

VAN VERANTWOORDELIJKHEID NAAR AANSPRAKELIJKHEID

Toezichthouder heeft goede antenne nodig

De tijden dat iemand argeloos bij een Raad van Toezicht aan tafel kon aanschuiven zijn allang voorbij. Toch is het altijd nog de vraag of de toezichthouder ten principale wel voldoende zicht heeft op de organisatie waarvoor men in die zin verantwoordelijk is. En urgent wordt het, wanneer de grens tussen verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid wordt overschreden. Dat wil elke toezichthouder toch wel heel graag vermijden. Tips voor het ontwikkelen van een goede antenne voor ‘verdachte’ signalen en andere Red Flags.

Arjen van Rijn en Charles Bloema

De rechter gaat met aansprakelijkheid als zodanig heel verstandig om. Aansprakelijkheid zowel voor bestuurders als voor toezichthouders komt niet zo snel in zicht. Degenen die een bedrijf of anderszortige instelling leiden mogen niet voor elke vergissing of fout die tot schade leidt ter verantwoording kunnen worden geroepen. Anders wil niemand meer zo’n functie. Er moet ruimte zijn om vergissingen en fouten te maken en waar gehakt wordt vallen spaanders. Als dit niet mag, wordt het besturen van – vaak complexe – bedrijven en organisaties wel heel moeilijk. De rechter formuleert dit als “het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen”¹. Het is niet zo dat voor zulke fouten geen aansprakelijkheid behoort te bestaan, maar het risico daarvan behoort de organisatie die van de ondernemingscreativiteit aan de top profiteert, in beginsel zelf maar te dragen. Dat wordt pas anders als de fouten zo ernstig zijn dat de gevolgen daarvan in redelijkheid niet meer voor rekening van de entiteit behoren te komen waarvoor de bestuurder of toezichthouder handelt. Daarvoor is in het kader van de gehoudenheid van de bestuurder van een rechtspersoon tot behoorlijke taakvervulling, die in artikel 2:9 BW is

neergelegd, het leerstuk van de bestuurdersaansprakelijkheid ontwikkeld.

Ernstig verwijt

Dit leerstuk houdt in dat onder bijzondere omstandigheden naast aansprakelijkheid van een vennootschap ook ruimte is voor aansprakelijkheid van een bestuurder van de vennootschap. “Voor het aannemen van zodanige aansprakelijkheid is vereist dat die bestuurder ter zake van de benadeling persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Aldus gelden voor het aannemen van aansprakelijkheid van een bestuurder naast de vennootschap hogere eisen dan in het algemeen het geval is”, aldus de Hoge Raad². Het antwoord op de vraag of de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt, is vervolgens afhankelijk van de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval. Dit kunnen zijn:

- de aard en de ernst van de normschending,
- de aard van de uitgeoefende activiteiten en de daaruit in het algemeen voortvloeiende risico’s,
- de taakverdeling binnen het bestuur,
- de voor het bestuur geldende richtlijnen,



- de gegevens waarover een bestuurder beschikt of behoort te beschikken, en
- het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die op zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.³

Doelbewuste samenspanning met het doel om gelden aan het oog van crediteuren te onttrekken is in ieder geval ernstig verwijtbaar.⁴ Ernstig verwijtbaar is ook het aangaan van een verplichting in de wetenschap dat de vennootschap die redelijkerwijs niet zal kunnen nakomen, terwijl de bestuurder wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de schuldeiser als gevolg van het niet nakomen van de verplichting schade zou lijden.⁵ Een belangrijke indicatie is ook het handelen in strijd met statutaire bepalingen. In dat geval wordt in beginsel ernstige verwijtbaarheid aangenomen, tenzij dit kan worden ontkracht.⁶ Onbekendheid met een wettelijke regel kan evenwel een verzachtende omstandigheid voor het aannemen van ernstige verwijtbaarheid zijn.⁷ Het komt dus altijd sterk op de

casuïstiek aan of een bepaald handelen van een bestuurder zodanig verwijtbaar is, dat daaruit een persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder jegens de vennootschap ontstaat.

Een goede antenne

Via de schakelbepalingen in de artikelen 2:149 en 2:259 BW geldt de bestuurdersaansprakelijkheid ook voor raden van commissarissen van besloten en naamloze vennootschappen. De aansprakelijkheid van toezicht-houders bij andere rechtspersonen, zoals stichtingen, is nog niet wettelijk geregeld maar wordt via de algemene aansprakelijkheidsgrondslag van art. 1:162 BW in identieke zin aangenomen.⁸ Via de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen, die op dit moment bij de Tweede Kamer ligt, zullen waarschijnlijk op niet al te lange termijn alle rechtspersonen in dit opzicht worden rechtgetrokken.⁹ Het is nog slechts een kwestie van tijd voordat de eisen voor het toezicht in de not-for-profit sector wettelijk gelijk zullen zijn aan die in het commerciële bedrijfsleven.

