

# Het aansprakelijk stellen van bestuurders

Onderzoek naar de overwegingen die spelen bij het al dan niet intern aansprakelijk stellen van bestuurders en interne toezichthouders.

R.J.J. Eshuis, N.L. Holvast, H.G. van de Bunt, J.G. van Erp & N.T. Pham

© 2011 WODC, Ministerie van Veiligheid & Justitie. Auteursrechten voorbehouden

Datum: december 2011



Wetenschappelijk Onderzoek- en  
Documentatiecentrum  
*Ministerie van Veiligheid en Justitie*



ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

## INHOUDSOPGAVE

<b>Voorwoord</b>	<b>4</b>
<b>Samenvatting</b>	<b>5</b>
<b>Hoofdstuk 1 Inleiding</b>	<b>10</b>
1.1    Introductie	10
1.2    Probleemstelling en onderzoeksvragen	14
1.3    Methoden van onderzoek	15
1.4    Leeswijzer	21
<b>Hoofdstuk 2 Inzichten uit eerder onderzoek naar besluitvorming over aansprakelijk stellen</b>	<b>22</b>
2.1.    De (perceptie van) juridische mogelijkheden en beperkingen	22
2.2.    Reputatie van de onderneming en relatie met (zaken)partners	23
2.3.    Persoonlijke verhoudingen binnen de onderneming	25
2.4.    Morele overwegingen	29
2.5.    Resumé van literatuurstudie	30
<b>Hoofdstuk 3 Juridisch kader bestuurdersaansprakelijkheid</b>	<b>32</b>
3.1    Rechtsverhouding van bestuurder en onderneming	32
3.2    Bestuurlijke gedragsnormen	33
3.3    Aansprakelijkstelling ex 2:9/ 6:162 BW	34
3.4    Wie kan de bestuurder aansprakelijk stellen?	35
3.5    Beperken van bestuurdersaansprakelijkheid en de gevolgen daarvan	36
3.6    Bestuurdersaansprakelijkheid bij semi-publieke ondernemingen	38
3.7    Resumé juridische aansprakelijkheid van bestuurders	39
<b>Hoofdstuk 4 Resultaten empirisch onderzoek</b>	<b>40</b>
4.1    Hoe vaak wordt er een interne aansprakelijkheidsprocedure gestart?	40
4.2    De onderzochte cases	41
4.3    Het proces aangaande aansprakelijk stellen	42
4.4    Redenen om bestuurders aansprakelijk te stellen	44
4.5    Redenen om af te zien van een aansprakelijkheidsprocedure	47
4.6    Actiemogelijkheden naast of in plaats van aansprakelijk stellen	51
4.7    Aansprakelijkheidsprocedures tegen interne toezichthouders	56
4.8    De rol van de verzekering	57
4.9    Persoonlijke consequenties voor bestuurders en interne toezichthouders	58
4.10   Resumé van de bevindingen	59
<b>Hoofdstuk 5 Conclusies en slotbeschouwing</b>	<b>62</b>
5.1    De bevindingen in het licht van de inzichten uit eerder onderzoek	62
5.2    Beantwoording van de onderzoeksvragen	66
5.3    Factoren die van invloed zijn op de beslissing een aansprakelijkheidsprocedure te starten	71
5.4    Besluit	73
<b>Literatuurlijst</b>	<b>77</b>
<b>Bijlage 1 Samenstelling van de begeleidingscommissie</b>	<b>82</b>
<b>Bijlage 2 Artikel 2:9 BW</b>	<b>83</b>

<b>Bijlage 3 Inventarisatie van juridische procedures waarin bestuurders aansprakelijk zijn gesteld, 11 november 2001 - 11 november 2011 .....</b>	<b>84</b>
<b>Bijlage 4 Vragenlijst case-gerelateerde interviews.....</b>	<b>87</b>

## Voorwoord

Worden bestuurders en interne toezichhouders door hun eigen onderneming of organisatie aansprakelijk gesteld wanneer zij die, door onbehoorlijke taakuitoefening, schade hebben toegebracht? Wat zijn de redenen waarom al dan niet van de wettelijke mogelijkheden gebruik wordt gemaakt om deze falende bestuurders of toezichhouders aan te pakken?

Voor de beantwoording van deze vragen is zowel kennis van het ondernemings- en aansprakelijkheidsrecht als van rechtssociologische en criminologische inzichten onontbeerlijk. Dankzij de samenwerking tussen de Erasmus School of Law (ESL) en het WODC kon een multidisciplinair onderzoekteam worden samengesteld. Naast de auteurs van dit rapport maakte ook prof. Mr. B.F. Assink, hoogleraar ondernemingsrecht aan de ESL, deel uit van dit team. Wij bedanken hem voor de waardevolle suggesties en steun die hij ons gaf.

In het kader van het onderzoek hebben wij een beroep gedaan op de medewerking van veel personen, die betrokken zijn geweest bij beslissingen over het al of niet instellen van een (formele) aansprakelijkheidsprocedure. Wij selecteerden 11 cases van ondernemingen waarin sprake is geweest van onbehoorlijke taakuitoefening en spraken met 33 personen die nauw bij de besluitvorming over het al dan niet aansprakelijk stellen van een bestuurder of toezichhouder betrokken waren. De respondenten wilden doorgaans alleen onder strikte geheimhouding medewerking aan het onderzoek verlenen. Dit is de reden waarom wij de betrokkenen niet persoonlijk kunnen bedanken voor de waardevolle informatie die zij ons gaven. Naast het onderzoek in concrete cases hebben wij een expertmeeting georganiseerd aan de start van het onderzoek, begin 2011. Aan het eind van het traject is een bijeenkomst georganiseerd waarin wij onze bevindingen voorlegden aan een zestal commissarissen bij verschillende ondernemingen. Wij willen op deze plaats ook hen hartelijk danken voor hun actieve bijdrage aan het onderzoek.

Ten slotte, last but not least, hebben wij het genoeg mogen ondervinden van een erg betrokken begeleidingscommissie onder voorzitterschap van prof. Mr. A.F. Verdam. In alle opzichten was de commissie bijzonder precies, en wij zagen soms met enige zorg het commentaar van de commissie tegemoet. Maar het commentaar was altijd to the point en constructief. Mw. mr. Van Ginkel was namens het WODC de projectbegeleider, en ook haar bedanken wij voor haar inzet en plezierige samenwerking.

Rotterdam, 21 december 2011  
Namens de onderzoekers,

Prof. Dr. H.G. van de Bunt

## Samenvatting

### *Aanleiding en probleemstelling*

In het nabije verleden hebben zich enkele situaties voorgedaan waarbij toezichthouders of de overheid heeft ingegrepen bij ondernemingen of (semi-)publieke organisaties die door (financieel) wanbeleid ten onder dreigen te gaan. Dit heeft geleid tot discussie in het parlement. Eén van de terugkerende onderwerpen in deze discussies was hoe wordt opgetreden tegen falende bestuurders en (interne) toezichthouders. De toenmalige minister van Justitie Hirsch Ballin zegde hierover in een brief aan de Tweede Kamer een onderzoek toe (Tweede Kamer, 2008-2009, 31 386, nr. 18). Het onderhavige onderzoek is een uitvloeisel van deze toezegging. Het onderzoek richt zich op de interne aansprakelijkstelling van bestuurders en/of interne toezichthouders (ex artikel 2:9/6:162 BW). Dat betekent dat het gaat om gevallen waarin de onderneming zelf – dus binnen de interne verhoudingen – haar eigen (ex-)bestuurders en interne toezichthouders aanspreekt. Aan de probleemstelling ligt de assumptie ten grondslag dat er gevallen zijn waarin er aanleiding is bestuurders of toezichthouder (intern) aansprakelijk te stellen, maar dat deze aansprakelijkstelling (ten onrechte) achterwege blijft.

De probleemstelling van het onderzoek luidt:

*Wat zijn de redenen voor het niet intern aansprakelijk stellen van (ex-)bestuurders en (ex-)interne toezichthouders voor de schade als gevolg van een onbehoorlijke taakvervulling, in gevallen waarin daar wel een grond voor leek te bestaan?*

Het bovenstaande leidt tot de volgende onderzoeksvragen:

1. Om welke redenen hebben degenen die bevoegd waren om het bestuur en/of de interne toezichthouder aansprakelijk te stellen dit wel of niet gedaan? Welke overwegingen spelen mee en welke afweging is er gemaakt om wel of niet tot aansprakelijkstelling over te gaan?
2. Spelen bij semipublieke ondernemingen andere redenen een rol dan bij private ondernemingen als het gaat om het entameren van een aansprakelijkheidsprocedure?
3. Wijken gevallen waarin (ex) bestuurders/interne toezichthouders intern aansprakelijk zijn gesteld af van de gevallen waarin dit niet is gebeurd en zo ja, waarin?

Onder aansprakelijk stellen wordt in het onderzoek verstaan: een procedure starten bij de civiele rechter of een arbitrage aanspannen om schade te verhalen die veroorzaakt is door de onbehoorlijke taakvervulling door bestuurder(s)/interne toezichthouder(s). Ook procedures die worden gestart en niet doorgezet tot er een uitspraak is, worden zodoende onder “aansprakelijk stellen” geschaard.

Aansprakelijkheidsacties die kunnen worden gestart door externe partijen (bijvoorbeeld schuldeisers) of door individuele werknemers of aandeelhouders, vallen buiten het bereik van het onderzoek. Enquêteprocedures ook. Gevallen waarin sprake is van een faillissement zijn eveneens niet onderzocht.

### ***Methode van onderzoek***

#### *Casestudy*

Het onderzoek is hoofdzakelijk gecentreerd rond de analyse van elf cases. Het gaat om vijf cases van ondernemingen waarin geen aansprakelijkheidsprocedure is gestart en zes waarin dat wel is gebeurd. De cases zijn zowel afkomstig uit de private als de semipublieke sector. Om te analyseren welke overwegingen een rol speelden bij de keuze om al dan niet aansprakelijk te stellen, zijn interviews gehouden. Er is gesproken met personen die betrokken waren bij de overweging om al dan niet aansprakelijk te stellen. Het gaat voornamelijk om (interim) bestuurders, leden van de (nieuwe) raad van commissarissen/toezicht en betrokken advocaten. Daarnaast is ook een aantal overheidsfunctionarissen geïnterviewd en personen werkzaam bij aan de overheid gelieerde instellingen. Ook is een aansprakelijk gestelde bestuurder geïnterviewd. In totaal zijn 27 case-gerelateerde interviews gehouden met 33 personen.

#### *Aanvullende methoden*

Naast de casestudy is een literatuurstudie gedaan en zijn een expertmeeting en een commissarissenbijeenkomst gehouden. De expertmeeting vond plaats aan het begin van het onderzoek en hieraan namen acht experts op het gebied van bestuurdersaansprakelijkheid deel. De commissarissenbijeenkomst werd in de afrondende fase van het onderzoek georganiseerd. Hieraan namen zes personen deel die werkzaam zijn als commissaris of interne toezichthouder bij verschillende grote ondernemingen in de semipublieke en de private sector.

Verder is, om globaal een uitspraak te kunnen doen over het aantal interne aansprakelijkheidsprocedures dat wordt gevoerd, een onderzoek in de jurisprudentie gedaan. Daarvoor zijn in twee juridische databases gepubliceerde gerechtelijke uitspraken van de afgelopen tien jaar opgezocht waarin een rechtspersoon een interne aansprakelijkheidsvordering had ingesteld tegen een (oud-)bestuurder en/of interne toezichthouder.

#### *Rapportage*

Alle informatie is op anonieme basis verkregen en in de rapportage worden alleen voorbeelden en relevante omstandigheden uit de onderzochte cases vermeld die niet direct herleidbaar zijn naar de onderzochte cases.

## **Bevindingen**

### *De hoeveelheid interne aansprakelijkheidsprocedures*

Het is moeilijk om nauwkeurig te beoordelen hoe vaak er interne aansprakelijkheidsprocedures worden gestart. Uit een inventarisatie van gepubliceerde rechtspraak blijkt dat in de afgelopen tien jaar in zeventig verschillende zaken vonnissen zijn gewezen betreffende de aansprakelijkheid van (oud-)bestuurders of interne toezichthouders van niet-failliete ondernemingen. Het betreft hier een ondergrens. Immers niet alle vonnissen worden gepubliceerd en het aantal arbitrale vonnissen is onbekend. De vraag of er *te* weinig gebruik is gemaakt van deze juridische actiemogelijkheid is normatief van aard en kan daarom niet worden beantwoord.

Wij kunnen wel beoordelen op welke gronden een formele procedure op grond van artikel 2:9 BW al dan niet wordt ingesteld. Op basis van de literatuur, de casuïstiek en de verrichte interviews kan worden geconcludeerd dat er goede gronden kunnen bestaan voor ondernemingen om af te zien van het intern aansprakelijk stellen van een bestuurder of interne toezichthouder voor de schade die door zijn onbehoorlijke taakvervulling is veroorzaakt. Het niet benutten van de mogelijkheid om iemand persoonlijk aansprakelijk te stellen in een formele procedure, betekent bepaald niet dat er geen verdere actie tegen de gewezen bestuurder wordt ondernomen.

Uit het literatuuronderzoek kwam een viertal aspecten (thema's) naar voren welke kunnen meespelen in de overweging over het aansprakelijk stellen. De bevindingen van het onderzoek op deze aspecten zijn hieronder beschreven.

### *De (perceptie van) juridische mogelijkheden en beperkingen*

In vrijwel alle onderzochte cases blijken, in overeenstemming met eerdere studies, de "kosten" (in termen van geld, tijd, inspanning) die een civielrechtelijke procedure met zich brengt een belangrijke factor te zijn bij de afweging om al dan niet een juridische actie in te stellen. De grote meerderheid van de respondenten geeft aan dat een aansprakelijkheidsprocedure een zeer kostbare en tijdrovende actie is, en schat bovendien de winkans en verhaalkans laag in. Ook in de cases waarin wel aansprakelijk werd gesteld, zag men dit als een groot nadeel.

Bij het overwegen van de "kosten" van aansprakelijkstelling worden door de respondenten naast de zojuist genoemde kosten nog enkele andere "kostenposten" opgevoerd. In de eerste plaats wordt opgemerkt dat het instellen van een juridische actie ex artikel 2:9 BW kan leiden tot een nadelige samenloop met andere juridische procedures.

In de tweede plaats wordt gesteld dat de betrokken (ex-)bestuurders en interne toezichthouders bij het instellen van een juridische actie het risico lopen om zelf ook aansprakelijk te worden gesteld, bijvoorbeeld vanwege het gebrekkig uitoefenen van toezicht.

### *De reputatie van de onderneming & de relatie met (zaken)partners*

Zoals verwacht worden door de respondenten ook de mogelijke gevolgen voor de reputatie van de onderneming meegewogen in de beslissing over aansprakelijkstelling. Dit sluit aan bij eerder onderzoek, waarin wordt verondersteld dat reputatieschade een belangrijke overweging is om af te zien van een juridische procedure (zie o.a. Van Erp, 2008). In de interviews met de respondenten kwam echter potentiële reputatieschade niet alleen naar voren als motief om van aansprakelijkstelling af te zien. Het verhinderen dat reputatieverlies voor de onderneming zou volgen, bleek dikwijls ook een belangrijke reden te zijn om juist wel een juridische actie in te stellen. Door het instellen van een aansprakelijkheidsactie tegen de gewezen bestuurder geeft de onderneming een duidelijk signaal af, bijvoorbeeld aan het personeel of aan zakenpartners. Bij een aantal semipublieke ondernemingen bleken stakeholders er op aan te sturen om vanwege deze signaalwerking een procedure te starten.

In een enkel geval wordt ook angst om *persoonlijk* reputatieschade op te lopen genoemd als motief om geen procedure te starten. Aan de andere kant wordt de persoonlijke reputatie ook als reden opgevoerd om wel aansprakelijk te stellen. Het niet instellen van een actie zou reputatieschade opleveren (Jensen, 2006).

In lijn met bevindingen uit eerder onderzoek (Macaulay, 1963; Jettinghof, 2001; Van Erp, 2008) wijzen ook 'onze' respondenten erop dat het onderling beslechten van geschillen, onder andere vanwege de vertrouwelijkheid, vaak de voorkeur verdient boven het volgen van een gerechtelijk traject.

### *Interpersoonlijke verhoudingen binnen de onderneming*

Verschillende auteurs (Westphal & Khanna, 2003; Dallas, 1997; Lorsch & MacIver, 1989) hebben erop gewezen dat het bestaan van sociale en interpersoonlijke verhoudingen tussen de betrokkenen binnen een onderneming van (grote) invloed kan zijn op – met name – het afzien van het aansprakelijk stellen van bestuurders. Uit de onderzochte casuïstiek blijkt dat overwegingen van interpersoonlijke aard op verschillende manieren een rol speelden in de beslissingen over aansprakelijkstelling.

Loyaliteit tegenover een bestuurder kan resulteren in een beslissing om deze *niet* aansprakelijk te stellen. Enkele respondenten vonden dat een bestuurder door diens vertrek, met consequenties voor zijn reputatie en zijn carrièreperspectieven, al genoeg was gestraft. Ook wezen verschillende uitspraken van respondenten op een sterke identificatie of nauwe onderlinge contacten.

Ook het bestaan van een "Old boys network" zou aan het aansprakelijk stellen in de weg kunnen staan. De negatieve gevolgen van aansprakelijkstelling zouden beslissers ervan kunnen weerhouden om de zaak op scherp te zetten. Veel respondenten en ook de meeste deelnemers aan de expertmeeting en commissarissenbijeenkomst vonden echter dat het argument van het "Old boys network" geen hout sneed. Het "Old boys network" van elkaar de hand boven het hoofd houdende bestuurders en toezichhouders lijkt geen dominante rol (meer) te vervullen (Fennema & Heemskerk, 2008).



In een aantal onderzochte cases bleek dat een schending van het vertrouwen binnen een persoonlijke relatie van invloed was op de beslissing om *wel* aansprakelijk te stellen. In deze gevallen waren de beslissers erg verontwaardigd over het feit dat de bestuurder het vertrouwen had geschonden of had gelogen. Het feit dat men elkaar goed kende vormde dus juist een reden om *wel* tot actie over te gaan.

#### *Morele overwegingen*

Morele overwegingen om aansprakelijk te stellen, zoals het “straffen” van bestuurder(s) en het verwezenlijken van een preventief effect, kunnen meespelen bij de overweging om een procedure in te stellen bij de rechter (Eshuis, 2003; Bovens, 2010). In vrijwel alle cases waarin aansprakelijk werd gesteld bleken dergelijke morele overwegingen in de beslissing mee te hebben gespeeld. Veel van de respondenten die tot aansprakelijkstelling hadden besloten beschouwden het conflict met de gewezen bestuurder of toezichthouder als een *principekwestie*. Zij namen de hoge kosten van een gerechtelijke procedure daarom voor lief. Bij enkele semipublieke ondernemingen was het stellen van een voorbeeld voor de gehele branche een belangrijke reden om een aansprakelijkheidsprocedure te starten.

Aansprakelijkheidswetgeving beoogt – anders dan de toepassing van strafrechtelijke sancties – geen opzettelijke leedtoevoeging. Toch werd het “straffende” element van de aansprakelijkstelling verrassend vaak door de respondenten genoemd, al was dit doorgaans niet het doorslaggevende motief. Morele verontwaardiging en de behoefte om te straffen speelden vooral als er sprake was van persoonlijke verrijking door de bestuurder.

#### **Conclusie**

Er kunnen in de praktijk goede redenen zijn om geen gebruik te maken van de mogelijkheid om via artikel 2:9 BW een aansprakelijkheidsprocedure te starten in gevallen waarin het artikel *wel* zou kunnen worden gebruikt. Er valt soms meer te verliezen dan te winnen met het instellen van een procedure op grond van art 2:9 BW. Afzien van civiele aansprakelijkstelling duidt er niet op dat de falende bestuurder of toezichthouder de hand boven het hoofd wordt gehouden. De kosten en baten van het instellen van een procedure worden door de beslisser afgewogen en dit kan betekenen dat op goede gronden van aansprakelijkstelling wordt afgezien ook al zou de actie kansrijk zijn geweest.

# Hoofdstuk 1 Inleiding

## 1.1 *Introductie*

In het nabije verleden hebben zich enkele situaties voorgedaan waarbij toezichthouders of de overheid heeft ingegrepen bij ondernemingen of (semi-)publieke organisaties die door (financieel) wanbeleid ten onder dreigen te gaan. Dit heeft geleid tot discussie in het parlement. Eén van de terugkerende onderwerpen in deze discussies was hoe wordt opgetreden tegen falende bestuurders en (interne) toezichthouders.. Een dergelijk ingrijpen ligt gevoelig en is in het verleden meermalen onderwerp geweest van parlementair onderzoek (o.a. de RSV-enquête in 1983-1984 en het onderzoek individuele steunverlening bedrijven in 1978-1980). Het onderwerp is ook nu hoogst actueel. Als dit rapport verschijnt, zal de parlementaire enquête naar het overheidsingrijpen in de bancaire sector in 2008/2009 (Parlementaire Enquêtecommissie Financieel Stelsel) bijna zijn afgerond. Daarnaast staat, mede in het licht van overheidsstimulering van marktwerking in de publieke dienstverlening, ook de rol van de overheid bij het overeind houden van semipublieke organisaties ter discussie. In het parlement is over een reeks van problemen bij zorginstellingen, onderwijsinstellingen en woningcorporaties gedebatteerd (zie o.a. TK 2008-2009, 27 295, nr. 132, TK 2008-2009, 29 453, nr. 115, 128, 136, Handelingen TK 2008-2009, nr. 44). Recent werden Kamervragen gesteld over vermeend wanbeleid bij de zorginstellingen Maasstadziekenhuis en het psychiatrisch ziekenhuis GGZ Westelijk Noord Brabant. Ook de problemen bij de Hogeschool InHolland en de woningcorporaties Rochdale en Woonbron waren onderwerp van debat.

