

Oprecht

IS ONBEHOORLIJK GEDRAG OOK ONBEHOORLIJK BESTUUR?

Van een bestuurder van een beursvennootschap of een organisatie in de semipublieke sector wordt niet alleen verwacht dat hij of zij van onbesproken gedrag is, maar ook dat hij of zij voorbeeldgedrag laat zien. Diverse governance-codes, zoals de Corporate Governance Code en de Governancecode Zorg, bepalen dat een bestuurder gedrag stimuleert dat aansluit bij de waarden van de onderneming of organisatie. Door het tonen van voorbeeldgedrag worden deze waarden uitgedragen. Er wordt immers naar de kapitein op het schip gekeken door mensen binnen en buiten de organisatie om te weten waar die organisatie voor staat. Daarbij gaat het niet alleen om de strategie, maar ook om de cultuur en de sociale veiligheid. Helaas zijn er met enige regelmaat gevallen waarin het gedrag van een bestuurder onderwerp is van onderzoek naar wanbeleid en juridische procedures. Wanneer leidt onbehoorlijk gedrag tot de kwalificatie 'onbehoorlijk bestuur' en zelfs tot persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder? En is het risico daarop nu echt zo groot?

Behoorlijke taakvervulling

De wet bevat een heel open norm ten aanzien van de opdracht van een bestuurder: die is gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Dit houdt in dat een bestuurder zijn/haar taak met een behoorlijke mate van zorg, vaardigheid en toewijding moet uitoefenen. Daarbij moet de bestuurder rekening houden met het belang van de rechtspersoon en de daarmee verbonden onderneming of organisatie. Een bestuurder

moet zorgvuldig omgaan met de belangen van al degenen die bij de rechtspersoon en onderneming of organisatie betrokken zijn. Dit is een nadere inkleuring van de wettelijke redelijkheid en billijkheid. Maar ook dit zijn open normen. In de jurisprudentie zien we dat de vraag of een bestuurder die normen heeft geschonden, altijd afhangt van de omstandigheden van het geval. De bestuurder heeft autonomie om te ondernemen. Het nemen van risico's mag, mits afgewogen en zolang je alert bent op het ontstaan van die risico's, tijdig bijstuurt en mitigerende maatregelen neemt als een risico zich voordoet.

Persoonlijk aansprakelijk

Bestuurders zijn in beginsel niet persoonlijk aansprakelijk voor verbintenissen die zij namens de rechtspersoon zijn aangegaan. Ook zijn zij in principe niet aansprakelijk tot vergoeding van schade voortvloeiend uit een onrechtmatige daad gepleegd door de vennootschap. Een bestuurder wordt pas persoonlijk aansprakelijk als hem of haar een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Van een ernstig verwijt is sprake indien de bestuurder ernstig heeft gefaald in zijn/haar verplichtingen jegens de rechtspersoon, in die zin dat geen redelijk denkend bestuurder op die wijze zou hebben gehandeld. De lat ligt hierbij hoog, maar kwade trouw is niet vereist.

Collectieve aansprakelijkheid

De wet gaat uit van de individuele verantwoordelijkheid van een bestuurder en ook een collectieve verantwoordelijkheid als er meerdere



bestuurders zijn. Dat wil zeggen dat als aan één bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt, niet alleen die bestuurder maar alle bestuurders aansprakelijk zijn. Die andere bestuurders kunnen zich slechts beperkt aan die aansprakelijkheid onttrekken. Daarvoor moeten ze bewijzen dat (1) de tekortkoming niet aan hem/haar te wijten is en (2) hij/zij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van de tekortkoming af te wenden. Deze collectieve aansprakelijkheid geldt niet bij aansprakelijkheid tegen derden, zoals hierna beschreven.

Interne aansprakelijkheid

De term interne aansprakelijkheid duidt de situatie aan waarin de bestuurder jegens de rechtspersoon aansprakelijk is. Op deze grond kan de rechtspersoon schade die zij zelf heeft geleden door toedoen van de bestuurder op hem of haar persoonlijk verhalen. Deze aansprakelijkheid ontstaat als er sprake is van een onbehoorlijke taakvervulling en er aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Een voorbeeld van een situatie die interne aansprakelijkheid kan opleveren is het door de bestuurder schenden van de statuten, zoals het niet voorleggen van een besluit ter goedkeuring aan de algemene vergadering of RvC. De drempel voor interne aansprakelijkheid is hoog.

Aansprakelijkheid in faillissement

De wet bepaalt dat in geval van een faillissement het niet zorgvuldig voeren van een administratie of het niet (tijdig) publiceren van de jaarrekening een wettelijk bewijsvermoeden oplevert van een onbehoorlijke taakvervulling. Als dit vast komt te staan, is de bestuurder aansprakelijk voor het hele boedeltekort. Een eerder verleende décharge helpt de bestuurder niet. Curatoren maken vaak gebruik van deze wettelijke bewijsvermoedens en deze grondslag levert geregeld procedures op.

Externe aansprakelijkheid

Hiervan spreken we als derden een bestuurder aansprakelijk houden voor door hen geleden schade. De grondslag hiervoor is dat de bestuurder zelf onrechtmatig heeft gehandeld jegens die derde. Als dit vaststaat, is alleen die bestuurder aansprakelijk en niet – zoals bij de interne aansprakelijkheid – eventuele medebestuurders. Er is een beperkt aantal situaties waarin de rechter dergelijke aansprakelijkheid aanneemt, zoals het aangaan van verplichtingen terwijl je wist, of had kunnen weten, dat de rechtspersoon die niet na kon komen én geen verhaal zou bieden. Ook het selectief betalen van crediteuren in het zicht van een faillissement kan onrechtmatig zijn. Ook hier ligt de lat voor aansprakelijkheid hoog.

Alhoewel aansprakelijkheid niet vaak wordt aangenomen, zien we in de praktijk het aantal procedures bij de rechtbank toenemen. De kosten van verweer zijn hoog, naast de mentale belasting die het met zich meebrengt. In hoger beroep wordt een eerder toegewezen aansprakelijkheid vaak alsnog verworpen. Onbehoorlijk gedrag levert dus niet per definitie onbehoorlijk bestuur op. Wel zien we toenemende aandacht voor de maatschappelijke rol van de onderneming, mede in het licht van klimaatverandering en het verbeteren van de positie van mens en milieu. Denk aan alle klimaatprocedures die aanhangig zijn gemaakt. Gecombineerd met de toenemende lijst van ‘boardroom onderwerpen’, zoals strengere eisen op het gebied van het bestrijden van corruptie en witwassen, cybersecurity en ESG, is niet uitgesloten dat van bestuurders in de toekomst een hogere mate van zorgvuldigheid wordt verlangd en dat zij daarmee eerder persoonlijk aansprakelijk zullen zijn. «

Mr. Fenna van Dijk is advocaat ondernemingsrecht en hoofd Team Gezondheidszorg bij Kennedy Van der Laan. Ze begeleidt onder meer samenwerkingen tussen zorgorganisaties en adviseert over vraagstukken rondom goed bestuur en toezicht.