Voor de aansprakelijkheid van toezichthouders in vergelijking tot die van bestuurders is uiteraard van belang dat zij binnen de entiteit een andere rol vervullen, die bovendien meer op afstand van het dagelijks gebeuren staat. In de bekende Servatius-uitspraak heeft de rechter daarover opgemerkt: “Toezichthouders van een stichting dragen geen eindverantwoordelijkheid voor het bestuurlijk handelen binnen de stichting en in die zin is hun taak beperkter dan die van de bestuurder. Zij hebben een eigen adviserende en controlerende taak met de daarbij horende bevoegdheden, en zijn aansprakelijk te houden wegens falend toezicht indien zij bij de uitoefening van die taak hebben gehandeld zoals geen redelijk handelend toezichthouder in de gegeven omstandigheden zou hebben gehandeld.”¹⁰ Een bijzondere rol speelt daarbij dat toezicht houden vooral betrekking heeft op zich laten inlichten, het bestuur adviseren en zo nodig in te grijpen. Adequaat geïnformeerd zijn is in dat opzicht allesbepalend. Volgens de rechter werkt dat zo: “Daarbij mag de raad van toezicht in beginsel afgaan op de door het bestuur verstrekte informatie en uitgaan van de volledigheid en de juistheid van de door het bestuur verstrekte informatie. Indien de raad van toezicht echter over aanwijzingen beschikt op grond waarvan aan de volledigheid of juistheid van die informatie moet worden getwijfeld, dan houdt een behoorlijke taakvervulling van de raad van toezicht in dat hij de door het bestuur verstrekte informatie toetst, bijvoorbeeld door nadere vragen te stellen. Bovendien geldt dat wanneer de raad van toezicht over aanwijzingen beschikt dat de informatie onvolledig of onjuist is, een behoorlijke taakvervulling tevens inhoudt dat de raad zelf (nadere) juiste informatie inwint.”¹¹ Het toezichthoudend orgaan mag dus niet klakkeloos afgaan op wat hem wordt verteld maar moet een proactieve rol vervullen door twijfels te leren herkennen en daarop te leren handelen.

Binnen deze specifiek voor het toezicht geldende kaders zijn vervolgens dezelfde criteria van ernstige verwijtbaarheid van toepassing, die moeten worden ingevuld naar de omstandigheden van het geval. En daarbij gaat het zeker niet uitsluitend om informatie-aspecten maar in principe om alles wat gezonde twijfel verdient. In de Servatius-zaak vond de rechter van groot belang dat er alle reden was voor verscherpt

toezicht, omdat het project qua richting, omvang en financiële risico's buiten de core business van de woningcorporatie viel. De raad van toezicht diende daarom extra alert te zijn, hetgeen hij in dit geval overigens ook was, ook al had achteraf gezien een strenger toezicht het onbehoorlijk bestuurlijk handelen misschien kunnen voorkomen.¹²

Kalf niet laten verdrinken

Hoewel de horde voor het aannemen van toezichthoudersaansprakelijkheid al met al vrij hoog lijkt te liggen, kan zij onder omstandigheden toch snel in zicht komen. Het toezicht moet daarom te allen tijde goed geïnformeerd, proactief en alert zijn om effectief te zijn. En er moet dus een goede antenne aanwezig zijn om vroegtijdig ‘verdachte’ signalen te kunnen opvangen, zodat de twijfel kan worden geactiveerd. Enkele ‘red flags’ die hierbij kunnen helpen zijn:

- Zeer dan wel te ambitieuze doelstellingen in het business of beleidsplan. (In de Laurus-zaak durfde vrijwel niemand de ambitieuze CEO, die niet uit de supermarktbranche kwam, tegen te spreken. De over-ambitieuze plannen om vijf winkelformules tot één Konmar samen te voegen leidden in rap tempo tot een financieel debacle.¹³)
- Meermalen afwijken van de prognoses of budgetten
- Het aangaan van verplichtingen zonder de vereiste verantwoorde voorbereiding zoals onderzoek, analyse en een behoorlijke businesscase. (In de Maevita-zaak werden ingrijpende besluiten met serieuze financiële verplichtingen genomen voor het omvangrijke TVfoon-project. Een grondige analyse was niet gemaakt.¹⁴)
- Liquiditeitskrapte. (Liquiditeit vormt veelal eerder een probleem dan onvoldoende solvabiliteit; het ontbreken van kasmiddelen maakt immers onmiddellijk de problemen in de bedrijfsvoering zichtbaar.)
- Onverwachte of onvoldoende verklaarbare verliesposten.
- Signalen van de accountant (Herhaalde aanbevelingen van de accountant om verplichtingen in rekening-courant tussen de verschillende rechtspersonen binnen de Maevita-organisatie contractueel vast te leggen, werden genegeerd.¹⁵)
- Onvoldoende functiescheiding (Illustratief is een zaak uit 2017, waarin College van Beroep voor het

bedrijfsleven ten aanzien van fraude met een lijst onderhanden projecten overwoog: "...gelet op het door de appellant gesignaleerde risico als gevolg van het gebrek aan functiescheiding bij [werkmaatschap-pij], is het College met de accountantskamer van oordeel dat de appellant meer controle-informatie had moeten verkrijgen over de nauwkeurigheid en volledigheid van die lijst...".¹⁶⁾