Eén van de terugkerende onderwerpen in deze discussies is hoe wordt opgetreden tegen falende bestuurders en (interne) toezichthouders. In de beeldvorming zijn er vaak weinig consequenties voor bestuurders en interne toezichthouders<sup>1</sup> die tekort zijn geschoten; ze worden beloond met een forse vertrekpremie en stromen vervolgens ongehinderd door naar de volgende bestuurs- of toezichtfunctie. Ze lijken dus met de schrik vrij te komen.

In het parlementaire debat is expliciet aandacht gevraagd voor de gevallen waarin organisaties met overheidssteun worden gered (zie: Algemene financiële beschouwingen 30 september 2009, TK 8, 8-507). Zou een dergelijke organisatie failliet gaan, dan bestaat een gerede kans dat de verantwoordelijk bestuurders en toezichthouders door de curator aansprakelijk worden gesteld. Wordt, dankzij overheidsingrepen, een faillissement vermeden, dan zal vanzelfsprekend niemand door een curator aansprakelijk worden gesteld. De ondernemingen zelf zijn in die beeldvorming zeer terughoudend met het ondernemen van aansprakelijkheidsacties tegen (ex-)bestuurders en interne toezichthouders.

Dat leidt tot de vraag of het instrumentarium om actie te ondernemen tegen bestuurders wegens financieel wanbeleid, voldoende is. In een brief aan de Tweede Kamer van 29 juni 2009 zette de toenmalige minister van Justitie Hirsch Ballin daarom, op verzoek van de Tweede Kamer, de verschillende civielrechtelijke en strafrechtelijke mogelijkheden om te ageren op wanbeleid door bestuurders uiteen (Tweede Kamer, 2008-2009, 31 386, nr. 17). In een vervolgbrief van 22 oktober 2009 is de minister nader ingegaan op het onderwerp. Hij benadrukt in deze brief dat er een civielrechtelijk instrumentarium om bestuurders aansprakelijk te stellen voorhanden is, ook voor situaties buiten faillissement, maar dat hier 'geen of weinig' gebruik van wordt gemaakt 'terwijl de indruk bestaat dat daartoe wel aanleiding zou moeten zijn' (Tweede Kamer, 2008-2009, 31 386, nr. 18). De minister zegt daarom toe een onderzoek te laten uitvoeren naar de reden voor het vrijwel ontbreken van civielrechtelijke aansprakelijkheidsacties en andere op het civiele recht gebaseerde acties welke in geval van financieel wanbeleid door belanghebbenden, de advocaat-generaal bij het gerechtshof te Amsterdam of het Openbaar Ministerie aanhangig kunnen worden gemaakt. De minister vraagt zich af of het weinige gebruik van deze acties te wijten is aan gebreken in het systeem van rechtshandhaving of dat eventuele hindernissen bij deze partijen meer praktisch van aard zijn (Tweede Kamer, 2008-2009, 31 386, nr. 18). Het onderhavige onderzoek vloeit voort uit deze toezegging van de minister.

De discussie in de Tweede Kamer spitste zich vooral toe op gevallen waarin het wanbeleid niet leidde tot een faillissement.<sup>2</sup> Daarom is de aansprakelijkheid bij een faillissement in dit onderzoek buiten beschouwing gelaten.

#### *Het juridisch instrumentarium in een notendop*

Er zijn, zoals de minister in zijn brief schetst (Tweede Kamer, 2008-2009, 31 386, nr. 17), verscheidene juridische mogelijkheden om te reageren op bestuurders of interne toezichthouders die hun taak onbehoorlijk hebben vervuld. Een eerste stap die door de onderneming kan worden gezet is het schorsen en eventueel ontslaan van een bestuurder (artikel 2:134/244 BW). Bij ontslag of vrijwillig vertrek van een bestuurder zal de bestuurder, afhankelijk van de reden van vertrek, soms een vergoeding meekrijgen. De hoogte van die vergoeding is veelal vastgelegd in de arbeidsovereenkomst.<sup>3</sup>

Als het gaat om gevallen van onbehoorlijk bestuur waarbij tevens sprake is van fraude of bedrog, is bovendien het strafrecht van toepassing. Het Openbaar

---

<sup>1</sup> Onder 'interne toezichthouders' worden leden van de raad van commissarissen (bij private ondernemingen) en leden van de raad van toezicht (bij semi-publieke ondernemingen) verstaan.

<sup>2</sup> Aangenomen werd dat in geval van een faillissement wel aansprakelijk wordt gesteld, wanneer daartoe aanleiding is. Voor de curator in een faillissement zijn er weinig juridische of praktische belemmeringen om een (ex)bestuurder aansprakelijk te stellen.

<sup>3</sup> Bij ontslag op staande voet of wegens disfunctioneren is de onderneming in principe niet gehouden om een ontslagvergoeding mee te geven. Bij ontslag door opzegging van de arbeidsovereenkomst om andere redenen, bijvoorbeeld een verstoorde arbeidsrelatie zal vaak wel een vergoeding (moeten) worden meegegeven. Als een bestuurder ontevreden is over het ontbreken van een ontslagvergoeding of de hoogte ervan, kan hij binnen zes maanden een procedure bij de rechtbank aanhangig maken over het kennelijk onredelijk ontslag.

Ministerie kan dan, eventueel nadat aangifte is gedaan, een strafrechtelijk onderzoek starten naar het handelen van bestuurder(s) en/of interne toezichthouder(s). Daarbij gaat het vooral om delicten als valsheid in geschrifte (artikel 225 Sr) en bedrog in jaarstukken (artikel 336 Sr). Daarnaast bevatten ook enkele bijzondere wetten, zoals de Wet op het financieel toezicht, enkele artikelen op grond waarvan via de Wet op de economische delicten bestuurders strafrechtelijk kunnen worden vervolgd.

Tot slot is er – zoals genoemd – een aantal civielrechtelijke instrumenten dat ingezet kan worden. Allereerst hebben verscheidene belanghebbenden, zoals aandeelhouders en vakbonden, het zogenaamde enquêterecht (vastgelegd in de artikelen 2:344-2:359 BW). Dat houdt in dat zij de ondernemingskamer van het hof Amsterdam kunnen verzoeken een onderzoek uit te voeren naar het gevoerde beleid. Gedurende dit onderzoek kan de ondernemingskamer tijdelijke voorzieningen treffen (artikel 2:349a BW) zoals het schorsen van een bestuurder en/of interne toezichthouder. Als in de tweede fase van de enquêteprocedure wordt vastgesteld dat er sprake is van wanbeleid kan de ondernemingskamer tevens (permanente) voorzieningen treffen zoals het ontslag van een bestuurder en/of interne toezichthouder (artikel 2:355 BW). Een enquêteprocedure is zodoende een passend instrument om vast te stellen of er sprake is geweest van wanbeleid en om op korte termijn maatregelen te treffen (de Valk, 2009: 27; zie ook Timmerman, 2006). In de uitspraak in een enquêteprocedure wordt echter geen oordeel geformuleerd over eventuele civielrechtelijke aansprakelijkheid van bestuurders of interne toezichthouders.<sup>4</sup> Als wanbeleid wordt geconstateerd, betekent dan niet automatisch dat bestuurders of interne toezichthouders daarvoor aansprakelijk kunnen worden gehouden. Daarvoor gelden andere normen, die uitgebreider aan de orde komen in paragraaf 2.1. Een beschikking in een enquêteprocedure kan overigens wel aanleiding vormen voor het starten van een civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedure. Een aansprakelijkheidsprocedure kan echter ook worden gestart zónder dat er een enquêteprocedure is gevoerd.

Er kan bij aansprakelijkheidsprocedures onderscheid worden gemaakt tussen interne en externe aansprakelijkheid. De interne aansprakelijkheid betreft de aansprakelijkheid van een bestuurder/interne toezichthouder tegenover de rechtspersoon. De externe aansprakelijkheid betreft de aansprakelijkstelling jegens een externe partij (niet de rechtspersoon zelf). Een externe belanghebbende (bijvoorbeeld een aandeelhouder of een schuldeiser) kan zijn vordering onder andere baseren op bepaalde plichten die rusten op bestuurders/interne toezichthouders en die zijn vastgelegd in bijzondere wettelijke regelingen, bijvoorbeeld het weergeven van een misleidende voorstelling van zaken in de jaarrekening (artikel 2:139 en 249 BW) en het verschaffen van misleidende informatie om iemand te bewegen om aandelen of obligaties te nemen (artikel 6:193c en 193d of 6:194 BW). Daarnaast kan een externe belanghebbende een actie uit onrechtmatige daad starten op grond van artikel 6:162 BW. Van de mogelijkheid tot externe aansprakelijkstelling van de

---

<sup>4</sup> Behoudens artikel 2:354 BW.

bestuurder via artikel 6:162 BW wordt relatief veel gebruik gemaakt door schuldeisers (Valk, 2009: 27; Assink & Timmerman, 2010).

Naast externe aansprakelijkstelling is dus ook interne aansprakelijkstelling mogelijk, waarbij de rechtspersoon haar eigen (oud-)bestuurders en/of interne toezichthouders aansprakelijk stelt. Interne aansprakelijkheid van bestuurders kan zijn gebaseerd op verschillende wetsartikelen (zoals artikel 6:162, 7:400 en 7:661 BW) maar wordt doorgaans gebaseerd op artikel 2:9 BW, het artikel waar dit onderzoek zich primair op richt. De formele procedures waarvan men gebruik kan maken zijn civiele procedures bij de rechtbank en arbitrage. Als gekeken wordt naar de verschillende civielrechtelijke instrumenten, dan blijkt interne aansprakelijkstelling relatief gezien minder voor te komen dan het entameren van een enquêtetprocedure of een externe aansprakelijkheidsactie (Assink en Timmerman, 2010; Weterings, 2010). Dit heeft er mogelijk mee te maken dat voor een onderneming in bedrijf andere belangen een rol spelen dan voor externe belanghebbenden. Het zou bijvoorbeeld om verschillende redenen niet in het belang van de onderneming kunnen zijn om eigen (ex-)bestuurders/interne toezichthouders aansprakelijk te stellen. Er wordt ook regelmatig gesuggereerd dat de persoonlijke verhoudingen binnen de onderneming tussen degenen die aansprakelijk kunnen stellen en degenen die aansprakelijk gesteld worden een rol spelen. Men kan dan denken aan de eventuele aanwezigheid van een “Old boys network”. Van der Grinten (1982) wees er destijds op dat “claiming” op grond van artikel 2:9 BW eigenlijk alleen gebeurt na een ernstige vertrouwensbreuk. Bijvoorbeeld in gevallen van notoire fraude, omdat iemand uit eigen kring aansprakelijk stellen een vergaande stap is. ‘Voor het instellen van de vordering zullen het bestuur en de raad van commissarissen over het algemeen niet voelen. (...) Wie wil een vordering instellen tegen iemand met wie men collegiaal is omgegaan?’ (Jansen, Kortmann & Van Solinge, 2004: 518). Het is de vraag of deze redenering nog steeds actueel is.

#### *Focus van het onderzoek*

Het onderhavige onderzoek richt zich op de interne aansprakelijkstelling.<sup>5</sup> Anders dan bij externe aansprakelijkheid via artikel 6:162 BW, zijn de bestuurders in beginsel hoofdelijk aansprakelijk te stellen als is gebleken dat er sprake was van onbehoorlijk bestuur (artikel 2:9 lid 2 BW).

In het parlementaire debat wordt de term ‘financieel wanbeleid’ gebruikt. Omdat dit onderzoek zich richt op interne aansprakelijkheid waarbij volgens artikel 2:9 BW sprake moet zijn van ‘onbehoorlijke taakvervulling’ zullen wij deze term aanhouden.

De minister hanteert de assumptie dat er “geen of weinig” gebruik wordt gemaakt van de civielrechtelijke actiemogelijkheden. Dit onderzoek richt zich niet primair op de beantwoording van de, enigszins subjectieve en moeilijk te onderzoeken, vraag of er

---

<sup>5</sup> Een uitgebreide juridische beschrijving van de interne aansprakelijkheidswetgeving is te vinden in hoofdstuk 3.

inderdaad (te) weinig (intern) aansprakelijk wordt gesteld.<sup>6</sup> Wel beoogt het onderzoek weer te geven welke reden(en) er kunnen zijn voor de rechtspersoon om geen gebruik te maken van de mogelijkheid om bestuurders en/of interne toezichthouders civielrechtelijk aansprakelijk te stellen. Om een juist beeld te kunnen schetsen van de redenen om geen gebruik te maken van het instrumentarium is het echter nodig om ook gevallen te onderzoeken waarin *wel* aansprakelijk is gesteld. Alleen dan kan worden vastgesteld of de situaties waarin niet aansprakelijk wordt gesteld afwijken van de gevallen waarin dat wel gebeurt. Wij verwachten dat er in de regel zowel argumenten zullen zijn om *wél* als om *niet* aansprakelijk te stellen en uiteindelijk een afweging wordt gemaakt tussen de kosten en baten die in casu aan het aansprakelijk stellen van bestuurders/interne toezichthouders verbonden zijn. De probleemstelling en onderzoeksvragen van het onderzoek zijn weergegeven in de volgende paragraaf. In paragraaf 1.3 wordt de gehanteerde onderzoeksmethode beschreven.

## **1.2 Probleemstelling en onderzoeksvragen**

De hoofdvraag van het onderzoek luidt als volgt:

Wat zijn de redenen voor het niet intern aansprakelijk stellen van (ex-)bestuurders en (ex-)interne toezichthouders voor de schade als gevolg van een onbehoorlijke taakvervulling, in gevallen waarin daar wel een grond voor leek te bestaan?

Het bovenstaande leidt tot de volgende onderzoeksvragen:

1. Om welke redenen hebben degenen die bevoegd waren om het bestuur en/of de interne toezichthouder aansprakelijk te stellen dit wel of niet gedaan? Welke overwegingen spelen mee en welke afweging is er gemaakt om wel of niet tot aansprakelijkstelling over te gaan?
2. Spelen bij semipublieke ondernemingen andere redenen een rol dan bij private ondernemingen als het gaat om het entameren van een aansprakelijkheidsprocedure?
3. Wijken gevallen waarin (ex) bestuurders/interne toezichthouders intern aansprakelijk zijn gesteld af van de gevallen waarin dit niet is gebeurd en zo ja, waarin?

### *Afbakening*

Onder aansprakelijk stellen wordt in het onderzoek verstaan: een procedure starten bij de civiele rechter of een arbitrage aanspannen om schade te verhalen die veroorzaakt is door de onbehoorlijke taakvervulling door bestuurder(s)/interne

---

<sup>6</sup> Op de aantallen aansprakelijkheidsprocedures die plaatsvinden wordt wel kort ingegaan in paragraaf 4.1.

toezichthouder(s).<sup>7</sup> Door deze invulling van het begrip wordt een arbitrair onderscheid gemaakt tussen wat wel en wat niet onder “aansprakelijk stellen” valt. Omdat dit onderzoek voortkomt uit een discussie over de ontoereikendheid van het juridisch instrumentarium om civielrechtelijk aansprakelijk te stellen is de definitie zo gekozen dat deze alleen de formele procedures omvat. Hierbij willen wij echter niet voorbij gaan aan het feit dat er buiten een formele procedure ook andere wijzen zijn om een aansprakelijkheids geschil te beslechten, bijvoorbeeld door het onderling overeenkomen van een schikking. Zulke gevallen zullen door ons worden geschaard onder de gevallen waarin het niet tot een formele aansprakelijkheidsprocedure is gekomen.

Het onderzoek richt zich op de interne aansprakelijkstelling van bestuurders en interne toezichthouders. Dat betekent dat het gaat om gevallen waarin de onderneming zelf – dus binnen de interne verhoudingen – haar eigen (ex-)bestuurders en interne toezichthouders aanspreekt. Aansprakelijkheidsacties die kunnen worden gestart door externe partijen (bijvoorbeeld schuldeisers) of door individuele werknemers of aandeelhouders, vallen primair buiten het bereik van het onderzoek. Enquêteprocedures ook. Aan deze onderwerpen zal wel aandacht worden besteed voor zover zij relevant zijn binnen de context van de interne aansprakelijkheid.

Gevallen waarin sprake is van een faillissement zijn, als vermeld, niet onderzocht. Bij een faillissement kan de curator overwegen om bestuurders aansprakelijk te stellen. Hierbij zijn andere typen overwegingen te verwachten dan bij ondernemingen in bedrijf. Curatoren zullen naar verwachting voornamelijk een beperkte kosten-batenanalyse maken op grond van verwachte (proces)kosten en opbrengsten van een aansprakelijkheidsprocedure. Bij ondernemingen in bedrijf zal naar verwachting echter een breder palet van kosten en baten een rol spelen – die bijvoorbeeld te maken hebben met de interne dynamiek, maar ook met andere belangen (bijvoorbeeld gerelateerd aan de reputatie) die een onderneming in bedrijf kan hebben – wanneer het gaat om de beslissing om wel of niet een procedure te starten.

### **1.3 Methoden van onderzoek**

#### *Literatuurstudie*

Aan de hand van een studie van literatuur, rechtspraak en doctrine wordt in hoofdstuk 3 het juridisch kader omtrent de civielrechtelijke aansprakelijkheid van bestuurders (en interne toezichthouders) geschetst. Daarnaast is sociaal wetenschappelijke literatuur bestudeerd die een verklaring kan bieden voor mogelijke redenen voor het al dan niet instellen van een interne aansprakelijkheidsprocedure

---

<sup>7</sup> Ook procedures die worden gestart en niet doorgezet tot er een uitspraak is, worden zodoende onder “aansprakelijk stellen” geschaard.

tegen de bestuurders/interne toezichthouders. De resultaten hiervan zijn weergegeven in hoofdstuk 2. Relevante aspecten uit de literatuurstudie zijn tevens gebruikt om de vragenlijst voor de interviews vorm te geven.

### *Jurisprudentie onderzoek*

Om globaal een uitspraak te kunnen doen over het aantal interne aansprakelijkheidsprocedures dat wordt gevoerd, zijn gepubliceerde gerechtelijke uitspraken van de afgelopen tien jaar opgezocht waarin een rechtspersoon een interne aansprakelijkheidsvordering had ingesteld tegen bestuurder en/of intern toezichthouder. Hiervoor zijn in twee belangrijke juridische databases, JOR.nl en rechtspraak.nl, alle uitspraken opgevraagd waarin een rechtspersoon een vordering had ingesteld tegen haar eigen (oud)bestuurder(s) en/of interne toezichthouder(s) op grond van artikel 2:9 en/of 6:162 BW. Uitspraken waarin voorgenoemde artikelen worden ingeroepen door een curator, aandeelhouder of crediteur zijn zodoende niet meegenomen. Alle uitspraken die tussen 11 november 2001 en 11 november 2011 in beide databases werden gepubliceerd, zijn meegenomen.

De gevonden uitspraken zijn vervolgens gefilterd op dubbelingen. Alle zaken waarvan zowel uitspraken in eerste aanleg als in hoger beroep in de databases voorkwamen zijn maar één keer meegeteld. Omdat niet alle uitspraken gepubliceerd worden via JOR.nl of Rechtspraak.nl, is de lijst met uitspraken naar verwachting niet uitputtend. Dit blijkt onder andere ook uit het feit dat met betrekking tot een deel van de zaken pas voor het eerst publicaties zichtbaar waren waarin door het Hof of de HR arrest werd gewezen.<sup>8</sup> De criteria die beide databases hanteren voor het selecteren van uitspraken die zij publiceren staan op de websites van de databases.<sup>9</sup> Dit jurisprudentieonderzoek is slechts verkennend van aard. Er is niet verder onderzocht in hoeveel zaken aansprakelijkstelling slaagde en onder welke omstandigheden deze al dan niet slaagde.

### *Expertmeeting*

Aan het begin van het onderzoek is een expertmeeting georganiseerd waaraan acht experts op het gebied van bestuurdersaansprakelijkheid deelnamen. Het betreft juristen die vanuit hun werkzaamheden in de advocatuur, in de rechtspraak en in de verzekeringsbranche ervaring hebben met ondernemingen die overwogen om bestuurders en/of interne toezichthouders aansprakelijk te stellen. Ook is een aantal van hen (tevens) op wetenschappelijk gebied bezig met het onderwerp bestuurdersaansprakelijkheid. Door het houden van de expertmeeting wilden wij een indruk krijgen van het voorkomen van interne aansprakelijkstelling en het overwegen daarvan. Ook diende de bijeenkomst ideeën te genereren over mogelijke aspecten die van invloed zouden kunnen zijn op de beslissing om bestuurders/interne

---

<sup>8</sup> Dit geldt voor zeventien van alle uitspraken. Voor een deel van deze uitspraken is dit mogelijk te wijten aan het feit dat eerdere uitspraken gedateerd zijn van voor 2001. Het is echter niet te verwachten dat dit voor alle zaken geldt omdat dit ook een aantal recente zaken uit 2010 en 2011 betreft.

<sup>9</sup> Zie voor rechtspraak.nl: <http://www.rechtspraak.nl/Uitspraken-en-Registers/uitspraken/Selectiecriteria/Pages/default.aspx>, geraadpleegd op 18 oktober 2011 en voor JOR.nl (via Kluwer, alleen voor abonnees): <http://www.kluwer.nl/>.



toezichthouders al dan niet aansprakelijk te stellen. Daarnaast zijn de experts om advies gevraagd over de aanpak van het onderzoek en, meer in het bijzonder, de meest geschikte manier om cases te selecteren en respondenten te benaderen. Enkele opvattingen van de respondenten over de mate waarin interne aansprakelijkstelling voorkomt zijn verwerkt in paragraaf 4.1.

