middel van een dividenduitkering uit de vrije reserves aan de nieuwe enig aandeelhouder. Dit is

voor het toch al door schulden geplaagde Domp uiteindelijk een brug te ver en de vennootschap gaat failliet. Op dat moment bedraagt het tekort in het faillissement van Domp ongeveer 19 miljoen gulden.

De claim

De curator besluit om Montedison en haar statutair bestuurders evenals Visser aan te spreken uit onrechtmatige daad. Enkele van de gronden die de curator daarbij aanvoert, zijn bijzonder interessant. De curator stelt onder andere Montedison en Visser, als degenen die het feitelijk beleid binnen Domp bepaalden, op voet van artikel 2:248 BW aansprakelijk voor onbehoorlijk bestuur. Voorzover de schade uitsluitend door Visser zou zijn toegebracht, is Montedison volgens de curator aansprakelijk als werkgever op grond van artikel 6:170 BW. Nu is werkgeverschap ten aanzien van een procuratiehouder nog wel denkbaar. Opmerkelijk is echter dat de curator nog een stap verder gaat door te stellen dat Montedison ook aansprakelijk is als werkgever voor de schade die is veroorzaakt doordat Visser in zijn hoedanigheid van commissaris onvoldoende toezicht heeft gehouden, en waarvoor hij zodoende aansprakelijk is op basis van onbehoorlijke taakvervulling ex artikel 2:259 BW. Hoewel een originele vondst, roept het de vraag op of de curator hier het werknemerschap niet van een wel erg creatieve interpretatie voorzien heeft.

De rechtbank

De rechtbank in Utrecht komt aan deze laatstgenoemde grondslag van de curator niet toe. De rechtbank besliste uitsluitend dat Montedison onrechtmatig gehandeld had als aandeelhouder. De grond van veroordeling was dat Montedison als aandeelhouder en financier wist dat na de verkoop van de aandelen Domp aan Fender B.V. er een sterke daling van het eigen vermogen zou plaatsvinden ten koste van andere crediteuren. Montedison wordt aansprakelijk gehouden voor het gehele tekort van het faillissement. De vordering tegen Visser en de statutair bestuurders van Montedison wordt echter afgewezen, op grond van het feit dat de curator niet voldoende had gesteld omtrent hun persoonlijke betrokkenheid. Montedison gaat in beroep.

Het hof

Het hof in Amsterdam wijst alsnog alle vorderingen van de curator af, inclusief de vordering ten aanzien van werkgeversaansprakelijkheid. Volgens het hof had de curator onvoldoende feiten gesteld waaruit kon volgen dat Montedison als werkgever aansprakelijk zou zijn voor Visser in zijn hoedanigheid van procuratiehouder en commissaris. Het hof lijkt daarbij Montedisons ver-

weer te onderschrijven dat aan het functionele verband dat vereist is voor werkgeversaansprakelijkheid ex artikel 6:170 BW, niet was voldaan. Een functioneel verband zal in beginsel worden aangenomen indien de kans op de fout door de opdracht tot het verrichten van de taak is vergroot, en de werkgever in het algemeen zeggenschap had over de gedraging waarin de fout was gelegen. Of een dergelijk functioneel verband bestaat, hangt af van de waardering van de concrete omstandigheden van het geval. De curator ging tegen het arrest van het hof in cassatie.

De Hoge Raad

In zijn cassatiemiddel betwist de curator het oordeel van het hof dat de curator onvoldoende feiten zou hebben gesteld waaruit kan volgen dat Montedison als werkgever aansprakelijk is. De curator stelt daarbij een aantal belangrijke feiten. Samengevat zijn deze feiten:

1. dat Visser van 1984 tot 5 maart 1991 in dienst was van Montedison en door toedoen van Montedison bij Domp was benoemd tot procuratiehouder en commissaris en uitsluitend door Montedison werd betaald;
2. dat Visser feitelijk degene was die het beleid binnen Domp bepaalde als gemachtigde van Montedison; en
3. dat de transacties en vermogensonttrekkingen eind 1988 hebben plaatsgevonden op aanwijzing van Montedison.

Het middel treft doel. Onder verwijzing naar deze feiten is de Hoge Raad het eens met de curator dat het oordeel van het hof onvoldoende gemotiveerd is. Dit geldt ook voor de oordelen van het hof dat de curator onvoldoende de stellingen had toegelicht dat Montedison via Visser het beleid in Domp bepaalde, en dat Montedison als werkgever van Visser aansprakelijk is voor diens handelen in zijn hoedanigheid van commissaris. Het arrest van het hof wordt vernietigd en terugverwezen naar het gerechtshof in Den Haag.

Hoe nu verder?

In zijn arrest laat de Hoge Raad zich inhoudelijk niet expliciet uit over de vraag of werkgeversaansprakelijkheid voor een werknemer-commissaris mogelijk is. Voor aansprakelijkheid van een werkgever op grond van artikel 6:170 BW is vereist dat de werkgever zeggenschap heeft over de gedragingen waarin de fout was gelegen en dat er een functioneel verband bestaat tussen de opgedragen werkzaamheden en de door de ondergeschikte begane fout. Zeggenschap van de werkgever botst echter met het in artikel 2:240 lid 2 BW neergeleg-

de principe dat een commissaris onafhankelijk is (zie in dit verband o.a. J.R. Glasz, *Enige Beschouwingen over Zinvol Commissariaat*, Deventer 1995). Ook in de jurisprudentie blijkt dat in geval van een dreigend loyaliteitsconflict een commissaris geacht wordt voorrang te verlenen aan het belang van de vennootschap boven andere deelbelangen (zie o.a. HR 1 april 1949, NJ 1949, 465, Doetinchemse IJzergieterij; HR 19 maart 1975, NJ 1976, 267, Westertoren II). Dit principiële gebrek aan zeggenschap van de werkgever over de wijze van uitoefening van het commissariaat staat ook in de weg aan het leggen van een functioneel verband tussen de opgedragen werkzaamheden en een begane fout.

Het feit dat de Hoge Raad in het Montedison-arrest het middel van de curator ten aanzien van de werkgeversaansprakelijkheid van Montedison honoreert, impliceert echter dat werkgeversaansprakelijkheid voor een commissaris in beginsel mogelijk zou kunnen zijn. In verband met dit arrest zijn dan ook de nodige vraagtekens gezet bij een strikte hantering van een formele scheiding tussen aan de ene kant de aard van de arbeidsovereenkomst en aan de andere kant de onafhankelijkheid van de commissaris (zie M.L. Lennarts, *Ondernemingsrecht* 2000, p. 296 e.v.). Er lijkt dus een risico te bestaan, dat zich afhankelijk van de feiten en omstandigheden van het geval kan manifesteren. Te denken valt bijvoorbeeld aan de mate waarin de werkgever zich bemoeit met de activiteiten van de werknemer in zijn hoedanigheid als commissaris.

Conclusie

Om aansprakelijkheid te voorkomen op grond van artikel 6:170 BW lijkt het in ieder geval verstandig dat een werkgever-aandeelhouder zich onthoudt van het geven van instructies of aanwijzingen aan de werknemer-commissaris bij de uitoefening van zijn taak. Het veiligst blijft natuurlijk een externe commissaris naar voren te schuiven.

*Mr. N.A. van Loon
Allen & Overy*