- Te grote bevoegdheden (In de Maevitazaak heeft de rechter duidelijk aangegeven dat het niet-vragen van advies aan de Centrale Ondernemings Raad, de Centrale Clientenraad of goedkeuring van de Raad van Commissarissen in gevallen waarin dat wel vereist is, kan leiden tot aansprakelijkheid.¹⁷⁾
- Ondeugdelijke financiële administratie (In de Landis-zaak overwoog de rechter dat ook een RvT erop dient toe te zien dat een deugdelijke 'control'-functie met adequate risicobeheersing in de organisatie aanwezig is.¹⁸⁾

Deze 'red flags' mogen niet worden genegeerd, wil men een eventuele toekomstige situatie van ernstige verwijtbaarheid voor blijven.

Voor een goede thermometer in de organisatie helpen ook de volgende tips:

- Zorg voor een goede vastlegging in notulen van de (kritische) vragen en antwoorden. Op deze wijze wordt duidelijk dat kritische vragen zijn gesteld, door wie dat is gedaan en hoe de directie daarmee is omgegaan. Het negeren van onwenselijke situaties in de organisatie wordt daarmee lastiger.
- Wees goed op de hoogte van de verschillende belangen die in de organisatie spelen teneinde het gevaar van belangenverstrengeling goed te kunnen monitoren.
- Zorg voor goede en open communicatie binnen het Audit Committee, met de accountant en de financiële verantwoordelijke personen binnen de organisatie.
- Zorg voor een "email-trail" waar nodig, immers voor aansprakelijkheid is aantoonbaar "niets doen" een element van betekenis.
- Ken de interne reglementen en diverse statuten en codes die de organisatie hanteert en raak door het bos de bomen niet kwijt. Het voorbeeld bestaat van een woningcorporatie met 23 interne documenten voor het

regelen van het toezichtskader. Dan lijkt alles fantastisch geregeld, maar kan bij elk besluit wel rekening gehouden worden met deze veelheid aan bepalingen?

- Hanteer desgewenst hulpmiddelen of adviezen om de risico's en compliance van organisaties te inventariseren. Gezond verstand is het belangrijkste; goed luisteren en veel overleg met betrokkenen helpt enorm. Een systematische vragenlijst of agendering van organisatorische zaken kan ook een uitkomst bieden.

Belangrijk voor de Toezichthouder van vandaag is dus: opletten altijd; ingrijpen indien nodig!

Noten

1. HR 05-09-2014, ECLI:NL:HR:2014:2627, rov. 4.2.
2. Ibidem.
3. HR 10-01-1997, NJ 1997/360, rov. 3.3.1. Zie Asser II-1 De rechtsper-soon, 199 Bestuurdersaansprakelijkheid.
4. HR 10-10-2014, ECLI:NL:HR:2014:2930, rov. 4.5.4.
5. HR 05-09-2014, ECLI:NL:HR:2014:2627, rov. 4.4.
6. HR 29-11-2002, NJ 2003/44, rov. 3.4.5.
7. HR 27-02-2015, ECLI:NL:HR:2015:499, rov. 3.3.3.
8. Rb Oost-Brabant 26-02-2015, ECLI:NL:RBOBR:2014:66, rov. 4.6.
9. Kamerstukken II 2015-2016, 34491, nrs. 1-5.
10. Rb Oost-Brabant 26-02-2015, ECLI:NL:RBOBR:2014:66, rov. 4.21.
11. Rb Den Haag 25-05-2016, ECLI:NL:RBDH:2016:5872, rov. 4.21.
12. Rb Oost-Brabant 26-02-2015, ECLI:NL:RBOBR:2014:66, rov. 4.30.
13. HR 08-04-2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5010, r.o.v. 3.3
14. Gerechtshof Amsterdam 02-11-2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4454, r.o.v. 11.23 b.
15. Ibidem, r.o.v. 8.3.
16. CBB 19-04-2017, ECLI:NL:CBB:2017:137, rov. 5.2.
17. Zie noot 14, r.o.v. 11.23 k.
18. Gerechtshof Amsterdam 15-12-2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU8414, r.o.v. 4.111, 4.125 en 4.128.

Over de auteurs:

Prof. Mr A.B. van Rijn en mr C.F. Bloema zijn oprichter van Toezichtscan.nl