#### *Selectie van cases*

Het onderzoek is hoofdzakelijk gecentreerd rond de analyse van een aantal cases. Voor de analyse zijn twee categorieën cases geselecteerd. Allereerst cases van ondernemingen waarin aansprakelijkstelling van de bestuurder en/of interne toezichthouder volgens buitenstaanders (blijkens mediaberichtgeving) voor de hand leek te liggen, maar waarin dit niet is gebeurd. Daarnaast zijn cases onderzocht waarin wél een procedure is gestart om de bestuurder en/of interne toezichthouder aansprakelijk te stellen. De cases zijn geselecteerd op grond van een aantal vooraf gestelde selectiecriteria. De cases in de eerstgenoemde categorie dienden te voldoen aan de volgende criteria:

- a) Er is een vermoeden dat bestuurders of interne toezichthouders hun taak onbehoorlijk hebben vervuld (volgens de criteria die worden gesteld aan aansprakelijkheid volgens artikel 2:9 BW), waardoor de vennootschap financiële schade heeft geleden.
- b) Er is geen formele aansprakelijkheidsprocedure gestart bij de rechtbank of arbitrage aangespannen.
- c) Er is geen sprake van faillissement.
- d) De besluitvorming om een bestuurder of interne toezichthouder al dan niet aansprakelijk te stellen is afgerond.<sup>10</sup>
- e) Het betreft geen zeer kleine ondernemingen met slechts één of twee bestuurder(s) en interne toezichthouder(s).

De criteria voor de tweede categorie waren overeenkomstig voorgaande, met uitzondering van b. In dit geval diende er namelijk wél een civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedure te zijn gestart.

Voorts was het doel om een zo gevarieerd mogelijke groep cases te verzamelen waarin zoveel mogelijk verschillende branches waren vertegenwoordigd. Gezocht is naar cases uit de zorg, het onderwijs en de sociale woningbouw. Daarnaast zijn ook private ondernemingen (zowel beursgenoteerd als niet-beursgenoteerd) in het onderzoek betrokken.

Door middel van een zoektocht in open bronnen, via contacten van de onderzoekers en met behulp van de leden van de begeleidingscommissie en deelnemers aan de expertmeeting, zijn in totaal dertig potentiële cases opgespoord. Er is in beginsel

---

<sup>10</sup> Hierbij dient te worden aangetekend dat men op een eenmaal genomen besluit niet aansprakelijk te stellen kan terugkomen. Van belang voor het onderzoek was dat er tijdens de uitvoering van het onderzoek sprake was een uitgekristalliseerd besluitvormingsproces, met een eenduidige uitkomst (wel of geen formele aansprakelijkheidsprocedure).

gezocht naar cases waarbij het (financiële) wanbeleid minstens drie jaar geleden aan het licht was gekomen. Daar is voor gekozen omdat in dergelijke cases de kans groot was dat de besluitvorming over aansprakelijkstelling was afgerond (criterium d). Ook hadden wij het idee dat er na enige jaren vermoedelijk meer bereidheid zou zijn om over de zaak te spreken dan wanneer het erg kort geleden speelde. Ook werd gezocht naar cases die niet al te lang geleden speelden (uiterlijk tien jaar geleden), zodat de respondenten zich de gebeurtenissen nog enigszins zouden kunnen herinneren en de casuïstiek bovendien niet te gedateerd zou zijn. Voor twee cases, waarover veel bekend was in openbare bronnen en waarover een gerechtelijke procedure is gevoerd, is een uitzondering gemaakt. Deze cases speelden langer dan tien jaar geleden. Twaalf van de potentiële cases bleken uiteindelijk niet geschikt omdat zij, na nadere analyse, niet aan een of meer selectiecriteria voldeden. Een belangrijke reden dat zij niet geschikt waren, was dat niet met zekerheid kon worden gesteld dat was voldaan aan criterium a, dit gold voor vijf cases. Daarbij betrof het vooral cases waarin twijfelachtig was of de rechtspersoon daadwerkelijk financiële schade had geleden. Bijvoorbeeld in het geval van een zorgverlener die haar capaciteit onvoldoende afstemde op het vraagvolume; dit leidde tot groeiende wachtlijsten en verwijten van onbehoorlijk bestuur, maar was gunstig voor de financiële situatie van de zorgverlener. In vijf cases was de problematiek van zeer recente datum en werd niet aan criterium d voldaan.

De overige achttien cases bleken wel geschikt. In deze gevallen is door de onderzoekers contact gezocht met het huidige bestuur van de betreffende onderneming en/of met personen die direct betrokken waren bij de eventuele overwegingen over het aansprakelijk stellen van de bestuurders en/of interne toezichthouders. Als de betrokken onderneming nog steeds onder dezelfde naam bestond is, met uitzondering van één geval waarin goede contacten bestonden met een direct betrokkene, altijd eerst contact opgenomen met de onderneming zelf. Als een onderneming niet meer bestond, dan wel in een geheel andere hoedanigheid, is de rechtsoptvolger benaderd of is direct contact gezocht met betrokken personen. Uiteindelijk zijn op deze wijze elf cases overgebleven waarin respondenten (en indien relevant ook de onderneming zelf) bereid waren om mee te werken aan het onderzoek. De belangrijkste reden die in de afgevallen cases werd genoemd om niet te willen meewerken aan het onderzoek was de angst dat het onderzoek zou interfereren met lopende juridische procedures. Ook had een onderneming waarin geen procedure was gestart, in het kader van een bereikte schikking uitdrukkelijk afgesproken dat er niet meer over de zaak zou worden gesproken. Deze onderneming wilde om die reden niet meewerken. Daarnaast gaf een enkele raad van bestuur aan dat de onderneming helemaal geen problemen had en dat de onderneming daarom niet wenste mee te werken. Uiteindelijk bleven elf cases over waarvan zes cases waarin geen aansprakelijkheidsprocedure is gestart en vijf waarin dat wel is gebeurd. Een uitgebreidere omschrijving van de kenmerken van de cases is te vinden in paragraaf 4.2.

### *Case-gerelateerde interviews*

Om te analyseren welke overwegingen een rol speelden bij de keuze om al dan niet aansprakelijk te stellen, zijn interviews gehouden. Er is gesproken met personen die betrokken waren bij de overweging om al dan niet aansprakelijk te stellen. Het gaat voornamelijk om (interim) bestuurders, leden van de (nieuwe) raad van commissarissen/toezicht en betrokken advocaten. Daarnaast is ook een aantal overheidsfunctionarissen geïnterviewd en personen werkzaam bij aan de overheid gelieerde instellingen. Ook is een aansprakelijk gestelde bestuurder geïnterviewd. In totaal zijn 27 case-gerelateerde interviews gehouden met 33 personen.

Gezien de gevoeligheid en complexiteit van het onderwerp vonden, op twee uitzonderingen na, alle interviews face-to-face plaats. Bij vrijwel alle interviews waren twee onderzoekers aanwezig (bij drie interviews was dit niet het geval). Er is naar gestreefd de betrokkenen zoveel mogelijk individueel te spreken om ervoor te zorgen dat de respondenten vrijuit zouden kunnen praten. Op verzoek van de respondenten is echter ook vier keer een interview gehouden met twee en eenmaal met drie respondenten. Omdat een aantal respondenten aangaf uitsluitend op anonieme basis te willen meewerken, is aan alle respondenten anonimiteit gegarandeerd. Daarbij gaat het om zowel de personen met wie gesproken is, als de cases. Daardoor konden de respondenten open over de cases spreken zonder zichzelf of de onderneming te schaden. De namen van de respondenten worden niet genoemd in het rapport. Ook aan de respondenten is niet verteld wie er nog meer werd geïnterviewd. Bovendien is de respondenten, naast de case waarbij zij betrokken waren, niet verteld welke cases nog meer werden bestudeerd. Om de vertrouwelijkheid te benadrukken zijn de interviews, op een enkele uitzondering na, niet opgenomen op tape, maar heeft een van de aanwezige onderzoekers aantekeningen gemaakt en deze uitgewerkt tot een verslag. De interviews vonden plaats op een locatie van voorkeur van de respondent. Interviews zijn gehouden op de werkplek, bij respondenten thuis, op de werkplek van de onderzoekers en een enkele maal op een rustige plek in een horecagelegenheid.

De interviews duurden doorgaans één tot anderhalf uur en concentreerden zich op de case waarbij de respondent betrokken was. Ze werden gehouden aan de hand van een vragenlijst die is bijgevoegd als bijlage 4. De vragenlijst is opgesteld naar aanleiding van de resultaten van de literatuurstudie, aangevuld met de bevindingen uit de eerste expertmeeting. In een aantal gevallen, vooral in de interviews met ambtenaren, was een respondent betrokken bij verschillende cases en is zodoende over verschillende cases gesproken. Ook is een aantal respondenten, met betrekking tot hun ervaring als bijvoorbeeld interim-bestuurder of advocaat, in algemene zin bevraagd over het onderwerp bestuurdersaansprakelijkheid.

### *Aanvullend dossieronderzoek en open bronnen*

In elke case is een uitgebreid onderzoek gedaan in open bronnen om alle openbaar beschikbare gerechtelijke uitspraken, krantenartikelen, rapporten, (delen van) onderzoeken en ander bronmateriaal over de case te verkrijgen. Deze gegevens

werden gebruikt als bronmateriaal voor het onderzoek zelf en als input voor de interviews.

Naast informatie uit open bronnen zijn door een tweetal ondernemingen ook vertrouwelijke, interne stukken ter beschikking gesteld die eveneens door de onderzoekers zijn geanalyseerd.

#### *Aanvullende interviews*

Naast de case-gerelateerde interviews is een paar aanvullende interviews gehouden om meer kennis te verkrijgen over bestuurdersaansprakelijkheid en meer in het bijzonder de verzekering tegen bestuurdersaansprakelijkheid. Eén respondent is uitsluitend geïnterviewd met betrekking tot de kennis over bestuurdersaansprakelijkheid. Daarnaast zijn (deels telefonische) gesprekken gehouden met twee tussenpersonen, drie verzekeraars en twee verzekeringmanagers van twee beursgenoteerde ondernemingen. Deze gesprekken hadden tot doel om meer te weten te komen over de wijze waarop verzekeringen zijn vormgegeven en de wijze waarop (het type) verzekering invloed heeft op het al dan niet intern aansprakelijk stellen.

#### *Commissarissenbijeenkomst*

In de afrondende fase van het onderzoek is een commissarissenbijeenkomst georganiseerd. Hieraan namen zes personen deel die werkzaam zijn als commissaris of intern toezichthouder bij verschillende grote ondernemingen in de semipublieke en de private sector. In deze bijeenkomst werd vanuit de functie van commissaris naar het aansprakelijk stellen van voornamelijk bestuurders gekeken. Tijdens de bijeenkomst werden de bevindingen van het onderzoek aan de commissarissen voorgelegd. Enkele relevante bevindingen uit de bijeenkomst zijn verwerkt in hoofdstukken vijf en zes van het rapport.

#### *Analyse en rapportage*

De betrokken onderzoekers hadden elk één of meer cases onder hun hoede. Dat hield in dat zij in de openbare bronnen zochten naar informatie over de cases en het initiatief namen bij de interviews. Nadat alle interviews waren afgenomen hebben de case-verantwoordelijken alle informatie over de case samengevat ten behoeve van de analyse. De resultaten zijn door twee verschillende onderzoekers gedestilleerd uit deze samenvattingen en zijn te vinden in hoofdstuk 4.

Omdat is toegezegd dat de cases niet herkenbaar in de rapportage zou worden beschreven, zijn de kenmerken van de cases niet op detailniveau beschreven en is geen uitgebreide omschrijving van de cases in het rapport opgenomen. Wel is getracht om in paragraaf 4.2 zoveel mogelijk informatie over de gehele groep van cases te geven. In de rapportage worden alleen voorbeelden en relevante omstandigheden uit de onderzochte cases vermeld die niet direct herleidbaar zijn naar de onderzochte cases.

## **1.4 Leeswijzer**

De opbouw van het rapport is als volgt. In hoofdstuk 2 wordt op basis van literatuur ingegaan op factoren die mogelijk een rol spelen bij beslissingen over het aansprakelijk stellen van bestuurders en interne toezichthouders. In hoofdstuk 3 wordt het juridisch kader met betrekking tot aansprakelijkheid van bestuurders en interne toezichthouders beschreven. In hoofdstuk 4 worden de bevindingen uit het empirisch onderzoek gepresenteerd. In hoofdstuk 5 worden de conclusies gepresenteerd. In de eerste paragraaf, 5.1, worden de bevindingen uit het empirisch onderzoek gezien in het licht van de in hoofdstuk 2 behandelde literatuur. Vervolgens worden in paragraaf 5.2 de centrale onderzoeksvragen beantwoord. Paragraaf 5.3 gaat in op vier groepen factoren die van invloed zijn op de beslissingen over het al dan niet aansprakelijk stellen van bestuurders en interne toezichthouders. Het rapport besluit met een korte reflectie op de bevindingen, in paragraaf 5.4.

### *Terminologie*

De onderzochte cases zijn afkomstig uit de private en de semipublieke sector. Waar in het rapport wordt gesproken over 'ondernemingen' worden zowel de private als de semipublieke organisaties verstaan.

Onder de term 'interne toezichthouder' worden zowel leden van een Raad van Commissarissen als van een Raad van Toezicht verstaan. Waar wordt gesproken over zo'n toezichtorgaan als geheel, is gekozen voor de term 'Raad van Commissarissen'. Ook de Raad van Toezicht bij een semipublieke organisatie wordt zo aangeduid.

Waar wordt gesproken van 'ambtenaren' of 'overheidsfunctionarissen' wordt niet bedoeld op personen die werkzaam zijn bij de semipublieke organisaties in de casuïstiek. Het gaat om personen die in hun hoofdfunctie werkzaam zijn bij centrale of lokale overheden en/of uitvoeringsorganisatie die daar onder vallen. Wel bekleden deze personen soms een nevenfunctie als interne toezichthouder.

## **Hoofdstuk 2      Inzichten uit eerder onderzoek naar besluitvorming over aansprakelijk stellen**

Voordat de cases worden beschreven worden eerst reeds bestaand onderzoek en wetenschappelijke theorieën beschreven die behulpzaam zouden kunnen zijn bij het verklaren van het – mogelijk geringe – gebruik van het civielrechtelijke aansprakelijkheidsinstrumentarium.

Deze literatuur is gerangschikt onder vier aspecten die mogelijk een rol zouden kunnen spelen bij het al dan niet aansprakelijk stellen. Het gaat achtereenvolgens om: de (perceptie van) juridische mogelijkheden en beperkingen; de reputatie van de onderneming en de relatie met partners; persoonlijke verhoudingen binnen de onderneming, en morele overwegingen. In het empirisch onderzoek is vervolgens onderzocht of deze aspecten inderdaad een rol spelen, op wat voor manier en of er eventuele andere aspecten zijn die ook van invloed zijn.

### ***2.1. De (perceptie van) juridische mogelijkheden en beperkingen***

De aanwezigheid van wettelijke mogelijkheden om op te treden tegen onrecht maakt nog niet dat daar ook werkelijk gebruik van wordt gemaakt. Er zijn vele redenen waarom benadeelde partijen al dan niet afzien van formele stappen (Van Velthoven & Ter Voert, 2004; Van Velthoven & Klein Haarhuis, 2010). Deze redenen kunnen allereerst al gelegen zijn in de mogelijkheden en beperkingen die aan de aansprakelijkheidswetgeving zelf kleven.

De haalbaarheid van een aansprakelijkheidsprocedure zal een belangrijke overweging zijn bij het besluit om al dan niet tot juridische actie over te gaan. Als – in de perceptie van de betrokkenen – de kans om een procedure te winnen gering is, zal men niet snel een procedure starten. Daarnaast zal ook de verhaalkans meewegen. Sommige bestuurders zullen waarschijnlijk weinig eigen vermogen hebben waardoor ze, zelfs als ze daartoe worden veroordeeld, slechts een klein deel van de schade kunnen vergoeden. Dit risico is kleiner als de bestuurder is verzekerd voor aansprakelijkheid. De top 500 van bedrijven in Nederland heeft vermoedelijk (nagenoeg) allemaal een D&O (Directors and Officers)-verzekering. In het MKB is de verzekeringsdichtheid, naar schatting echter laag; zo'n 10% zou daar een verzekering hebben afgesloten. Van de stichtingen en verenigingen zou ongeveer 60% verzekerd zijn (Weterings, 2010: 169). Door de D&O-verzekering wordt het risico van aansprakelijkheid overgeheveld van de bestuurder/interne toezichthouder en/of onderneming, naar de verzekeraar.

Voor de besluitvorming over al dan niet aansprakelijk stellen zou dit kunnen betekenen dat in ondernemingen waarvan de bestuurder is verzekerd, men gemakkelijker overgaat tot het aansprakelijk stellen van een bestuurder: de bestuurder hoeft de schade immers niet zelf te betalen maar deze wordt door de verzekering vergoed.

Deze potentiële opbrengsten kunnen worden afgezet tegen de kosten die het voeren van een procedure met zich brengen aan juridische bijstand en het verzamelen van bewijs. De proceskosten – advocaatkosten - zijn in Nederland hoog wat volgens sommigen een reden kan zijn om naar alternatieve manieren te zoeken om geleden schade vergoed te krijgen (Faure, 2001: 227).

## **2.2. Reputatie van de onderneming en relatie met (zaken)partners**

Uit studies is al vaker gebleken dat (ook) bedrijven in samenwerkingsrelaties niet snel naar de rechter stappen. Betrekkingen tussen en binnen ondernemingen worden niet primair door juridische regels gereguleerd, maar door de wens goede relaties te behouden. Economische betrekkingen vinden niet plaats in een vacuüm, maar zijn ingebed in sociale verhoudingen (Davis, 2005). De grondlegger van het rechtssociologisch onderzoek naar contractrecht, Stewart Macaulay, noemde zijn theorie dan ook de “relational theory of contracts” (1963). Ondernemen is dus in belangrijke mate “geven en nemen”, en slechts zelden zullen ondernemingen in geval van een zakelijk conflict een juridische oplossing zoeken. Het belang van instandhouding van de goede relatie weegt meestal zwaarder dan het geschil dat aan de orde is. In Nederland is de *relational theory of contracts* onder andere van toepassing gebleken op de bouwwereld (Hertogh, 2005). Ook in deze sector geldt een afkeer van juridische handhaving en een voorkeur voor zakendoen in onderling vertrouwen (zie ook Van de Bunt, 2008). Studies van Jettinghof (2001), Rooks (2002) en Croes & Maas (2009) bevestigen eveneens dat relaties met partners er aan in de weg staan dat ondernemingen juridische procedures starten.

### *Reputatie*

Problemen in ondernemingen, zeker wanneer ze het voortbestaan bedreigen, zullen vrijwel altijd de reputatie van de onderneming schaden. Ook bij beslissingen over aansprakelijkheidsacties zal de reputatie vermoedelijk een (belangrijke) rol spelen. In de literatuur over de invloed het reputatie-effect komt over het algemeen naar voren dat mogelijke reputatieschade een belangrijk motief vormt om *geen* juridische procedures aan te gaan (Van Erp, 2008). Wanneer de problemen buiten de onderneming niet breed bekend zijn, vormt een aansprakelijkheidsactie een risico. Het kan er toe leiden dat zaken openbaar worden die men liever buiten de publiciteit zou houden. Dit kan namelijk de reputatie van de onderneming (en bij de onderneming betrokkenen) schaden en dat kan de relatie tot zakenpartners verslechteren (Croes & Maas, 2009). Ook kunnen ondernemingen vrezen dat het verliezen van het geding als zodanig hun reputatie extra schade toebrengt (Welsh, 2009).

Anders is de situatie wanneer de problemen reeds breed bekend zijn en deze, zoals sommige in de inleiding genoemde zaken, uitgebreide media-aandacht hebben gehad. In dat geval is het mogelijk positief voor de reputatie van de onderneming om een “schuldige” aan te wijzen en aansprakelijk te stellen. De organisatie kan zo tonen

“schoon schip” te maken en te breken met het verleden. Zo kan de negatieve berichtgeving gekoppeld worden aan een individuele schuldige, namelijk de bestuurder, waardoor de onderneming (deels) gezuiverd is. Dit motief houdt verband met het fenomeen “statusangst” (Jensen, 2006): de angst zelf status te verliezen door zich te verbinden met een partner wiens betrouwbaarheid ter discussie staat. Statusangst kan er dus toe leiden afstand te nemen van partners die de eigen reputatie schade toe kunnen brengen.

#### *Betrokkenheid van stakeholders*

Naast de direct betrokkenen, bestuurders en organisatie, kunnen andere groepen een rol spelen in de overwegingen rond het starten van een aansprakelijkheidsactie. Organisaties hebben doorgaans vele stakeholders, zowel binnen de organisatie (ondernemingsraad, raad van toezicht, patiëntenraad), als externe brancheorganisatie, beroepsgroepen, klanten, aandeelhouders, en overheden. Zowel interne als externe druk van dergelijke groepen kunnen de beslissing tot een aansprakelijkheidsactie stimuleren of juist bestrijden.

Reputatie-effecten ten gevolge van een aansprakelijkheidsactie kunnen namelijk ook de stakeholders treffen. Problemen bij organisaties in een bepaalde branche kunnen de reputatie van de branche als geheel schaden. Ook hele beroepsgroepen kunnen schade oplopen door het falen van individuele beoefenaars, daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan medisch specialisten die tekort schieten. Voor netwerken van bestuurders en commissarissen kan hetzelfde gelden. De stakeholders kunnen daarom, om eigen reputatieschade te voorkomen, druk uitoefenen op ondernemingen om geen aansprakelijkheidsprocedure te starten. Aan de andere kant kunnen stakeholders er ook baat bij hebben dat bestuurders aansprakelijk worden gesteld. Het aanpakken van bestuurders kan namelijk een voorbeeld stellen voor andere ondernemingen. Als andere bestuurders dit zien zullen zij afgeschrikt worden om zich gelijksoortig te gedragen waardoor een branche in zijn geheel er voordeel aan kan hebben dat bestuurders door een van de brancheleden aansprakelijk worden gesteld.

Het voorgaande betreft een klassiek dilemma dat zich ook voordoet rond het tuchtrecht. Een beroepsgroep kan falende beoefenaars aanpakken om het professioneel handelen op peil te houden Tegelijk kunnen misstanden die langs die weg aan het licht komen het aanzien van de beroepsgroep schaden.<sup>11</sup>

#### *Geschilbeslechting: bij voorkeur binnenskamers*

Reputatie en goede relaties met samenwerkingspartners zijn van belang om te overleven en te groeien. Dit wordt in de literatuur veel genoemd als argument waarom ondernemingen meestal bij voorkeur naar een buitengerechtelijke oplossing zoeken. Als partijen nog enigszins “on speaking terms” zijn, zal worden getracht de kwestie onderling te regelen. Een schikking blijft immers binnenskamers;

---

<sup>11</sup> Zie Kleiboer & Huls (2001: 1) voor enkele voorbeelden van hoe tuchtuitspraken doorwerken op de beeldvorming over de beroepsgroep.



geheimhouding is zelfs vaak een expliciete voorwaarde van de schikking (Van Erp, 2008).

Het is goed mogelijk dat aansprakelijkheidskwesties (mede) worden beslecht in onderhandelingen over de voorwaarden van een vertrekregeling. Ze kunnen onderdeel zijn van de onderhandelingen. Naast de mogelijke financiële gevolgen van aansprakelijk gesteld worden, kan het starten van een procedure alleen al tot gezichtsverlies/reputatieschade leiden voor de vertrekkende bestuurder. Het kan daarom voordelig zijn voor de bestuurder om hier afspraken over te maken met de onderneming en het kan voor de onderneming behoren bij de strategie om een zo laag mogelijke vertrekpremie te bedingen. Indien het niet lukt een geschil in der minne te regelen, dan kan arbitrage door een onafhankelijke commissie worden overwogen om de feiten alsnog op een vertrouwelijke wijze te regelen.

Dat inderdaad relatief weinig voor de weg naar de rechter lijkt te worden gekozen blijkt ook uit de geschilbeslechtingsdelta Midden en Kleinbedrijf (Croes & Maas, 2009). Slechts zo'n 5% van de potentieel juridische geschillen van deze bedrijven wordt uiteindelijk aan de rechter voorgelegd. Van Erp en Klein Haarhuis (2000) spreken in dit kader van een sterke filterwerking: buitengerechtelijke geschilbeslechting voorkomt dat een gerechtelijke procedure wordt gestart.

In aansprakelijkheidskwesties waarin het wel tot een gerechtelijke procedure komt, zal dus in de regel gelden dat sprake is van een verder gevorderd stadium van escalatie, waarbij geen bindend gemeenschappelijk belang meer is dat partijen voor een buitengerechtelijke regeling doet kiezen. Dat komt ook naar voren uit literatuur met betrekking tot het aansprakelijk stellen van bestuurders. Kroeze concludeert namelijk dat aansprakelijkheidvorderingen (op grond van artikel 2:9 BW) tegen zittende bestuurders of commissarissen nauwelijks voorkomen.<sup>12</sup> In de regel is het zo dat een bestuurder aftreedt of wordt ontslagen voordat aansprakelijkstelling aan de orde komt (Kroeze, 2004: 144).

### **2.3 *Persoonlijke verhoudingen binnen de onderneming***

Naast meer rationele afwegingen over de kosten en baten die aansprakelijkstelling van bestuurders/interne toezichthouders voor de onderneming met zich mee brengen, kunnen ook de sociale verhoudingen op individueel niveau van invloed zijn op de mate waarin de vertegenwoordigers van de onderneming (nieuwe) bestuurders en interne toezichthouders de (oud)bestuurders van de onderneming aansprakelijk stellen. Daarnaast kan het aansprakelijk stellen van anderen in de organisatie eventueel ook (indirect) negatieve gevolgen hebben voor degenen die de aansprakelijkheidsprocedure starten. Zij zijn immers ook aan de onderneming

---

<sup>12</sup> Kroeze is voorzichtig in zijn uitspraak. Hij heeft geen gerechtelijke procedures inzake artikel 2:9 BW gevonden waarin zittende bestuurders of commissarissen worden aangesproken. Soortgelijke constatering doen Jettinghoff (2005) en Havinga (2010).

gelieerd en reputatieschade kan ook negatief op hen afstralen. Zeker als zij ten tijde van de problematiek ook al bij de onderneming werkzaam waren.

#### *Selectieproces bestuurders*

Over het algemeen worden sociale netwerken gekenmerkt door een sterke mate van onderlinge gelijkheid van de deelnemers. Die gelijkheid betreft niet alleen kenmerken als ras, sekse, leeftijd, religie, opleiding, sociale klasse, maar ook gedrag, attitudes, beliefs, en ambities (McPherson, Smith-Lovin & Cook, 2001). Ook voor sociale netwerken van bestuurders en interne toezichthouders geldt dat de criteria en procedures voor het selecteren van bestuurders veelal, onbewust, in de richting van het werven van “gelijkgestemden” sturen. Demografische homogeniteit van bestuurders en rekrutering uit “Old boys”-netwerken zorgen voor een sterk collectief bewustzijn en groepsidentiteit. Schein (1991) beschouwt het selectieproces van nieuwe leden als één van de belangrijkste instrumenten waarmee de bestaande organisatiecultuur wordt bekrachtigd. Cox en Munsinger (1985) stellen dat gezocht wordt naar mensen die achter de doelen en werkmethoden van de organisatie staan, “matchen” met zittende leden (persoonlijkheid, sociale klasse), een gelijke kijk op de werkelijkheid hebben en met wie gemakkelijk tot overeenstemming is te komen. Dallas (1997) stelt dat de belangrijkste reden waarom bestuurders toetreden tot een bestuur, de identiteit van de andere bestuurders is. Het groepslidmaatschap zelf is dus een belangrijke motiverende factor. Een consequentie van het werven van mensen met wie men zich kan identificeren en die bestaande normen en waarden delen, is dat tegengeluid weinig kans krijgt. Het zoeken naar de goedkeuring van andere groepsleden en het vermijden van gedrag dat tot afkeuring of uitsluiting zal (kunnen) leiden – zoals het aanwijzen van een interne schuldige – ligt voor de hand. Logischerwijs worden veel bestuursleden en interne toezichthouders benoemd omdat zij leidinggevende ervaring hebben in een soortgelijke organisatie. Dat draagt toe bij dat zij sympathie voelen voor de positie van de uitvoerend bestuurder en dat bij het besluit om deze verantwoordelijk te stellen, emoties meespelen (Lorsch & MacIver, 1989).

#### *“Old boys network”*

Fennema en Heemskerk (2008) betogen overigens dat met de komst van buitenlandse bestuurders het Nederlandse “Old boys network” – met een sterke verwevenheid tussen overheid en de top van het bedrijfsleven – is afgebrokkeld. Er ontstaan nieuwe netwerken met een minder dominante rol van de traditionele Nederlandse economische elite. Ook de intrede van activistische aandeelhouders zoals hedgefonds in ondernemingsbesturen wordt geacht tot een toename van onafhankelijkheid van besturen te leiden, omdat deze aandeelhouders zuiver naar rendement zouden kijken, en zich minder gelegen zouden laten liggen aan bestaande verhoudingen (Westphal & Khanna, 2003). De erosie van het “Old boys network” zou ertoe bij kunnen dragen dat bestuurders vaker aansprakelijk worden

gesteld, maar anderzijds leidt de globalisering van markten<sup>13</sup> en een toenemende mobiliteit van personen en ondernemingen er ook toe dat managers de onderneming reeds lang verlaten hebben op het moment dat de gevolgen van hun handelen zich zullen manifesteren (Levi, 2009).

#### *Type bestuurder*

Het is aannemelijk dat de kans dat een bestuurder aansprakelijk wordt gesteld verband houdt met zijn manier van optreden. Een bestuurder met een consensuele stijl, die besluitvormingsprocessen zo inricht dat iedereen zich actief en overtuigd achter besluiten schaart, zal minder risico's lopen dan een bestuurder die besluiten doordrukt zonder veel oog voor de steun van medebestuurders.

Een bestuurder met gevestigde reputatie kan over het algemeen rekenen op het voordeel van de twijfel, en zal minder snel met kritische vragen worden geconfronteerd.<sup>14</sup>

#### *Van probleemherkenning tot juridische actie: naming, blaming, claiming*

Felstiner (1981) beschrijft de stappen die worden doorlopen van het ontstaan van een "probleem" tot het starten van een juridische actie met de opsomming "naming, blaming, claiming". Voordat tot "claiming" kan worden overgegaan, moeten eerst de stappen "naming" en "blaming" worden doorlopen. Die blijven echter vaak uit. Allereerst moet een latent probleem manifest worden. Daar gaan vaak enkele jaren overheen – de meeste crises ontstaan gradueel. Bovendien levert een financieel verlies, bijvoorbeeld door een mislukte investering, in deze context nog niet noodzakelijk een "probleem" op. De attributietheorie geeft aan dat mensen successen voornamelijk als gevolg van het eigen handelen zien, terwijl ze mislukkingen vooral aan externe factoren wijten. Ook bestuurders zullen er toe geneigd zijn een mislukte investering als gewoon ondernemingsrisico op te vatten en/of aan externe factoren (bijvoorbeeld veranderde of tegenvallende marktontwikkelingen) te wijten. In dat geval zullen ze dit hun medebestuurder(s) niet kwalijk nemen. Anders wordt het als het voortbestaan van de organisatie wordt bedreigd. Als een mislukte investering de organisatie in de rode cijfers doet belanden, tot ontslagen leidt of tot het inzakken van de beurskoers zal daadkracht moeten worden getoond om het vertrouwen in de organisatie te herstellen. Eén van de mogelijke manieren om dat te doen is een bestuurder als "oorzaak" van het probleem aan te wijzen ("blaming") en deze aan te pakken.

Besluitvorming in besturen gebeurt veelal bij consensus. Dat heeft tot gevolg dat (mede)bestuurders zich meer met de genomen beslissingen identificeren (en minder

---

<sup>13</sup> Waarschijnlijk zal de globalisering van markten ook langs andere weg een bedreiging vormen voor traditionele netwerken. De globale markten zetten aan tot uniformering van geschilbeslechtsmechanismen. Vooral de meest dominante markten zullen wereldwijd een stempel drukken op de interactiepatronen in het zakelijke verkeer.

<sup>14</sup> Een sprekend voorbeeld levert de affaire Madoff. Zijn gerespecteerde status en zijn actieve deelname aan de gemeenschap ervoor zorgde dat medewerkers, investeerders en de toezichhouder SEC de

geneigd zullen zijn een medebestuurder voor zo'n besluit aansprakelijk te stellen). Wellicht is dit mede een (onbewust) doel achter het vele vergaderen en afstemmen. Waar veel besluitvorming – vanwege tijdsdruk en onvolledige informatie – niet (volledig) rationeel is, zijn consensual validation en intersubjectiviteit binnen de eigen groep het mechanisme om toch een besluit te krijgen (Festinger 1954, 1957). Voor de individuele bestuurder geldt dat hij zich via het verwerven van consensual validation (in)gedekt weet. Een grote mate van cohesie binnen een groep bevordert ook groepsdenken, waarbij de waarden van de groep boven die van de buitenwereld worden gesteld en de besluitvorming in de groep voornamelijk op consensus zijn gericht (Janis, 1972; McCauley, 1989). In groepen met hoge wederzijdse loyaliteit zal er niet licht toe worden overgegaan iemand aansprakelijk te stellen. Consensueel bestuur betekent ook dat het hele bestuur medeverantwoordelijkheid draagt en als men er al toe komt één persoon als schuldige aan te wijzen, is het bestuur er op zijn minst al die tijd zelf bij geweest (Lorsch & MacIver, 1989). Verwijten over zo'n besluit zouden nog slechts kunnen worden gemaakt indien zou blijken dat hij zijn medebestuurders onjuist heeft geïnformeerd, of belangrijke informatie heeft achtergehouden.

Nederlandse studies naar bestuurdersaansprakelijkheid wijzen erop dat “claiming” op grond van artikel 2:9 BW in de interne variant eigenlijk alleen gebeurt na een ernstige vertrouwensbreuk; bijvoorbeeld in gevallen van notoire fraude (van der Grinten, 1982). Ook internationaal worden aansprakelijkheidszaken vooral gestart bij vermoedens van fraude (Westphal & Khanna, 2003).

#### *Persoonlijke gevolgen voor degenen die aansprakelijk stellen*

Bij medebestuurders spelen verschillende risico's een rol bij het aangaan van aansprakelijkheidsactie jegens een bestuurder. Zo'n actie kan als een boemerang terugkomen, indien ook de medebestuurder in het verleden steken heeft laten vallen, of zich onvoldoende met de gang van zaken heeft beziggehouden. Dit zelfde geldt voor leden van de raad van commissarissen/toezicht. Alvorens initiatief te nemen tot een aansprakelijkheidsactie (of eigenlijk allereerst: het ter discussie stellen van een bestuurder) zal de medebestuurder zich ervan vergewissen dat hij op voldoende steun van andere beslissers kan rekenen (Lorsch & MacIver, 1989). Over het algemeen geldt dat een aansprakelijkheidsactie de hele corporate governance structuur in enige mate treft; het is immers een erkenning dat er op dat niveau fouten zijn gemaakt. Aan de andere kant kan men door het aanwijzen van een “zwarte piet” de schuld van zich afwenden of de eigen reputatie opvijzelen; dit kan een motief zijn om wel in actie te komen.

Een ander risico is dat het aansprakelijk stellen binnen de bredere kring van bestuurders als een vorm van verraad wordt ervaren. Westphal en Khanna (2003) hebben in empirisch onderzoek onder Amerikaanse topbestuurders vastgesteld dat op “elite-threatening actions” subtiele, maar zware sociale sancties staan.

---

oren sloten voor de vraag of de rendementen niet te mooi waren om waar te zijn, zie Van de Bunt (2010).

Bestuurders die zich in het ene bestuur deviant opstellen, ervaren hiervan in *andere* besturen negatieve gevolgen doordat hun mening niet wordt gevraagd of gewaardeerd, ze worden buitengesloten van informele bijeenkomsten, en als een “outcast” worden behandeld. Westphal en Khanna noemen deze informele sancties “social distancing” en stellen dat hiervan een afschrikwekkende werking uitgaat in de zin dat het innemen van controversiële standpunten binnen bestuurlijke elites voorkomt.

De status van de bestuurder die zich afwijkend opstelt, is hier echter een intermediaire factor. Van een bestuurder met hoge sociale status zal men minder snel “afstand nemen” omdat andere leden van de groep veel voordeel ondervinden van hun relatie met deze bestuurders. Bovendien is men meer geneigd zichzelf, of de groep te identificeren met groepsleden met een hoge status, waardoor het buitensluiten van een dergelijk groepslid een bedreiging zou vormen voor de individuele of groepsidentiteit van de groepsleden (Westphal & Khanna, 2003).

## **2.4 Morele overwegingen**

In de praktijk kunnen achter claims allerhande motieven of emoties schuilgaan. De Noorse filosoof Jon Elster (1998) wijst op de emotionele lading van zakelijke geschillen. Hij interpreteert het verbreken van een zakenrelatie als een middel om uitdrukking te geven aan gevoelens van afkeuring voor degene die zijn verplichtingen niet is nagekomen. De financiële schadeclaim kan volgens Elster worden beschouwd als de materiële weerslag van de daaraan ten grondslag liggende gevoelens van minachting en afkeuring. Eshuis (2003: 54-55) noemt het verkrijgen van genoegdoening, vergelding of eerherstel als mogelijke motieven naast het materiële motief. Voor benadeelden kan de claim een stap zijn in het verwerken van leed of ervaren onrecht. Een schadeclaim kan ook een symbolische functie hebben die gewoonlijk aan het strafrecht is voorbehouden. Ook kan met het aansprakelijk stellen een preventief effect worden beoogd, doordat potentiële “daders” zien dat bepaalde (ongewenste) gedragingen worden gesanctioneerd of, positiever geformuleerd, doordat een openbare uitspraak bijdraagt aan het leerproces waarin bestuurders reflecteren op verantwoordelijk gedrag (Bovens, 2010).

### *Gevolgen voor de aansprakelijk gestelde bestuurder*

Aansprakelijk stellen heeft aanzienlijke gevolgen voor de (gewezen) bestuurder. De schade die de bestuurder heeft veroorzaakt door verkeerde beslissingen kan gemakkelijk in de tonnen of miljoenen lopen. Voor een aansprakelijk bevonden bestuurder zal de consequentie dan al snel zijn dat al het eigendom in beslag wordt genomen, de hypotheek niet meer kan worden betaald, en hij waarschijnlijk nog jaren door schulden wordt achtervolgd. De persoonlijke financiële gevolgen – voor zover er geen sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid – kunnen overigens worden getemperd door een adequate verzekering, waarover de meeste bestuurders tegenwoordig beschikken.

Daarnaast wordt aansprakelijkheid vanzelfsprekend verondersteld ten koste te gaan van de reputatie van een bestuurder. Mogelijk zal de gewezen bestuurder niet meer voor bestuurstaken in aanmerking komen en repercussies ondervinden in zijn sociale contacten. Door bestuurders wordt negatieve publiciteit over hun persoon als de zwaarste sanctie ervaren die hen kan treffen (Van Erp, 2009).

Deze gevolgen die het aansprakelijk stellen kan hebben voor de bestuurder kunnen door de betrokkenen worden meegenomen in de beslissing om wel of niet aansprakelijk te stellen. Als men op zoek is naar genoegdoening of vergelding kan het treffen van de bestuurder een (extra) reden vormen om over te gaan tot het starten van een procedure. Heeft men aan de andere kant het idee dat de bestuurder moreel gezien weinig te verwijten valt dan zullen de persoonlijke consequenties mogelijk een reden vormen om geen procedure te starten.

## **2.5 Resumé van literatuurstudie**

Dit onderzoek heeft tot doel redenen in kaart te brengen voor het al dan niet intern aansprakelijk stellen van (ex-)bestuurders en interne toezichthouders. In dit hoofdstuk zijn inzichten beschreven uit sociaalwetenschappelijk onderzoek naar besluitvorming binnen besturen in algemene zin en bestuurdersaansprakelijkheid in het bijzonder. Uit deze literatuur is een groot aantal redenen naar voren gekomen die mogelijk een rol zouden kunnen spelen bij de besluitvorming omtrent bestuurdersaansprakelijkheid. Samengevat is een eerste stap in het proces van aansprakelijk stellen dat een probleem in een aansprakelijkheidsclaim wordt vertaald. Groepsdenken, of de neiging fouten aan externe factoren toe te schrijven kunnen tot gevolg hebben dat deze vertaalslag nooit wordt gemaakt. Ook identificatie met de betreffende bestuurder, sympathie met diens positie, of zelfs loyaliteit aan de bestuurder of de groep kunnen ertoe leiden dat er geen “schuldige” wordt gezocht. Een goede reputatie of consensuele stijl van de betreffende bestuurder kan hierop van invloed zijn.

Als er wel een aansprakelijkheidsclaim wordt overwogen, heeft men over het algemeen een voorkeur voor buitengerechtelijke geschilbeslechting. Vrees voor negatieve publiciteit/reputatieschade als de zaak nog niet in de media is geweest kan hierbij een rol spelen. Als de zaak reeds uitgebreid in de media is geweest, kan men juist beogen schoon schip te maken en het vertrouwen te herstellen door een schuldige aan te wijzen. Druk van interne stakeholders of van buiten kan hierbij een rol spelen.

De hoge kosten van een juridische procedure zullen mogelijk een reden vormen om geen procedure te starten. Haalbaarheid en verhaalkans zijn dan belangrijke afwegingscriteria. De verhaalkans wordt sterk vergroot door de aanwezigheid van een D&O-verzekering.

Aan een aansprakelijkheidsprocedure zijn ook meer indirecte kosten verborgen. Andere bestuurders kunnen vrezen medeverantwoordelijk te worden gesteld voor

problemen in de organisatie waarop zij toezicht hielden. Zij kunnen ook vrezen te maken te krijgen met sociale sancties in andere besturen waarin zij zitting hebben (social distancing). Anderzijds kan een aansprakelijkheidsprocedure ook een middel zijn om de eigen schuld van medebestuurders af te wentelen (statusangst).

Tot slot kunnen de persoonlijke of financiële gevolgen voor degene die aansprakelijk wordt gesteld een argument zijn om geen procedure te starten. Andersom kan een aansprakelijkheidsprocedure ook juist worden gebruikt ter vergelding, om uitdrukking te geven aan de afkeuring die is ontstaan als gevolg van bijvoorbeeld fraude.

In het empirisch deel van dit onderzoek zal per case worden onderzocht of en in hoeverre de bovenstaande redenen een rol spelen, of dat er andere redenen aangewezen kunnen worden. Op grond van het overzicht in dit hoofdstuk kan echter worden geconcludeerd dat er op het eerste gezicht meer redenen zijn die op terughoudend gebruik van de aansprakelijkheidsprocedure wijzen, dan dat er redenen zijn vóór het instellen van een procedure.

## Hoofdstuk 3 Juridisch kader bestuurdersaansprakelijkheid

Zoals in hoofdstuk 1 aan de orde kwam, zijn er allerlei manieren waarop bestuurders en interne toezichthouders door verschillende actoren aansprakelijk gesteld kunnen worden voor door hen veroorzaakte schade. Daarnaast zijn er ook andere manieren om te reageren op onbehoorlijk bestuur en intern toezicht. Het onderhavige onderzoek richt zich echter op interne aansprakelijkheid van (oud) bestuurders en interne toezichthouders ex artikel 2:9/6:162 BW, waarbij gebruik wordt gemaakt van een gerechtelijke procedure of eventueel arbitrage. Omdat de juridische invulling van deze artikelen relevant is voor de overweging om al dan niet aansprakelijk te stellen, zullen hieronder de belangrijkste aspecten worden besproken. Eerst komt de bestuurlijke gedragsnorm aan de orde, vervolgens – kort gezegd – de aansprakelijkheidsnorm en daarna de wijze van toetsing door de rechter. Aansluitend wordt ingegaan op het beperken van bestuurdersaansprakelijkheid en de bestuurdersaansprakelijkheid bij semipublieke ondernemingen.

In dit hoofdstuk wordt de vennootschap (NV/BV) als voorbeeld gebruikt. Wat er beschreven wordt geldt echter voor het overgrote gedeelte evenzeer voor andere rechtspersonen, zoals de stichting en de vereniging.

### 3.1 *Rechtsverhouding van bestuurder en onderneming*

De bestuurder staat in een dubbele rechtsverhouding tot de vennootschap: een ondernemingsrechtelijke en een contractuele. De vennootschappelijke verhouding tussen de bestuurder en de vennootschap wordt beheerst door geschreven en ongeschreven regels van het vennootschapsrecht (inclusief de statuten van de vennootschap). De contractuele verhouding tussen bestuurder en onderneming wordt doorgaans gekenmerkt door een arbeidsovereenkomst (artikel 7:610 BW) of een overeenkomst van opdracht (artikel 7:400 BW). Deze contractuele verhouding doet niet af aan de dwingendrechtelijke regels van het vennootschapsrecht die voor bestuurders gelden.

Uit artikel 2:132 lid 3 BW (nieuw) blijkt dat de rechtsverhouding tussen een bestuurder en de vennootschap als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht<sup>15</sup> niet wordt aangemerkt als arbeidsovereenkomst. Met deze nieuwe wetsbepaling wordt voorkomen dat een bestuurder bij ontslag via een gerechtelijke procedure op basis van de kantonrechterformules een hogere ontslagvergoeding kan vorderen dan het jaarsalaris.

Voorts blijkt uit de arresten *Moonen/Prickartz q.q.* en *Nutsbedrijf Westland*<sup>16</sup> dat de Hoge Raad scherp onderscheid maakt tussen de bestuurder en de werknemer in het kader van aansprakelijkstelling. Voor een bestuurder geldt in het kader van zijn

---

<sup>15</sup> Een vennootschap waarvan aandelen of bewilligde certificaten daarvan zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt of een multilaterale handelsfaciliteit.



bestuurstaak de norm van artikel 2:9 BW, die inhoudt dat aansprakelijkheid volgt als de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Voor een werknemer geldt de norm van artikel 7:661 BW: de werknemer dient de schade die door de werknemer is toegebracht bij de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst pas te vergoeden als er sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid. De lat om aansprakelijk te worden gehouden in de hoedanigheid van werknemer ligt zodoende hoger dan in de hoedanigheid van bestuurder.

### **3.2 Bestuurlijke gedragsnormen**

In het Burgerlijk Wetboek worden in verschillende artikelen aanknopingspunten gegeven over hoe de bestuurder zich dient te gedragen. In het navolgende beperken we ons tot een aantal kernbepalingen: artikelen 2:8 BW, 2:9 BW (nieuw) en 2:129/239 lid 5 BW (nieuw). Artikel 2:9 BW en het toekomstige 2:129/239 lid 5 BW zullen bij de inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht een iets andere invulling krijgen. Hieronder zullen, hoewel zij naar verwachting pas in juli 2012 in werking zullen treden, alvast de nieuwe artikelen worden besproken. De gedragsnormen uit deze artikelen gelden te allen tijde. Instrumenten die bestuurdersaansprakelijkheid beperken, kunnen de bestuurder niet van deze verplichtingen ontslaan.

Artikel 2:8 BW vormt een basisnorm voor alle rechtspersonen en allen – dus ook de bestuurder – die op grond van de wet of statuten bij de organisatie van de rechtspersoon zijn betrokken. Zij dienen zich op redelijke en billijke wijze jegens elkaar te gedragen. De invulling van deze zorgvuldigheidsplicht is steeds afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

De plicht tot behoorlijke taakvervulling, voortvloeiend uit artikel 2:9 lid 1 BW (nieuw), richt zich specifiek tot de bestuurder.<sup>17</sup> De bestuurlijke verantwoordelijkheid uit het eerste lid van dit artikel moet scherp worden onderscheiden van de aansprakelijkheid van de bestuurder die volgt uit het tweede lid (zie paragraaf 3.3). Wat behoorlijke taakvervulling precies inhoudt, is echter ongedefinieerd gebleven door de wetgever. In de rechtspraak wordt uitgegaan van een objectieve “maatman” bestuurder: een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.<sup>18</sup> Aldus wordt van een bestuurder een zekere mate van professionaliteit en zorgvuldigheid verwacht.<sup>19</sup> Duidelijk is dat de bestuurder zijn bestuurstaak daadwerkelijk dient te vervullen (er is sprake van een *duty to perform*) en bij de vervulling van de bestuurstaak de hem toekomende bevoegdheden op behoorlijke wijze dient aan te

---

<sup>16</sup> HR 10 december 1999, *NJ* 2000, 6 (Moonen/Prickartz q.q.), HR 2 maart 2007, *NJ* 2007, 240 (Nutsbedrijf Westland), r.o. 3.4.4.

<sup>17</sup> Behoorlijke taakvervulling geldt eveneens voor de commissaris voor wat betreft de toezichthoudende taak (zie artikelen 2:149/259 BW).

<sup>18</sup> HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 (Staleman/Van de Ven).

<sup>19</sup> Een aantal auteurs heeft geprobeerd de bestuurlijke gedragsnorm van meer reliëf te voorzien. Zie o.a. Assink (2010); Asser/Maeijer/Van Solinge en Nieuwe Weme 2009, nrs. 390, 391, 392, 393.

wenden. Daarbij dient hij uiteraard te opereren binnen de grenzen van de wet, de statuten en het ongeschreven recht.

Artikel 2:129/239 lid 5 BW (nieuw) stelt dat de bestuurder zich bij de vervulling van zijn bestuurstaak dient te richten naar het belang van de vennootschap. Bij een direct of indirect persoonlijk belang dat tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap, dient de bestuurder zich te onthouden van deelname aan de beraadslagingen en besluitvorming.<sup>20</sup>

### **3.3 Aansprakelijkstelling ex 2:9/ 6:162 BW**

Aan aansprakelijkheidswetgeving worden door juridische auteurs in de regel twee hoofdfuncties toegekend: allocatie van de schade<sup>21</sup> en gedragsbeïnvloeding (Van Dunné, 2001; Spier, 2003; Van Boom, 2006). Aansprakelijkheid heeft in deze laatste hoedanigheid een preventieve werking. 'De wetenschap aanzienlijke schadevergoeding te moeten betalen indien schade aan derden wordt berokkend, kan een heilzame werking uitoefenen op het gedrag van personen. Zulks in dier voege dat zij trachten de schade te voorkomen', aldus Spier (geciteerd in Van Erp, 2008: 154). Deze preventieve component heeft zowel een speciale werking, dat wil zeggen dat het herhaling door de dader dient te voorkomen, als een generale werking: het dient te voorkomen dat anderen schade veroorzaken (Lindenberg, 1998; Van Boom 2006).

Dit onderzoek richt zich op de interne aansprakelijkheid van de bestuurder jegens de vennootschap (zie hoofdstuk 1). De grondslag voor dit type aansprakelijkstelling is doorgaans artikel 2:9 lid 2 BW en/of artikel 6:162 BW.

Artikel 2:9 lid 2 BW bepaalt dat elke bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken. Uit vaste rechtspraak<sup>22</sup> kan worden afgeleid dat artikel 2:9 lid 2 BW zo kan worden begrepen dat bij gebleken onbehoorlijk bestuur alle bestuurders in beginsel hoofdelijk aansprakelijk zijn. Hierop kan een uitzondering worden gemaakt als een individuele bestuurder aantoonbaar dat hem persoonlijk geen ernstig verwijt treft en hij niet nalatig is geweest om maatregelen te nemen de schade te beperken (disculpatie). De ernstige verwijtbaarheid is dus de maatstaf en speelt zowel een rol bij het vaststellen van de hoofdelijke aansprakelijkheid van het bestuur als bij de disculpatie van individuele bestuurders.

De vraag of er sprake is van onbehoorlijk bestuur, is uiteindelijk ter beoordeling aan de rechter. Voor de aansprakelijkheidsanalyse laat de rechter zich – in lijn met de rechtspraak van de Hoge Raad – leiden door:

---

<sup>20</sup> Art 2:129/239 lid 6 BW (nieuw).

<sup>21</sup> Bij schade allocatie gaat het om de vraag aan wie de schade valt toe te rekenen en voor welk deel. Daarbij worden de bepalingen van boek titel 1, afdeling 10 van boek 6 BW toegepast.

<sup>22</sup> In de rechtspraak wordt de lijn gevolgd dat aansprakelijkheid wegens schending van de bestuurlijke gedragsnorm slechts wordt aangenomen indien de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Zie HR 2 maart 2007, NJ 2007, 240 (*Westland Nutsbedrijf*), r.o. 3.4.4.

- het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een objectieve maatman bestuurder. Het gaat daarbij om een 'bestuurder die op zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult'.<sup>23</sup> Daarmee wordt een ondergrens gelegd voor wat van een bestuurder mag worden verwacht. Voor het intreden van aansprakelijkheid is de aanwezigheid van enige vorm van (subjectief) kwade trouw, zoals opzet of bewuste roekeloosheid, zodoende niet vereist.
- de omstandigheden van de voorliggende casus. Bij de aansprakelijkheidsanalyse gaat het om het totaal van de omstandigheden van het geval, waaronder: (a) de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten, (b) de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's, (c) de eventuele taakverdeling binnen het bestuur, (d) de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen, (e) de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen en (f) het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.<sup>24</sup>
- stelplicht en bewijslast. De bestuurder kan hier feiten en omstandigheden tegen inbrengen op basis waarvan kan worden aangenomen dat het gewraakte handelen niet een ernstig verwijt oplevert. De rechter dient deze feiten en omstandigheden uitdrukkelijk in zijn oordeel te betrekken.<sup>25</sup>

Volledigheidshalve dient te worden opgemerkt dat naast artikel 2:9 BW de vennootschap haar vordering ook (mede) kan baseren op artikel 6:162 BW. Daarbij dient wel te worden benadrukt dat bestuurders op grond van artikel 6:162 BW, anders dan bij aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW, niet zonder meer hoofdelijk aansprakelijk zijn. Uit rechtspraak blijkt dat de invulling van artikel 6:162 BW verder in belangrijke mate wordt ingevuld door artikel 2:9 BW (zie ook Assink & Timmerman: 11 e.v.).<sup>26</sup>

### **3.4 Wie kan de bestuurder aansprakelijk stellen?**

Rechtspersonen nemen als rechtssubject zelfstandig deel aan het rechtsverkeer (artikel 2:5 BW). Als een onderneming vermogensschade lijdt als gevolg van een tekortkoming of onrechtmatige daad van de bestuurder, kan zodoende alleen de rechtspersoon vergoeding van de geleden schade vorderen. Dit brengt onder meer met zich dat individuele aandeelhouders geen vordering tot vergoeding van hun waardevermindering van de aandelen kunnen instellen op grond van interne aansprakelijkheidsregels. Wel is denkbaar dat de aandeelhouder een eigen vordering tegen de bestuurder instelt op grond van onrechtmatige daad (artikel 6:162

<sup>23</sup> HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 (Staleman/Van de Ven), rov. 3.3.1.

<sup>24</sup> HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 (Staleman/Van de Ven).

<sup>25</sup> Zie HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 455 (Schwandt/Berghuizer Papierfabriek). Vergelijk HR 20 juni 2008, *NJ* 2009, 21 (Willemsen Beheer/NOM investerings- en ontwikkelingsmaatschappij).

BW).<sup>27</sup> Het is niet wettelijk vastgelegd wie bevoegd is om namens de rechtspersoon een aansprakelijkheidsprocedure op grond van artikel 2:9 lid 2 BW (nieuw) te starten. Aangenomen wordt dat dit besluit in beginsel door het bestuur zelf kan worden genomen. Verder blijkt uit de rechtspraak dat een artikel 2:9 BW-vordering kan worden gecedeerd aan een derde die er belang bij heeft.<sup>28</sup> De vordering uit artikel 2:9 BW is ingevolge artikel 3:83 lid 1 BW overdraagbaar, tenzij de wet of de aard van het recht zich tegen een overdracht verzet.

### **3.5 Beperken van bestuurdersaansprakelijkheid en de gevolgen daarvan**

Er zijn verschillende manieren om bestuurdersaansprakelijkheid te beperken dan wel de gevolgen ervan te beperken.<sup>29</sup> Vanouds kennen wij bij de kapitaalvennootschap de decharge. Het besluit tot decharge wordt door de algemene vergadering van aandeelhouders genomen over reeds gevoerd beleid. Het besluit tot decharge wordt verleend uitsluitend voor bestuurshandelingen die aan de algemene vergadering van aandeelhouders bekend zijn gemaakt, bijvoorbeeld via de jaarrekening en jaarstukken.<sup>30</sup> Decharge geldt dus bijvoorbeeld niet voor handelingen die een bestuurder voor de aandeelhouders geheim heeft gehouden. Tevens ziet de decharge op het bestuurlijke gedrag dat heeft plaatsvonden en eventueel tot interne bestuurdersaansprakelijkheid had kunnen leiden. De decharge wordt dus *ex post* toegepast. In deze paragraaf gaan we nader in op andere aansprakelijkheid beperkende instrumenten die *ex ante* kunnen worden toegepast: vrijtekening, vrijwaring en verzekering. Anders dan de decharge kunnen deze instrumenten aan de voorzijde van het bestuurlijke gedrag dat eventueel tot interne of externe bestuurdersaansprakelijkheid kan leiden, worden toegepast.

Allereerst kan een rechtspersoon zijn bestuurders vrijtekenen of vrijwaren. *Vrijtekening* houdt in dat de rechtspersoon en de bestuurder overeenkomen dat de vennootschap zich verbindt de bestuurder niet of slechts beperkt aansprakelijk te stellen voor eventueel toekomstig onzorgvuldig gedrag van de bestuurder. De vrijtekening ziet dus op het beperken van de interne aansprakelijkheid (artikel 2:9 lid 2 BW) en kan contractueel worden vastgelegd of in de statuten worden opgenomen. Vrijtekening is in Nederland geen gebruikelijke rechtsfiguur. Er wordt betoogd dat

---

<sup>26</sup> Zie o.a. HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21 (Willemsen Beheer/NOM investerings- en ontwikkelingsmaatschappij); HR 2 maart 2007, JOR 2007/137 (Nutsbedrijf Westland); HR 8 december 2006, JOR 2007/38 (Ontvanger/Roelofsen).

<sup>27</sup> HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21 (Willemsen Beheer/NOM investerings- en ontwikkelingsmaatschappij); HR 16 februari 2007, JOR 2007, 122 (Tuin Beheer/Houthoff Buruma); HR 15 juni 2001, JOR 2002/172 (Chipshol).

<sup>28</sup> Hof 's-Gravenhage 6 april 1999, JOR 1999/142 (Verlo/Drenth) en Rechtbank Amsterdam 26 maart 2008, LJN: BC8599 (Hestia).

<sup>29</sup> Zo ziet de Hoge Raad in HR 2 maart 2007, NJ 2007, 240, (Nutsbedrijf/Westland) r.o. 3.4.4, de maatstaf van aansprakelijkheid, 'ernstig verwijtbaarheid', als een vorm van beperking van aansprakelijkheid van de bestuurder voor schade die hij binnen de uitoefening van zijn taakuitoefening heeft toegebracht.

<sup>30</sup> HR 25 juni 2010, LJN: BM2332.

deze in strijd zou zijn met het dwingende recht van artikel 2:9 BW jo. 2:25 BW en/of met de openbare orde en goede zeden (artikel 3:40 BW).<sup>31</sup>

Bij *vrijwaring* gaat het om het schadeloosstellen van de bestuurder door de rechtspersoon voor vermogensschade die de bestuurder in persoon lijdt als gevolg van vorderingen die derden (soms ook de rechtspersoon, maar dan gaat het louter om vrijwaring voor proceskosten) tegen hem instellen vanwege handelingen die zijn verricht in het kader van zijn bestuurlijke taakvervulling. De rechtspersoon komt dan met de bestuurder overeen hem geheel of gedeeltelijk te compenseren door schadevergoeding, proceskosten, eventuele schikkingen etc., te betalen. In de praktijk blijkt vooral het betalen van de proceskosten belangrijk. De vrijwaring kan eveneens in de statuten worden opgenomen (Orsel, 2007). De figuur van de vrijwaring wordt begrensd door de openbare orde en goede zeden (artikel 3:40 BW). Een vrijwaring die opzet of bewust roekeloosheid dekt is zodoende nietig.

Een belangrijk instrument om de gevolgen van bestuurdersaansprakelijkheid te beperken is voorts de D&O (*Directors and Officers*) verzekering, in Nederland ook bekend onder de naam BCA (bestuurders en commissarissen aansprakelijkheid) polis. Door een D&O verzekering af te sluiten neemt een verzekeraar het risico op zich dat een bestuurder in het kader van zijn bestuurlijke taakuitoefening wordt aangesproken door een derde voor vergoeding van de door die partij geleden schade. Tegen een afgesproken premie neemt de verzekeraar aldus het risico op betaling van schadevergoeding over. Hieronder vallen tevens kosten van rechtsbijstand en andere proceskosten.

De D&O verzekering is echter niet ongelimiteerd. Opzettelijk of door bewuste roekeloosheid toegebrachte schade, schade door zelfverrijking van de bestuurder, schade door (vermogens)delicten en strafrechtelijke boetes worden niet door de verzekering gedekt. Schade door ernstig verwijtbaar handelen valt echter wel onder de dekking.

D&O verzekeringen worden door de rechtspersoon ten behoeve van de bestuurders afgesloten. De bestuurder heeft als verzekerde een directe claim jegens de verzekeraar. Ook de rechtspersoon is echter verzekerd als deze zich heeft verplicht de schadevergoeding van haar bestuurders te betalen. Zodoende is de vennootschap niet alleen verzekeringnemer, maar heeft deze ook een eigen claim jegens de verzekeraar naast de bestuurder.<sup>32</sup> Dat kan ertoe leiden dat verschillende belanghebbenden met soms tegenstrijdige belangen aanspraak maken op dezelfde gemaximeerde verzekerde som. Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarbij een beursvennootschap geconfronteerd wordt met een *class action* door aandeelhouders en tevens een interne aansprakelijkheidsprocedure is gestart tegen haar bestuurder.

---

<sup>31</sup> Zie anders B.F. Assink en P.D. Olden, Over bestuurdersaansprakelijkheid - de reikwijdte van de 'ernstig verwijt' maatstaf, vrijetekening en vrijwaring nader bezien, *Ondernemingsrecht* 2005-1, nr. 3; B.F. Assink, Samenwerking in het Bestuur. Over de wisselwerking tussen bestuurlijk gedrag, inzichten uit de sociale psychologie en het ondernemingsrecht, in: L. Timmerman, B.F. Assink, e.a., *Samenwerken in het Ondernemingsrecht*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 80, Deventer: Kluwer, 2011.

<sup>32</sup> Vaak kan sprake zijn van een eigen risico voor de vennootschap.

Ten slotte dient te worden opgemerkt dat relatief veel aanspraken jegens bestuurders voortvloeien uit faillissementen. In geval van een faillissement is de kans voor een bestuurder om persoonlijk aansprakelijk gesteld te worden het grootst als de vennootschap geen verhaal biedt. Een vrijwaring door de vennootschap biedt de bestuurder geen soelaas. In een faillissement biedt de vrijwaring de bestuurder slechts een concurrente vordering. Een D&O-verzekering biedt in faillissement doorgaans wel bescherming aan de bestuurder, mits wordt voldaan aan de voorwaarden van de uitloopdekking. De vrijwaring kan bescherming bieden wanneer een D&O verzekering geen dekking biedt. Denk aan situaties waarin het de limiet van de verzekerde som is bereikt en de verzekering is beëindigd (bijvoorbeeld door verloop van de verzekering, indien bij het aangaan van de verzekering onjuiste of onvolledige informatie door de verzekeringnemer aan de verzekeraar is gemeld, of er geen of te laat premie is betaald).

Samengevat bestaan er verschillende manieren om de risico's die bestuurders lopen om aansprakelijk gesteld te worden, en de (persoonlijke) gevolgen van een aansprakelijkheidsactie te beperken. Naast verzekeren is het verlenen van decharge een gebruikelijke figuur. Vrijtekenen en vrijwaren zijn andere mogelijkheden die vooraf kunnen worden verleend om aansprakelijkheid te beperken.

### **3.6 Bestuurdersaansprakelijkheid bij semipublieke ondernemingen**

Een vraag is of voor non-profit ondernemingen andere (striktere) normen zouden (moeten) gelden met betrekking tot bestuurdersaansprakelijkheid dan voor private ondernemingen, aangezien dergelijke ondernemingen een maatschappelijke of ideële doelstelling hebben en niet (primair) gericht zijn op het maken van winst. Hendrikse (2010) stelt dat een aantal kenmerken van semipublieke ondernemingen ertoe leidt dat bestuurders van dergelijke ondernemingen in de praktijk een groter risico lopen om aansprakelijk te worden gesteld. Zo zal de marge waarbinnen dit bestuur risico's kan nemen kleiner zijn omdat het streven naar winst niet als rechtvaardiging kan gelden voor het nemen van risico's. Een sluitende begroting is bovendien een stuk lastiger te verwezenlijken dan winst. Daarnaast hebben semipublieke ondernemingen vaker te maken met externe financiers voor wie bestuurders aansprakelijk stellen de enige mogelijkheid is om in te grijpen in het bestuur. Voorts hebben deze ondernemingen te maken met een ruimere kring van stakeholders dan private ondernemingen. Die zullen bovendien regelmatig tegengestelde belangen hebben. Ook zijn de ondernemingen – door hun maatschappelijke karakter – vaak aan nadere (sectorspecifieke) regelgeving gebonden. Dit alles leidt ertoe dat bestuurders van semipublieke ondernemingen een groter risico lopen om aansprakelijk te worden gesteld dan private ondernemingen (zie Hendrikse, 2010; 2009; Klaassen, 2010).

In een recente uitspraak in een aansprakelijkheidszaak tegen de bestuurders van een stichting achtte het Hof Amsterdam voor de beoordeling of zij aansprakelijk zijn

als belangrijke omstandigheid dat 'gelet op het doel van de stichting en de bij de aflossing van de financiering betrokken belangen van derden, met name de bewoners en de gemeente die borg stond voor de aflossing van de lening, het zorgvuldig voeren van het financiële beleid van de stichting een essentieel onderdeel van de taak van het bestuur. Het lopen van (grote) financiële risico's met het geleende geld is daarmee niet verenigbaar.' Het bestuur heeft, gelet op het doel van de stichting en het belang van de aflossing van de lening, 'niet het inzicht vertoond en de zorgvuldigheid betracht die mogen worden verwacht van een bestuur dat voor zijn taak berekend is en deze taak nauwgezet vervult en dat het heeft gehandeld zoals geen redelijk denkend bestuurder onder deze omstandigheden zou hebben gehandeld'.<sup>33</sup>

Verschillende auteurs hebben recentelijk de vraag opgeworpen of de aansprakelijkheid van bestuurders verschillend zou moeten uitvallen indien er sprake is van bezoldigde of onbezoldigde bestuurders. Een aantal auteurs kan zich voorstellen dat de rechter in zijn oordeel het onbezoldigd karakter van de bestuursfunctie zal meewegen (Hendrikse & Van den Heuvel, 2009; De Groot, 2006).<sup>34</sup>

### **3.7 Resumé juridische aansprakelijkheid van bestuurders**

De bestuurder dient zich in zijn werkzaamheden aan een heel aantal gedragsnormen te houden, maar aansprakelijkheid wegens een onbehoorlijke taakvervulling zal niet erg snel worden aangenomen. De drempel voor interne aansprakelijkheid van bestuurders ligt bij "ernstige verwijtbaarheid". Als onbehoorlijk bestuur wordt aangenomen is er vaak ook sprake van kwade trouw of fraude, hoewel dit geen minimumvereisten zijn. Voor louter "stupiditeiten" worden bestuurders doorgaans niet aansprakelijk gehouden. Daarnaast bestaat er een aantal mogelijkheden om (de gevolgen van) bestuurdersaansprakelijkheid te beperken, zoals decharge. Die wordt verleend door aandeelhouders voor reeds gevoerd beleid. Verschillende (recent) geïmporteerde rechtsfiguren, zoals vrijtekening en vrijwaring zouden in de nabije toekomst een serieuze rol kunnen gaan spelen.

Een aantal auteurs wijst er op dat het in de semipublieke sector wellicht eerder tot interne aansprakelijkstelling komt dan in de private sector. In een recente uitspraak lijkt het Hof Amsterdam te erkennen dat het publieke doel van een stichting een rol speelt bij het vaststellen van aansprakelijkheid van bestuurders.

---

<sup>33</sup> Gerechtshof Amsterdam 21 september 2010, LJN: BN6929 (Stichting Freule Lauts van Aysma), r.o. 4.5, 4.20.

<sup>34</sup> Zie anders Van den Ingh (1990).

## Hoofdstuk 4 Resultaten empirisch onderzoek

Het empirisch onderzoek dat in het kader van deze studie is verricht bestaat uit onderzoek in elf concrete cases naar de besluitvorming over het al dan niet aansprakelijk stellen van (ex)bestuurders en/of interne toezichthouders en daarnaast een zoekslag in twee databases met jurisprudentie. In hoofdstuk 1 is de gekozen aanpak verantwoord en is beschreven (in paragraaf 1.3) hoe de selectie van de cases tot stand is gekomen. Per case zijn twee tot vijf personen geïnterviewd. In totaal zijn over de cases 27 interviews gehouden met 33 respondenten.

Dit hoofdstuk beschrijft de resultaten van het empirisch onderzoek. Centraal staat het aansprakelijk stellen van (ex)bestuurders. Aan de bevindingen met betrekking tot het aansprakelijk stellen van interne toezichthouders is een aparte paragraaf (paragraaf 4.7) gewijd.

### **4.1 Hoe vaak wordt er een interne aansprakelijkheidsprocedure gestart?**

De hoofdvraag van het onderzoek richt zich op de redenen die er zijn om geen gebruik te maken van de mogelijkheid om bestuurders of interne toezichthouders aansprakelijk te stellen terwijl daar wel aanleiding toe lijkt te zijn. De assumptie die aan deze vraag vooraf gaat, is dat het civielrechtelijk instrumentarium om bestuurders aansprakelijk te stellen – buiten situaties van faillissement – weinig of niet wordt toegepast (zie, paragraaf 1.1). Deze paragraaf gaat in op de hoeveelheid gerechtelijke procedures waarin bestuurders of interne toezichthouders aansprakelijk worden gesteld door hun eigen organisatie. Er is niet getracht om alle procedures te achterhalen, maar om enig inzicht te verkrijgen in de mate waarin dergelijke procedures worden gevoerd.

Om een indicatie te krijgen van de hoeveelheid interne aansprakelijkheidsprocedures die bij de civiele rechter wordt gevoerd, is gezocht naar uitspraken gepubliceerd op JOR.nl en rechtspraak.nl (zie voor methode, paragraaf 1.3). Uit de periode van 11 november 2001 tot 11 november 2011 bevatten deze databases 70 verschillende gevallen waarin een niet failliete rechtspersoon haar eigen (oud)bestuurders en/of intern toezichthouders aansprakelijk stelt op grond van artikel 2:9 BW en/of 6:162 BW. De inventarisatie is opgenomen in bijlage 3. Het daadwerkelijke aantal gestarte procedures ligt vermoedelijk hoger dan het aantal gevonden uitspraken. JOR en rechtspraak publiceren namelijk niet elke uitspraak van de rechter, maar zijn selectief (zie paragraaf 1.3). Bovendien zijn in de jurisprudentieverzamelingen alleen zaken opgenomen waarin het tot een gerechtelijke uitspraak is gekomen; zaken waarin partijen voordien tot een schikking komen, vallen er vanzelfsprekend buiten. Daarnaast is het ook mogelijk dat een interne aansprakelijkheidsactie op een ander artikel dan artikel 2:9 BW of 6:162 BW is gebaseerd.<sup>35</sup> Ook kon geen telling worden

---

<sup>35</sup> Dat zou bijvoorbeeld ook kunnen op basis van het arbeidsrecht.



gedaan van het aantal gevallen waarin het aansprakelijkheidsgeschil via arbitrage is beslecht.

Het aantal potentiële gevallen waarin een aansprakelijkheidsprocedure zou kunnen worden gestart is vermoedelijk veel groter. Uit onderzoeken is bekend dat het in slechts 5% van de juridische geschillen tot een gerechtelijke procedure komt.<sup>36</sup> Waar mogelijk trachten partijen eerst een schikking te bereiken.

De deelnemers aan de expertmeeting die bij aanvang van het onderzoek plaatsvond waren van mening dat ook kwesties met betrekking tot de aansprakelijkheid van bestuurders vaak zonder formele procedures worden opgelost. Een aanbieder van D&O-verzekeringen was van mening dat aansprakelijk stellen vrij gemakkelijk gebeurt. Met andere deelnemers aan de expertmeeting meent hij ook dat veel van dergelijke geschillen worden geschikt. De verzekeraar kan daar een actieve rol in spelen.

Uit onderzoek naar de aansprakelijkheidsverzekering van bestuurders en commissarissen komt eveneens naar voren dat veel schikkingen worden getroffen (Weterings, 2010<sup>37</sup>). Zijn respondenten schatten dat in zo'n 70% van de zaken wordt geschikt en dat 30% in een procedure eindigt.<sup>38</sup>

Op basis van deze gegevens mag worden vermoed dat de telling van 70 zaken (over een periode van tien jaar) waarin een gerechtelijke procedure is gevoerd slechts het topje van een ijsberg toont.

## **4.2 De onderzochte cases**

In alle onderzochte cases was sprake van een "affaire" die nadelige financiële gevolgen had voor de betrokken organisatie. In de meeste gevallen zijn één of meer bestuurders en/of interne toezichthouders opgestapt als gevolg van hetgeen er had plaatsgevonden. In vijf van de onderzochte cases is geen civiele aansprakelijkheidsprocedure gestart en in zes wel. In twee van deze gevallen is naast een of meer bestuurders ook een interne toezichthouder aansprakelijk gesteld. De geselecteerde cases zijn in lijn met het soort zaken waaraan in de Kamerdebatten (zie paragraaf 1.1) werd gerefereerd. Er zijn echter ook cases bij die niet tot nauwelijks in de publiciteit zijn geweest.

Van de zes cases waarin een bestuurder aansprakelijk is gesteld op grond van artikel 2:9 BW zijn er drie van private ondernemingen en drie van semipublieke ondernemingen. Onder de vijf cases waarin geen aansprakelijkheidsprocedure plaatsvond, zijn er vier uit de semipublieke sector. Onder de vier cases uit de private sector hebben er twee betrekking op beursgenoteerde ondernemingen. De semipublieke cases spelen zich overwegend af in de zorg en de volkshuisvesting.

---

<sup>36</sup> Dit percentage wordt gevonden bij natuurlijke personen (Van Velthoven & Klein Haarhuis, 2010) en bij MKB-bedrijven (Croes & Maas, 2009).

<sup>37</sup> Weterings sprak met 21 respondenten uit de verzekeringwereld: zes vertegenwoordigers van D&O verzekeraars, drie verzekeringsmakelaars op dit terrein en twaalf curatoren.

<sup>38</sup> Opgemerkt zij dat het bij Weterings voornamelijk faillissementszaken betreft. Die worden in de regel wél door de D&O polis gedekt.

Aansprakelijk gesteld volgens Art 2:9 BW	
3 cases	3 cases
<i>semi-publiek</i>	<i>privaat</i>
4 cases	1 case
Niet aansprakelijk gesteld volgens Art 2:9 BW	

Figuur 1 onderzochte cases: semipubliek vs. privaat en wel aansprakelijk gesteld vs. niet aansprakelijk gesteld.

In negen van de elf cases is tenminste één bestuurder naar aanleiding van de affaire vertrokken en in vijf gevallen zijn één of meer interne toezichthouders naar aanleiding van de affaire vertrokken. Vijf van de betrokken organisaties kwamen zodanig in financiële problemen dat ze niet langer zelfstandig konden voortbestaan. Deze organisaties zijn gefuseerd of overgenomen. In tenminste één geval zijn onderdelen van de organisatie failliet gegaan.

Naast het al dan niet aansprakelijk stellen van de bestuurders en/of interne toezichthouders werden ook allerhande andere (juridische) acties ondernomen. In vier cases was, al dan niet naast de aansprakelijkheidsprocedure, sprake van een strafrechtelijk traject waarin één of meer bestuurders en/of interne toezichthouders werden verdacht van delicten. Paragraaf 4.6 gaat nader in op deze (parallele) juridische trajecten.

Van de zes cases waarin een bestuurder in een formele procedure aansprakelijk is gesteld eindigde er één in een schikking. In vier zaken is een eindoordeel uitgesproken over de aansprakelijkheid van de bestuurder(s). In één van die zaken werd de aansprakelijkheidsclaim niet gehonoreerd.

### **4.3 Het proces aangaande aansprakelijk stellen**

Het onderhavige onderzoek richt zich op de redenen om bestuurders en/of interne toezichthouders intern aansprakelijk te stellen. Het (al dan niet) starten van een aansprakelijkheidsprocedure is geen beslissing die altijd bewust, op één moment en in unanimitéit wordt genomen. Er zijn verschillende keuzemomenten waarop

beslissingen worden genomen. In de regel wordt een definitief besluit over het aansprakelijk stellen van een bestuurder pas genomen op het moment dat nieuwe mensen in de raad van bestuur, en vaak ook de raad van commissarissen/toezicht, zijn aangetreden. In alle onderzochte cases was de bestuurder al eerder, al dan niet vrijwillig, vertrokken. Daarbij is de start van een formele aansprakelijkheidsprocedure volgens artikel 2:9 BW vaak het sluitstuk van een proces waarin eerder al verschillende acties zijn ondernomen tegen de bestuurder en/of andere personen. Soms wordt in die stadia reeds een oplossing bereikt die een formele procedure volgens artikel 2:9 BW overbodig maakt.

Een belangrijke contextuele factor is de mate waarin de organisatie in haar voortbestaan wordt bedreigd. In gevallen van een acute existentiële bedreiging ligt alle prioriteit bij de overlevingsstrijd. Pas als die is gewonnen komt men toe aan een eventuele aansprakelijkheidsprocedure.

Ook van belang is of er vermoedens bestaan van fraude door de bestuurder. In vier cases is in opdracht van de organisatie forensisch onderzoek verricht om vast te stellen wat er was gebeurd (en wie erbij betrokken was). Indien zo'n onderzoek bewijs oplevert tegen een bestuurder kan men sneller geneigd zijn de bestuurder aansprakelijk te stellen. In verschillende cases is ook sprake van strafrechtelijk onderzoek. Dit komt in paragraaf 4.6 uitgebreider aan de orde.

#### *De aanleiding*

In vijf cases bevond de organisatie zich in een situatie van grote en acute financiële nood, die om een snelle reactie vroeg. Deze situatie ging meestal gepaard met berichtgeving in de media over de (financiële) problemen bij de onderneming. Zulke publiciteit leidt veelal tot extra complicaties, omdat ook de relevante omgeving van de onderneming op de hoogte raakt van de problemen. In enkele gevallen is de media-aandacht een belangrijker aanleiding tot actie geweest dan dat acute financiële problemen dat waren. Men was genoodzaakt tot actie over te gaan om het vertrouwen van klanten, partners en financiers terug te winnen.

In verschillende cases vormden vermoedens van fraude de aanleiding tot interventies en het mogelijk aansprakelijk stellen van een bestuurder. Hoewel er sprake was van financiële schade, was er in deze gevallen meestal geen financiële noodsituatie.<sup>39</sup>

#### *Het vertrek van de bestuurder*

In het merendeel van de cases werd de bestuurder, nadat het probleem zich had gemanifesteerd, op non-actief gesteld door de raad van commissarissen. Vervolgens werd zo snel mogelijk naar een vervanger gezocht, meestal in de hoedanigheid van een interim-bestuurder.

---

<sup>39</sup> Frauderende bestuurders hebben er vanzelfsprekend geen baat bij hun organisatie in financiële problemen te brengen. Een gezonde financiële situatie betekent ook continuïteit in de fraude-opbrengsten en vermindert de kans dat de fraude aan het licht komt.

Alle op non-actief gestelde bestuurders zijn uiteindelijk – vrijwillig of onvrijwillig – vertrokken. Bij het vertrek horen ook onderhandelingen over de financiële afwikkeling van het arbeidscontract. Daarbij komen ook aspecten als de verantwoordelijkheid van de bestuurder, de (mate van) schuld/verwijtbaarheid en mogelijke aansprakelijkheid aan de orde. Bij een aantal cases is (vermeende) aansprakelijkheid van invloed geweest op de wijze van vertrek en de eventuele vertrekregeling (zie paragraaf 4.6). In één geval is een procedure over een vertrekregeling de trigger geweest om de bestuurder aansprakelijk te stellen. In twee cases werd, in de ogen van de direct betrokkenen, met de onderhandelingen over het vertrek van de bestuurder ook de aansprakelijkheidskwestie definitief afgehandeld. Er werd hierbij echter niet zwart-op-wit vastgelegd dat geen aansprakelijkheidsprocedure zou worden gestart.

#### *Aansprakelijkheidsprocedure en andere acties*

Na het vertrek van de bestuurder(s) en het aantreden van nieuwe bestuurders (en eventueel interne toezichthouders) is de weg vrij om over eventuele verdere maatregelen te denken, zoals een procedure op basis van artikel 2:9 BW. In de regel wordt binnen een jaar na het vertrek van de bestuurder besloten zo'n traject in te gaan, of er "definitief" van te zien. De cases leren ook dat bij een "definitief" besluit geen actie te ondernemen, zich later nog feiten en omstandigheden kunnen voordoen die er toe leiden dat besluit te heroverwegen.

Bij het afwikkelen van affaires die tot het aansprakelijk stellen van een bestuurder zouden kunnen leiden, wordt in veel gevallen ook actie tegen andere betrokkenen overwogen. In 5 cases zijn ook een of meer interne toezichthouders vertrokken naar aanleiding van de affaire (zie paragraaf 4.7) en in verschillende gevallen zijn ook acties gestart tegen andere betrokkenen (zie paragraaf 4.6).

#### *De afwikkeling van gerechtelijke procedures*

Indien een gerechtelijke procedure tegen een bestuurder wordt ingesteld vergt dat vaak nog jarenlang aandacht van de organisatie aangezien een procedure, inclusief eventueel hoger beroep, doorgaans jaren duurt. De in het kader van dit onderzoek geïnterviewde respondenten hebben in veel gevallen slechts een deel van het aansprakelijkheidstraject van dichtbij meegemaakt.

### **4.4 Redenen om bestuurders aansprakelijk te stellen**

In deze paragraaf wordt weergegeven welke motieven in de zes cases waarin een aansprakelijkheidsprocedure op grond van artikel 2:9 BW is gestart het meest doorslaggevend zijn geweest. Over het algemeen noemden respondenten meerdere motieven. We hebben getracht de keuze tussen die motieven scherp te krijgen.<sup>40</sup> Uit

---

<sup>40</sup> Voor elke case heeft de onderzoeker die de case onder zijn/haar hoede had de in de interviews genoemde motieven geordend in volgorde van belang. In enkele gevallen – waarin de ambiguïteit hoog was – is de volgorde in samenspraak met andere leden van het onderzoeksteam vastgesteld.

de interviews klinkt echter door dat die motieven voor beslissers niet zo duidelijk zijn te onderscheiden. Respondenten in dezelfde case noemen ook regelmatig verschillende motieven. Uiteindelijk zijn er vier belangrijke motieven om tot een aansprakelijkheidsactie over te gaan: financiële compensatie, een signaal afgeven, straffen en persoonlijke motieven. Ze worden in het vervolg van deze paragraaf nader toegelicht. In één van de onderzochte cases is het aansprakelijk van de bestuurder niet voortgekomen uit een beslissing van de onderneming om de bestuurder aan te pakken. Deze bestuurder werd aansprakelijk gesteld in reactie op een poging van de bestuurder zelf om een riante vertrekregeling af te dwingen.

#### *Financiële compensatie*

Artikel 2:9 BW biedt de mogelijkheid om via de rechter of arbiter financiële compensatie te krijgen voor door onbehoorlijk bestuur geleden schade. Het compenseren van ten gevolge van het handelen van bestuurders geleden schade werd door verschillende respondenten genoemd als motief om tot aansprakelijk stellen over te gaan. In alle cases waarin aansprakelijk is gesteld was dit motief aan de orde. Toch wordt slechts in één van deze cases het verkrijgen van financiële compensatie als belangrijkste motief genoemd.

In de andere cases waarin een aansprakelijkheidsprocedure is gevoerd werd het motief van financiële compensatie genoemd, maar tegelijk gerelativeerd. In de meeste gevallen twijfelt men sterk of aan het eind van de rit de kosten-baten balans gunstig zal zijn. De in het kader van de procedure gemaakte kosten zijn hoog, terwijl men ziet dat hoge eisen worden gesteld aan het juridisch onderbouwen van de geleden schade en de aansprakelijkheid. Daarbij zal, wanneer de onderneming in het gelijk wordt gesteld, de aansprakelijk gestelde bestuurder en/of interne toezichthouder de schade mogelijk niet volledig (kunnen) vergoeden. In de gevallen waarin tot een procedure op grond van artikel 2:9 BW is overgegaan had men doorgaans de verwachting dat er uiteindelijk voldoende “rendement” zou zijn om in ieder geval de kosten van de procedure (inclusief advocatenkosten) te dekken.

#### *Een signaal afgeven*

In drie van de zes cases waarin een bestuurder aansprakelijk werd gesteld op grond van artikel 2:9 BW, was het signaal dat daarmee werd afgegeven de belangrijkste reden om tot actie over te gaan. In twee gevallen werd de signaalwerking als aanvullend motief genoemd. De (primaire) adressanten van het ‘signaal’ variëren daarbij. In enkele gevallen was het signaal (mede) gericht op het personeel van de organisatie. Door op te treden tegen een bestuurder (en/of andere leden van de organisatie) werd het signaal afgegeven dat bepaald gedrag niet werd getolereerd. ‘We moesten ons ervan distantiëren’. Een verbindend element in de gevallen waarin men meende dat een “signaal” aan het eigen personeel moest worden gegeven, is dat er sprake was van een bestuurder en/of andere leden van de organisatie die persoonlijk financieel profijt hadden genoten van transacties waardoor de organisatie was benadeeld. De betrokken organisaties concluderen achteraf dat er te weinig controle was op het handelen van hun bestuurders, de verantwoording en

transparantie bij grote transacties tekort schoot en kritische geluiden de kop werden ingedrukt. De aansprakelijkheidsacties maken deel uit van een beleid van 'afrekenen met het verleden'. Die afrekening bestaat ook uit allerlei ingrepen in de organisatie en de werkwijze, zoals het verbeteren van de *governance*, striktere financiële controle en trajecten om cultuurveranderingen te bewerkstelligen.

Tot de externe adressanten van het signaal behoren (potentiële) opdrachtgevers, klanten, de politiek, de media etc. Via het aansprakelijk stellen communiceert de organisatie naar de buitenwereld dat "schoon schip" wordt gemaakt. Dit argument speelt het meest nadrukkelijk in de cases waarin de problemen veel aandacht in de media kregen en/of bestuurders van fraude worden verdacht. Bij semipublieke ondernemingen is ook de signaalwerking naar de rest van de branche een veelgenoemd motief. Met het aansprakelijk stellen van de bestuurders werd ook beoogd een gedragsverandering teweeg te brengen bij andere personen die in de branche werkzaam waren. In deze gevallen stuurden overheidsdiensten actief aan op het starten van een aansprakelijkheidsprocedure.<sup>41</sup> Het aanpakken van een bestuurder van (bijvoorbeeld) een onderwijsorganisatie is in zo'n geval een signaal aan alle andere bestuurders van onderwijsorganisaties. In twee van de drie semipublieke organisaties waar een aansprakelijkheidsprocedure is gestart, is die beslissing afgestemd tot op het niveau van de verantwoordelijke bewindspersoon.

### *Straffen*

In één case was het hoofdmotief van de aansprakelijkheidsactie de verantwoordelijke bestuurders aan te pakken. Het betrof hier, in de ogen van de respondenten die bij de aansprakelijkstelling betrokken waren, bestuurders die hun verantwoordelijkheid voor de door hen veroorzaakte schade niet wilden erkennen. Het motief van de aansprakelijkstelling was niet het vergoed krijgen van de schade, maar 'een principekwestie, gedreven door emotie'. 'De drijfveer was dat de voormalig bestuurders mooi weer speelden en nooit excuses hebben aangeboden', aldus een respondent.

Het is niet de enige case waarin morele verontwaardiging doorklinkt in het relaas van de respondenten. Over het algemeen bezien de respondenten de mogelijkheid en wenselijkheid van het aansprakelijk stellen van de bestuurder namelijk niet uitsluitend binnen een juridisch kader. Ze hebben ook een moreel oordeel over wanneer aansprakelijkstelling geboden is. Die morele grens om een aansprakelijkheidsprocedure te starten wordt veelal getrokken bij fraude, zelfverrijking of bewuste roekeloosheid. 'Voor goedbedoelde stupiditeiten kun je niet iemand aansprakelijk stellen', zo stelt een respondent.

Verschillende malen namen respondenten het woord "straffen" in de mond. Een respondent: 'Wat hij had gedaan kon niet, dus dan moet er een rechtvaardige straf volgen voor het gedrag'. Het feit dat de bestuurder de interne toezichthouders niet (voldoende) heeft ingelicht of zelfs tegen hen heeft gelogen wordt door verschillende

---

<sup>41</sup> De bemoeienis beperkt zich niet tot 'zachte' beïnvloeding. Het is niet ongebruikelijk dat van overheidswege een externe toezichthouder wordt aangesteld. In één van de onderzochte casus werd een aansprakelijkheidsactie als voorwaarde gesteld voor financiële steun van de overheid.

respondenten genoemd. 'We voelden ons bedrogen'. Ze geven dit vaak als verklaring waarom ze het terecht vinden dat de bestuurder aansprakelijk wordt gesteld.

Toch benadrukken deze respondenten dat de beslissing om al dan niet aansprakelijk te stellen uiteindelijk een rationele, en geen emotionele beslissing is. De morele verontwaardiging kan een rol spelen in de besluitvorming over het starten van aansprakelijkheidsprocedure, maar wordt in de regel niet als formeel motief genoemd om een procedure te starten.

#### *Persoonlijke motieven en eigen reputatie*

Wanneer respondenten reflecteren op redenen om al dan niet een aansprakelijkheidsprocedure te starten, ligt de nadruk op motieven waarmee zo'n besluit formeel onderbouwd zou kunnen worden. In twee cases waarin aansprakelijk is gesteld is er door respondenten op gewezen dat beslissers ook persoonlijke belangen hebben bij het starten van zo'n procedure. Men wil daadkracht tonen, of vreest voor schade aan de eigen reputatie indien er niet hard wordt opgetreden. Een respondent geeft aan: 'Die interim-commissarissen staan volop in de picture. Zij moeten laten zien dat ze stevig durven optreden'. Een interim-toezichthouder legt uit dat hij door zijn reputatie en rol in de case als het ware gedwongen was om actie te ondernemen: 'Ik zou het niet kunnen hebben uitleggen als ik het niet tot op de bodem had uitgezocht'. Ondanks dergelijke persoonlijke ontboezemingen benadrukken de respondenten telkens dat de beslissing om aansprakelijk te stellen uiteindelijk een rationele beslissing is geweest.

#### **4.5 Redenen om af te zien van een aansprakelijkheidsprocedure**

In deze paragraaf wordt weergegeven welke redenen in de vijf cases waarin geen aansprakelijkheidsprocedure werd gestart van belang waren om af te zien van het starten van een procedure. De motieven om geen aansprakelijkheidsprocedure te starten zijn minder eenduidig dan de motieven om dat wel te doen.

In één van de vijf gevallen is een schikking tot stand gekomen, waarbij de ex-bestuurder een deel van de geleden schade heeft vergoed. Eigenlijk betekent dit dat de bestuurder wel in zekere mate aansprakelijk wordt gehouden, maar er een regeling is getroffen waardoor geen formele procedure hoefde te worden gestart. Het betrof hier een bestuurder die zich schuldig had gemaakt aan frauduleus handelen.

In drie van de vijf gevallen is de organisatie ten onder gegaan aan de financiële problemen waarin zij verkeerde. In die omstandigheden wordt prioriteit gegeven aan het redden van de organisatie. Het starten van een aansprakelijkheidsprocedure, met de daaraan verbonden tijdsduur en kosten, werd door de betrokkenen geen reële optie geacht.

Ten slotte is er één case waarin geen van de betrokkenen aanleiding zag de ex-bestuurder aansprakelijk te stellen. In deze zaak roemen de betrokkenen de integriteit en betrokkenheid van de bestuurder. Het betreft iemand met een lange

carrière, die aan het eind daarvan de grip op de ontwikkelingen binnen de organisatie en het werkveld kwijtraakt. De problemen waren mede ontstaan door externe factoren die de bestuurder niet had kunnen voorzien.

#### *De strijd om te overleven*

Bij enkele cases waarin niet aansprakelijk is gesteld volgens artikel 2:9 BW was sprake van een acute bedreiging van het voortbestaan van de organisatie. Zowel in de semipublieke als in de private sfeer worden financiers dan terughoudend, moeten zittende bestuurders het veld ruimen en worden interim-bestuurders en externe toezichthouders ingevlogen. Onder dergelijke omstandigheden ligt de eerste prioriteit van de bestuurders en toezichthouders bij het redden van organisatie. Met herstelplannen die de financiers voldoende overtuigen om de financiering voort te zetten, of het polsen van mogelijke fusiepartners of partijen die de onderneming kunnen overnemen. Op zo'n moment is het volgens de respondenten niet in het belang van de organisatie om de bestuurder aan te spreken die de problemen heeft veroorzaakt. Een respondent stelt: 'Als je huis in brand staat, ga je eerst blussen. Je hebt dan geen tijd voor juridische procedures'.

In één van de onderzochte cases wilde men bij het zoeken naar een uitweg de bestuurder zoveel mogelijk uit de buurt hebben, en daarbij paste het niet om met elkaar in een jarenlang durende juridische procedure verzeild te raken. In twee zaken was het juist weer wel van belang om met elkaar in contact te blijven; het betroffen (gewezen) bestuurders die als enigen over informatie en contacten beschikten die essentieel waren voor de redding van de organisatie. Ook in dergelijke situatie is aansprakelijkstelling niet functioneel.

In drie cases waarin het niet tot een procedure op basis van artikel 2:9 BW is gekomen waren de financiële problemen zo groot dat de activiteiten door een andere organisatie moesten worden overgenomen. In principe zou de rechtsopvolger alsnog tot een procedure kunnen overgaan. In de onderzochte cases bleek echter dat de rechtsopvolgers daar weinig voor voelen: men wil de bedrijfsactiviteiten revitaliseren en wil zich niet met het verleden van de organisatie associëren. 'Het is nuttiger vooruit te kijken en met nieuwe mensen de zaak weer op te bouwen, dan energie te steken in het verleden'.

#### *Perceptie slaagkans procedure*

In de door ons onderzochte organisaties die aansprakelijkstelling hebben overwogen, maar geen procedure zijn gestart, werd de slaagkans van een aansprakelijkheidsprocedure over het algemeen gering geacht. Ten aanzien van de slaagkans moet onderscheid worden gemaakt tussen de kans om een procedure te winnen en de verhaalkans. Met betrekking tot het eerste bestaat bij veel respondenten het idee dat in een formele procedure de lat heel hoog wordt gelegd, en dat er sprake moet zijn van opzet of bewuste roekeloosheid, wil men zo'n procedure kunnen winnen. In de perceptie van deze respondenten ligt de verwijtbaarheidsgrens bij civielrechtelijke aansprakelijkheid zo hoog dat een formele procedure riskant is. Alleen als fraude is gepleegd of anderszins aan zelfverrijking is



gedaan, staat volgens de respondenten buiten kijf dat dit de bestuurder aan te rekenen is. De verwijtbaarheid is eens te meer omstreken omdat de beslissingen die achteraf voor problemen hebben gezorgd, vaak complex zijn en onder grote onzekerheid zijn genomen. Bij semipublieke ondernemingen moeten beslissingen over de toekomst van organisaties bijvoorbeeld worden genomen in de context van veranderende spelregels met betrekking tot de financiering of doelstellingen.<sup>42</sup> Soms is onder politieke druk besloten om een bepaald niveau van dienstverlening in stand te houden terwijl dat financieel niet rendabel is. Dat alles maakt dat schade door de betrokkenen niet altijd als verwijtbaar wordt beschouwd.

Eén van de organisaties die geen procedure startte heeft wel forensisch onderzoek laten uitvoeren omdat het vermoeden bestond dat de bestuurder persoonlijk gewin had genoten van een grote aankoop die het bedrijf had gedaan. De bestuurder had de riskante aankoop op eigen houtje gedaan. Voor persoonlijk gewin werd echter geen hard bewijs gevonden. Daarmee was ook een mogelijke aansprakelijkheidsprocedure van de baan. Dat de transactie zeer riskant was en verhuld was gebleven voor de rest van de organisatie werd kennelijk onvoldoende bezwarend geacht.

Wat de verhaalskans betreft geldt dat het bedrag dat men meent uit het privévermogen van een bestuurder te kunnen onttrekken bij lange na niet toereikend is om de geleden schade te vergoeden. Dat geldt ook bij de case uit de private sector waarin niet aansprakelijk werd gesteld. 'Je praat vaak over zo'n aanzienlijke schade dat deze toch niet verhaalbaar is op de betrokkene, en daar besteedt men dan ook niet teveel tijd aan', aldus een respondent. Hoewel een aantal respondenten aangeeft dat de verhaalskansen mogelijk groter zijn als er gehandeld is uit persoonlijk gewin, blijkt uit de door ons onderzochte cases dat die redenering niet altijd opgaat. Ook in die gevallen kan verhaal moeizaam zijn omdat de bestuurder al het verkregen geld al heeft opgemaakt of het via BV'tjes naar buitenlandse rekeningen is weggesluisd.

#### *De kosten van een procedure*

Respondenten wegen de mogelijke opbrengsten van een formele aansprakelijkheidsprocedure af tegen de in het kader van zo'n procedure te maken kosten. In de perceptie van de respondenten gaat het om zeer kostbare en tijdrovende procedures.<sup>43</sup> Voor verschillende respondenten zijn de 'jarenlange' procedures die 'handen vol geld' kosten, een schrikbeeld. Voor enkele ondernemingen waren de hoge kosten dan ook een reden om mogelijke alternatieven voor aansprakelijkstelling buiten een procedure te overwegen. In één

---

<sup>42</sup> In verschillende casus hebben semipublieke organisaties, gehoorgevend aan de roep om meer marktconform te opereren, activiteiten ontplooid buiten hun traditionele taken. Niet zelden worden hier verwijten gemaakt aan centrale overheidsorganen, die nadat in een project is geïnvesteerd, op de rem trappen omdat zo'n activiteit niet in lijn zou zijn met de semi-publieke functie van de organisatie.

<sup>43</sup> Deze perceptie krijgt empirische onderbouwing uit de onderzochte cases waarin is geprocedeerd. In vier van de zes gevallen vroegen respondenten aandacht voor de gemaakte kosten. In elk van die gevallen gaf de eisende partij ten minste een miljoen euro uit aan (forensisch) onderzoek, proces- en advocatenkosten. In de meeste zaken is jarenlang doorgeprocedeerd. Twee ondernemingen deden aangifte bij het OM om niet langer zelf de kosten van forensisch onderzoek te hoeven dragen.

van de gevallen waarin de ex-bestuurder niet in een formele procedure aansprakelijk werd gesteld is een schikking bereikt waarbij de ex-bestuurder een fors geldbedrag betaalde ter vergoeding van de schade.

#### *Reputatieschade en publiciteit*

De mogelijke schade aan de reputatie is een factor die door verschillende respondenten wordt meegewogen. 'Je wilt je eigen vennootschap niet in opspraak brengen en blootstellen aan negatieve publiciteit', zo stelt een respondent. Daarom is het volgens deze respondent gebruikelijk om het vertrek van een bestuurder intern te regelen, zelfs al heeft deze ernstige fouten gemaakt. 'In het belang van de onderneming' is dan de formulering. 'Het is schandalig, maar je moet op je tanden bijten', zo stelt een respondent van een private onderneming. Ook voor semipublieke ondernemingen geldt dat een procedure reputatieschade kan opleveren. 'Als de raad van toezicht vaststelt dat er sprake is van wanbeleid, wie wil dan nog zijn moeder door ons laten verzorgen?', vraagt een bestuurder van een zorginstelling zich af.

Ook de persoonlijke reputatie van interne toezichthouders is als bijkomend argument genoemd om af te zien van een aansprakelijkheidsprocedure. Het risico dat een aansprakelijk gestelde bestuurder 'met modder gaat gooien', met de bijbehorende publiciteit, is geen aantrekkelijk vooruitzicht voor de betrokkenen: 'Als je aanvalt, gaat hij terugslaan'. Verschillende respondenten geven aan dat het aansprakelijk stellen van de bestuurder wegens onbehoorlijk bestuur zou betekenen dat de interne toezichthouders toegeven dat ze zelf niet goed hebben opgelet.

De mogelijke reputatieschade ten gevolge van gerechtelijke procedures is vooral aan de orde geweest in relatie tot (openbare) gerechtelijke procedures. Arbitrage is meer besloten, en zal mogelijk minder risico's opleveren voor de reputatie.

#### *Persoonlijke relaties en loyaliteit*

In de interviews is de vraag gesteld in hoeverre persoonlijke relaties of loyaliteit een rol hebben gespeeld bij het besluit om af te zien van een aansprakelijkheidsprocedure. Een commissaris van een private onderneming stelt dat degenen die bij het starten van een aansprakelijkheidsprocedure betrokken zijn (interne toezichthouders en nieuwe bestuurders) wel begrip kunnen opbrengen voor verkeerd uitgekarteerde beslissingen. Ze kennen de soms ambivalente omstandigheden waarin beslissingen moeten worden genomen goed en zijn daarom mogelijk wat milder. Een duidelijke grens ligt daar waar een bestuurder zich heeft verrijkt ten koste van de organisatie.

In de door ons onderzochte cases met betrekking tot private ondernemingen was van terughoudendheid echter geen sprake. In de crisissituatie die een mogelijke grond vormde voor een aansprakelijkheidsactie, kwam het tot forse aanvaringen tussen de bestuurder en (onder meer) de raad van commissarissen. In een van de ondernemingen had de raad van commissarissen nadrukkelijk al het vertrouwen verloren in de bestuurder: 'hij was helemaal fout bezig' en 'iedereen had de pest aan hem'.

In de semipublieke ondernemingen is soms sprake van zeer lang zittende intern toezichthouders die ook privé nauwe relaties onderhouden met bestuurders (bijvoorbeeld gezamenlijk op vakantie gaan). In één van cases stelt een betrokkene dat de interne toezichthouders de problemen lange tijd (ten onrechte) niet onder ogen hebben willen zien. 'Het is ook een groepsproces waarin allen elkaar gevangen houden; iedereen heeft elkaar beschermd'. Terugblikkend bepleiten veel respondenten een zakelijker, afstandelijker relatie tussen de bestuurders en interne toezichthouders van semipublieke ondernemingen.

Bij de beslissing om al of niet aansprakelijk te stellen wordt meestal ook rekening gehouden met de persoonlijke gevolgen die de juridische actie voor de bestuurder zou kunnen hebben. Voor werk in hun branche – zeker op het niveau waarop ze werkzaam waren – zijn ze vrijwel altijd uitgerangeerd en dat wordt door sommige respondenten al als zo'n zware "straf" gezien dat aanvullend aansprakelijk stellen niet billijk meer zou zijn. 'Ik was er destijds bijna zeker van dat hij niet meer als bestuurder aan de slag zou kunnen. Dat vonden we al een behoorlijke sanctie', stelt een respondent. Een ander over een ex-bestuurder: 'Hij is tot diep in het bot geraakt door de verwijten. Hij voelt zich aangetast in zijn eer. Dat is veel erger dan een of andere uitspraak van de rechter. Je komt niet meer aan de bak'.

Enkele respondenten merken ook op dat bij de semipublieke ondernemingen de politiek zich soms intensief met de afwikkeling van affaires bemoeit. Als er bekende (voormalige) politici in de raad van commissarissen/toezicht zitten, is de kans klein dat hun partijgenoten zullen aansturen op het aansprakelijk stellen, aldus enkele respondenten. Dit geluid werd niet van politici zelf vernomen, maar wel van andere respondenten die, in uiteenlopende rollen, nauw bij de besluitvorming in enkele onderzochte cases betrokken waren.

#### **4.6 Actiemogelijkheden naast of in plaats van aansprakelijk stellen**

Een van de veronderstellingen die aan dit onderzoek ten grondslag liggen is dat bestuurders gemakkelijk met fouten weggelaten en niet worden aangepakt (zie paragraaf 1.1). In de vijf cases waarin niet aansprakelijk werd gesteld (geen formele procedure op basis van artikel 2:9 BW) zijn er de verantwoordelijke bestuurders er echter niet ongeschonden vanaf gekomen. De hoofdpunten:

- in alle vijf gevallen is de verantwoordelijk bestuurder teruggetreden naar aanleiding van de affaire;
- in twee gevallen hebben benadeelde partijen een procedure bij de ondernemingskamer aanhangig gemaakt;
- in één geval is een schikking getroffen, waarbij de voormalige bestuurder een substantieel bedrag heeft betaald aan de benadeelde organisatie.

Deze paragraaf gaat in op datgene dat buiten of naast een formele aansprakelijkheidsprocedure volgens artikel 2:9 BW gebeurt. In deze paragraaf komen achtereenvolgens aan de orde:

- regelingen rond het vertrek van de bestuurder;
- schikkingen;
- strafrechtelijk onderzoek en onderzoek door belastingdienst;
- aansprakelijkheidsacties door andere gedupeerden;
- aansprakelijkheidsacties tegen andere verantwoordelijken.

#### *Regelingen rond het vertrek van de bestuurder*

In sommige cases is het gedrag van de bestuurder zo negatief gewaardeerd dat oneervol ontslag of ontslag op staande voet is overwogen. Met uitzondering van de fraudezaken, is in vrijwel alle gevallen toch voor ontslag met wederzijds goedvinden gekozen, omdat dit sneller en eenvoudiger te bewerkstelligen is en minder risico's met zich meebrengt voor de onderneming dan ontslag op staande voet.

Bij het ontslag kunnen ook afspraken worden gemaakt over het afzien van aansprakelijkstelling. Soms komen partijen overeen dat in geval van conflicten een arbitrage zal worden gestart. In de onderzochte cases vormen ondermeer de volgende elementen "wisselgeld" in de onderhandelingen met de vertrekkende bestuurder:

- vertrekpremies
- kennis en contacten
- toekomstige werkzaamheden als "adviseur"
- schadevergoeding door bestuurder aan de organisatie
- geheimhouding of juist publiciteit

In twee cases hebben kennis en contacten een belangrijke rol in de onderhandeling bij het terugtreden van de bestuurder gevormd. Hier was discontinuïteit in de contacten met externe partijen (afnemers, financiers) een groot risico voor de organisatie. De betreffende bestuurders bleven nog enige tijd achter de schermen actief omwille van hun contacten met bepaalde externe partijen en/of om mee te helpen zicht te krijgen op de precieze omvang van de problemen van de organisatie. In verschillende gevallen werd op contractueel vastgelegde of gebruikelijke vertrekpremies gekort. De lagere ontslagvergoeding is dan de prijs die de bestuurder betaalt voor de informeel wel erkende, maar niet juridisch gevorderde schade. In één geval is het claimen van een riant vertrekregeling de directe aanleiding geweest om de bestuurder in een formele procedure aansprakelijk te stellen. Die procedure mondde uiteindelijk uit in een schikking, waarbij de bestuurder een deel van de schade aan de onderneming heeft vergoed.

#### *Schikken: goedkoper, sneller, minder schadelijk voor de organisatie*

Schikken heeft veel voordelen ten opzichte van de aansprakelijkheidsprocedure. Allereerst kan (negatieve) publiciteit voor de onderneming worden voorkomen. Bij de schikkingen werd in één geval geheimhouding overeengekomen. In het andere geval werd juist overeengekomen dat de organisatie zelf publiciteit zou zoeken, en werd de buitenwereld er via een persbericht op geattendeerd dat schoon schip was gemaakt. In de tweede plaats gaat schikken doorgaans veel sneller dan een gerechtelijke procedure. In de zaken waarin een procedure op basis van artikel 2:9 BW is gevoerd

zijn miljoenen euro's aan onderzoek en proceskosten uitgegeven, en procedures vergen veel tijd (zie 4.5). Overigens dient opgemerkt te worden dat een juridische procedure of een tevredenstellende schikking uiteraard geen onafhankelijke uitkomsten zijn, waartussen de onderneming vrij kan kiezen. Voor een schikking is medewerking van beide partijen nodig. De bestuurder zal (in enige mate) zijn falen moeten erkennen, en over de middelen beschikken om genoegdoening te kunnen verschaffen.

<i>Aansprakelijk gesteld volgens Art 2:9 BW</i>	
<p><b>3</b> cases</p> <p>2 cases met vermoeden van fraude 2 cases met strafrechtelijk onderzoek</p> <p><i>semi-publiek</i></p>	<p><b>3</b> cases</p> <p>2 cases met vermoeden van fraude 1 case met strafrechtelijk onderzoek</p> <p><i>privaat</i></p>
<p><b>4</b> cases</p> <p>2 cases met vermoeden van fraude 1 case met strafrechtelijk onderzoek</p>	<p><b>1</b> case</p> <p>0 cases met vermoeden van fraude 0 cases met strafrechtelijk onderzoek</p>
<i>Niet aansprakelijk gesteld volgens Art 2:9 BW</i>	

Figuur 2 De onderzochte cases: fraudegevallen en strafrechtelijk onderzoek

#### *Strafrechtelijk onderzoek, FIOD*

Zes van de elf cases worden door geïnterviewden getypeerd als fraudezaken, of als gevallen waarin er sterke vermoedens van fraude bestonden. Er is bijvoorbeeld sprake van een zwarte kas, van het wegsluizen van geld via privé ondernemingen van bestuurders, of betalingen van zakenpartners van de organisatie aan de bestuurder. In tenminste vier zaken is ook strafrechtelijk onderzoek gedaan. En in tenminste drie zaken is ook de FIOD in actie gekomen. In de helft van de zaken met vermoedelijke fraude is een aansprakelijkheidsprocedure gestart. In twee gevallen is een schikking getroffen met de oud-bestuurders. In het laatste geval is onvoldoende bewijs gevonden tegen de bestuurder.

Het feit dat strafrechtelijk onderzoek plaatsvindt, creëert enkele samenhangende condities die de kans op het succesvol verhalen van schade via een civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedure dan wel een schikking vergroten:

- strafrechtelijk onderzoek betekent veelal dat de zaak in de publiciteit komt en er druk op de organisatie komt te liggen om, voor het oog van de buitenwereld, schoon schip te maken;
- strafrechtelijk onderzoek leidt tot vaststelling van strafbare feiten. Als die er zijn, vergroot dat de winkans in een aansprakelijkheidsprocedure;

- organisaties die zelf feitenonderzoek moeten laten uitvoeren door forensisch accountants zijn daar veel geld aan kwijt; strafrechtelijk onderzoek kan die kosten beperken;
- in één case kon de organisatie “meeliften” met een in vroeg stadium door de FIOD gelegd beslag. Hierdoor werd de kans vergroot op een succesvol verhaal van schade.

Er wordt verschillend gedacht over de timing van de aansprakelijkheidsprocedure indien er ook strafrechtelijk onderzoek plaatsvindt. Een procedure beginnen na afronding van een strafzaak lijkt qua winkans een veilige keuze. In de praktijk blijkt echter dat er ook veel onzekerheden aan verbonden zijn. Zo heeft het OM vele overwegingen om een zaak niet door te zetten. In één case schikte het OM uiteindelijk met een verdachte. In een andere zaak is sprake van een complex strafrechtelijk onderzoek dat al enige jaren voortduurt. Een respondent: ‘Wij zijn zelf naar het OM gestapt. De kosten van het forensisch onderzoek waren niet vol te houden. Het OM eiste vervolgens alle rapporten op. Het werkt zeer traag. Wij zijn de regie volledig kwijtgeraakt’.

#### *Civiele aansprakelijkheid, externe aansprakelijkheidsacties*

Onbehoorlijk bestuur kan ook schade berokkenen aan derden. In één case heeft een aansprakelijkheidsprocedure plaatsgevonden in verband met een gedeeltelijk faillissement. Het betrof hier een onderneming met verschillende werkmaatschappijen onder één bestuur.

Een bijzondere civielrechtelijke procedure, die gestart kan worden door derden,<sup>44</sup> is een enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer. Een dergelijke actie is niet gericht tegen de bestuurders, maar kan wel een onbehoorlijke taakvervulling door de bestuurders aan het licht brengen en kan tevens maatregelen ten opzichte van de bestuurder tot gevolg hebben. In drie onderzochte cases is een enquêteprocedure bij de ondernemingskamer aanhangig gemaakt. Eén daarvan is volledig uitgeprocedeerd. Een van de respondenten is zeer enthousiast over het instrument: ‘de enquêteprocedure is een bewezen succes’. De respondent legt uit: ‘een enquêteprocedure kan enerzijds deels een vervanging vormen voor een aansprakelijkheidsprocedure omdat het een middel is om het bestuur ter verantwoording te roepen en om maatregelen te treffen. Anderzijds kan het een opzetje vormen voor het starten van een aansprakelijkheidsprocedure of juist om te beslissen om hier vanaf te zien. Het maakt namelijk inzichtelijk wat er zich heeft afgespeeld en kan worden gebruikt bij de afweging of een aansprakelijkheidsprocedure kans van slagen heeft.’ Een van de – voor de eisende partij – aantrekkelijke kanten van een enquêteprocedure is dat er onafhankelijk onderzoek plaatsvindt, op kosten van de onderneming.

---

<sup>44</sup> Belanghebbenden, zoals aandeelhouders of een vakbond. Het is ook mogelijk dat de benadeelde organisatie zelf zo’n procedure start.

<i>Aansprakelijk gesteld volgens Art 2:9 BW</i>	
<p><b>3</b> 0 cases met procedure door derden 2 cases met procedure tegen derden cases</p> <p><i>publiek</i></p>	<p><b>3</b> 1 case met procedure door derden 0 cases met procedure tegen derden cases</p> <p><i>privaat</i></p>
<p><b>4</b> 1 case met procedure door derden 1 case met procedure tegen derden cases</p>	<p><b>1</b> 1 case met procedure door derden 0 cases met procedure tegen derden case</p>
<i>Niet aansprakelijk gesteld volgens Art 2:9 BW</i>	

Figuur 3 De onderzochte cases: aansprakelijkheidsacties door en tegen derden

#### *Aansprakelijkheidsacties tegen derden*

Bij financiële problemen wordt door de onderneming niet alleen naar het bestuur en de interne toezichthouder gekeken, maar soms ook naar de eventuele verwijtbaarheid van externe partijen zoals contractpartijen, de accountant of juridisch adviseurs. Zij kunnen namelijk het schadelijke gedrag mede hebben gepleegd, (ten onrechte) niet hebben ontdekt of positief hebben geadviseerd over activiteiten die tot schade hebben geleid.

In tenminste drie onderzochte cases zijn gerechtelijke procedures gestart tegen externe partijen die betrokken waren bij het plegen van fraude. Verschillende partijen hebben forse schadevergoedingen moeten betalen. In diverse cases zijn bovendien accountants of adviseurs aangesproken. Deze gevallen werden buitengerechtelijk afgehandeld. In één geval is met een tuchtklacht gedreigd. In twee gevallen heeft de huisaccountant een schadevergoeding betaald, in één geval ging dit gepaard met een persbericht waarin het accountantskantoor bij naam werd genoemd. In een andere case is een regeling getroffen waarbij de advocaat gedeeltelijk kosteloos ondersteuning bleef bieden. Deze advocaat had zaken over het hoofd gezien, die tot schade leidden. Tegelijk had men hem hard nodig om de organisatie tegen verdere gevolgen ervan te behoeden. De organisatie verkeerde in crisis en had juridisch advies hard nodig. 'Een juridisch conflict met een gerenommeerd accountantskantoor of advocatenkantoor is het laatste dat je er dan bij kan hebben'. De cases waarin acties tegen accountants of juridisch adviseurs speelden waren alle in de semipublieke sector. Bij de cases uit de private sector is er één waarin zo'n actie is overwogen, maar deze is niet doorgezet.

#### **4.7 Aansprakelijkheidsprocedures tegen interne toezichthouders**

In de meeste cases was er geen aanleiding interne toezichthouders aansprakelijk te stellen. De belangrijkste reden is dat deze commissarissen voor hun informatie afhankelijk waren van de bestuurder (die magere of onjuiste informatie verstrekke) en nauwelijks over mogelijkheden beschikten om op andere wijze aan informatie te komen. In verschillende cases zijn verwijten gemaakt aan de interne toezichthouders over tekort schieten in het toezicht. De drempel van een aansprakelijkheidsprocedure ligt in zo'n geval hoog, omdat het vaststellen van verwijtbaar handelen problematisch is waar het gaat om interne toezichthouders. Persoonlijke verwijtbaarheid van interne toezichthouders kan zelden adequaat worden onderbouwd. Dat komt mede doordat zij voor informatie sterk afhankelijk zijn van de bestuurders. De informatie die ze krijgen loopt altijd enige tijd achter op de actuele toestand van de organisatie en kan zijn "gefilterd" door de bestuurder(s).

In vijf gevallen is een raad van commissarissen/toezicht in de nasleep van een "affaire", geheel of gedeeltelijk opgestapt. Meestal kwam hier de nodige externe druk aan te pas.

Een aantal betrokkenen bij semipublieke ondernemingen wijst erop dat er in hun organisatie een sterke verwevenheid bestond tussen de raad van bestuur en raad van toezicht. De interne toezichthouders hebben de toezichthoudende functie vaak al (zeer) lang (in voorkomende gevallen 10-20 jaar), waardoor ze minder kritische distantie hebben. Ook hebben interne toezichthouders de neiging te gaan "meebesturen" in plaats van onafhankelijk toezicht uitoefenen. In raden van commissarissen/toezicht die lang in dezelfde samenstelling opereren, krijgen nieuwelingen maar moeilijk voet aan de grond. Hoewel men bij een aantal semipublieke ondernemingen constateert dat het toezicht te kort heeft geschoten, ziet men hierin onvoldoende grond voor een aansprakelijkstelling. Daarbij speelt een rol dat voor semipublieke ondernemingen volgens diverse respondenten de verantwoordelijkheden van interne toezichthouders nog onvoldoende zijn vastgelegd. De grens tussen behoorlijk toezicht en tekortschietend toezicht is daarom lastig te trekken. Dat maakt ook dat een aansprakelijkheidsprocedure bij de rechter weinig kansrijk is.

Bij twee semipublieke ondernemingen is wel een aansprakelijkheidsactie tegen interne toezichthouders gestart. In één geval ging het om een interne toezichthouder die voor eigen gewin fraude had gepleegd. In de andere case is een procedure gestart tegen de hele raad van toezicht omdat zij hun toezichthoudende taak onvoldoende zouden hebben vervuld.

In een derde geval in de semipublieke sector is wel overwogen om de raad van toezicht aansprakelijk stellen, maar is hier vanaf gezien nadat een geconsulteerd advocatenkantoor hier negatief over adviseerde.



Ook commissarissen van (beursgenoteerde) private ondernemingen hebben in ons onderzoek aangegeven dat zij zelf, en/of hun collega's, beperkt zicht hadden op wat er in de door ons onderzochte ondernemingen omging. Zij voeren op de informatie die de CEO of de president-commissaris hen voorstelde. In sommige situaties was die, bewust of onbewust, te rooskleurig. Er kan bovendien enige tijd overheen gaan voor problemen tot uiting komen in de financiële resultaten. 'Bij veel Nederlandse bedrijven worden de commissarissen afgeschermd van de werkvloer. Dat was bij [onderneming X] ook zo. Als je binnenkwam stond er iemand klaar om je op te vangen en de lift in te loodsen naar de directieruimte. Je kunt niet met werknemers praten en een kijkje nemen op de werkvloer om te zien wat er speelt', zo stelt een respondent die commissariaten bij verschillende grote ondernemingen heeft vervuld. Tegenwoordig zou dit in mindere mate mogen voorkomen. De (nieuwe) bevoegdheid zelf extern onderzoek te laten uitvoeren, en de instelling van een auditcommissie, worden door geïnterviewde commissarissen als verbeteringen ervaren in de mogelijkheden om toezicht te houden.

De kans dat men als commissaris aansprakelijk zal worden gesteld, schatten de respondenten zeer verschillend in. Eén van de respondenten meent dat de kans dat je als commissaris van een beursgenoteerde onderneming aansprakelijk wordt gesteld, nihil is. Een ander ziet dit echter als een reëel risico, waarop hij zijn werkwijze heeft aangepast. De notulen van de vergaderingen van de raad van commissarissen worden opgesteld door een jurist, rekeninghoudend met een mogelijke enquêteprocedure.<sup>45</sup>

Verschillende interne toezichthouders die wij spraken (zowel van private als semipublieke ondernemingen) gaven aan dat zij het belangrijk vinden dat terughoudend wordt omgegaan met het aansprakelijk stellen van interne toezichthouders, omdat zij door hun functie minder zicht en invloed hebben op de gang van zaken in een onderneming. Zij wijzen erop dat als aansprakelijkstelling een reëel gevaar is, niemand meer een functie als intern toezichthouder zal willen aanvaarden. Enkele andere betrokkenen die wij spraken, vinden juist dat interne toezichthouders erg gemakkelijk hun handen van problemen aftrekken en dat ze wel wat harder aangepakt zouden mogen worden.

#### **4.8 De rol van de verzekering**

In de regel beschikken de onderzochte ondernemingen over een D&O-verzekering. Die verzekering vrijwaart bestuurders en interne toezichthouders van de proceskosten indien zij aansprakelijk worden gesteld en vergoedt de eventuele schade die hun handelen heeft veroorzaakt (zie paragraaf 3.5). Men zou dus verwachten de verzekering een noemenswaardige rol zou spelen in veel van de onderzochte cases.

---

<sup>45</sup> Deze respondent had zo'n procedure meegemaakt. In zijn raad van commissarissen worden de notulen sindsdien door een jurist opgesteld en waakt de respondent waakt ervoor aantekeningen te maken op zijn vergaderstukken.

Eén van de onderzoeksbevindingen is dat de aansprakelijkheidsverzekering in de onderzochte cases nauwelijks een rol heeft gespeeld. In geen van de onderzochte gevallen is, voor zover ons bekend, (een gedeelte van) de door de bestuurder veroorzaakte schade door de verzekering vergoed. De verzekeringspolissen sluiten zo'n schadevergoeding uit in geval er sprake is geweest van opzettelijk handelen van de bestuurder. In de meerderheid van de cases waarin aansprakelijk is gesteld leek er sprake te zijn van opzettelijk handelen, wat verklaart waarom in die cases de verzekering geen rol speelde. Verschillende geïnterviewden hebben gezegd geen contact te hebben opgenomen met de verzekering, omdat ze van mening waren dat de case niet binnen de polisvoorwaarden zou vallen.

Sommige respondenten – inclusief enkele die bestuurder of intern toezichthouder waren – wisten niet of de onderneming een verzekering had gesloten. Het merendeel van de respondenten die wij hiernaar vroegen wist bovendien niet wat de verzekering precies dekte.

In één geval zag een onderneming die een ex-bestuurder aansprakelijk stelde er bewust van af bij de verzekering te claimen. Reden was dat de verzekering een maximaal uit te keren bedrag kende en er meer aansprakelijkheidsclaims dreigden, ook tegen nog zittende bestuurders. De vrees bestond dat de verzekeringspot in een procedure tegen de ex-bestuurder zou worden leeggegeten en er geen verzekeringsgeld meer zou zijn om de zittende bestuurders in andere procedures bij te staan.

#### **4.9 *Persoonlijke consequenties voor bestuurders en interne toezichthouders***

In hoeverre geldt nu dat bestuurders en interne toezichthouders gemakkelijk weggkomen in gevallen van onbehoorlijk bestuur? In de interviews is telkens gevraagd naar de gevolgen die dit voor de betrokkenen heeft gehad. Omdat niet alle zaken volledig zijn afgerond of uitgeprocedeerd valt slechts een voorlopige tussenbalans op te maken.

Zoals in paragraaf 4.1 genoemd, zijn in negen cases een of meer bestuurders ontslagen of op non-actief gesteld. In de regel gaat dit gepaard met publiciteit en reputatieschade voor de bestuurder. In het werkveld zijn de gewezen bestuurders "besmet". Ze komen niet gemakkelijk meer in een vergelijkbare functie aan het werk. Ongeacht of zij wel of niet via een procedure op grond van artikel 2:9 BW aansprakelijk zijn gesteld.

Voor interne toezichthouders gelden dergelijke consequenties in de regel niet. In paragraaf 4.7 bleek reeds dat hen in de regel minder valt te verwijten. De meeste in het kielzog van een "affaire" teruggetreden interne toezichthouders deden dat gezamenlijk. Vaak gebeurt dat onder de nodige druk, maar voor het oog van de

buitenwereld houdt men de eer aan zichzelf. In de regel kan men bestaande toezichtfuncties bij andere ondernemingen continueren en nieuwe toezichtfuncties verwerven.

Drie bestuurders zijn hun huis kwijtgeraakt, of er ligt een beslag op. Een bestuurder en een intern toezichthouder – tegen wie een aansprakelijkheidsprocedure werd gestart – zijn naar het buitenland uitgeweken. Van nog een bestuurder, die spoorloos is, wordt hetzelfde vermoed. Drie ex-bestuurders waren bij de geïnterviewden volledig uit beeld verdwenen.

Ten aanzien van de meeste bestuurders en verschillende intern toezichthouders vertelden de geïnterviewden dat de zaak grote impact op hen had gehad. Een respondent over een aansprakelijk gestelde bestuurder: 'Hij is tot op het bot geraakt en komt niet meer aan de bak'. Over een andere zaak zegt een respondent: 'Voor sommige leden van de raad van commissarissen is het emotioneel heel zwaar geweest. Het zijn mensen die lokaal veel aanzien hadden'.

#### **4.10 Resumé van de bevindingen**

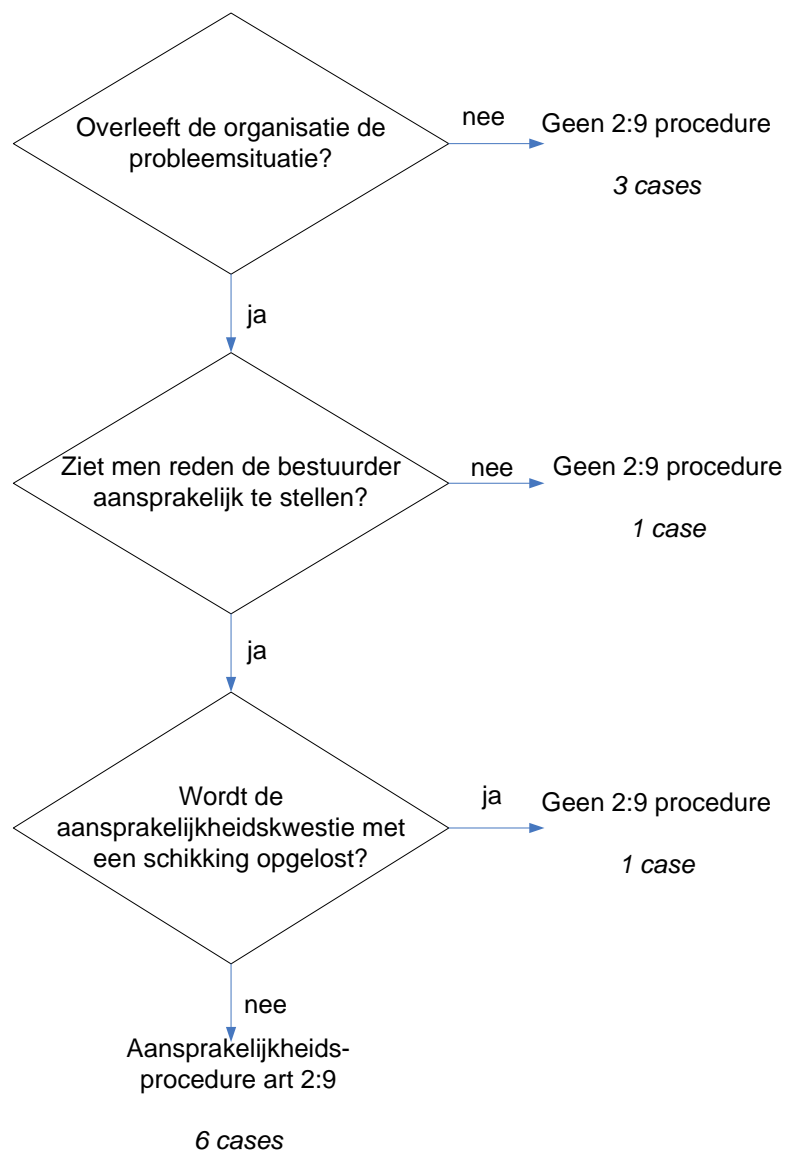
Via empirisch onderzoek in elf concrete cases is nagegaan welke overwegingen en omstandigheden een rol spelen bij het al dan niet aansprakelijk stellen van bestuurders en interne toezichthouders wegens een onbehoorlijke taakvervulling. Daartoe zijn vijf cases onderzocht waarin het niet tot aansprakelijk stellen is gekomen en zes waarin dat wel het geval is. Omdat het om een kleine, niet gerandomiseerde streekproef gaat, zijn de bevindingen niet representatief voor alle Nederlandse ondernemingen. Het case-onderzoek verschaft wel rijke kwalitatieve gegevens over de overwegingen die tot al dan niet aansprakelijk stellen leiden.

Van doorslaggevend belang in de afweging van kosten en baten zijn de immateriële baten. Met de aansprakelijkheidsprocedure wordt een signaal afgegeven, binnen de eigen gelederen en naar de buitenwereld toe. Het is een boodschap aan de werknemers (dit gedrag wordt niet getolereerd), aan klanten (de organisatie neemt afstand van haar verleden) en de branche (dit mag in onze branche niet gebeuren). De expressieve functie die de aansprakelijkheidsclaim vervult, is zodanig dat het voor betrokkenen de forse financiële investeringen in onderzoek en procedure rechtvaardigt. In de cases waarin aansprakelijk is gesteld geldt dat dit gebeurde in de verwachting dat de procedure met een financieel (licht) positief resultaat zou worden beëindigd.

In de cases waarin niet aansprakelijk is gesteld heeft men in één geval een bevredigende schikking kunnen treffen. Dat betekent dat de tijdsinvestering en kosten van een gerechtelijke procedure bespaard blijven, terwijl wel een financieel rendement wordt gehaald. Bij een schikking kan ook worden afgesproken dat actief publiciteit zal worden gezocht, zodat ook het 'signaal naar buiten' wordt afgegeven.

Het onderzoek leverde verschillende voorbeelden van dergelijke schikkingen op, meestal met externe bedrijven of dienstverleners.

In de overige zaken waarin het niet tot het aansprakelijk stellen van een bestuurder kwam verkeerde de organisatie in een overlevingsstrijd, die er uiteindelijk toe leidde dat de onderneming door een andere partij is overgenomen. In die situatie ligt het niet voor de hand te investeren in een dure en tijdrovende procedure, als niet eerst het vege lijf is gered. De vraag dringt zich dan op of in deze gevallen, als de organisatie wel in dezelfde hoedanigheid was blijven bestaan, het alsnog tot een aansprakelijkheidsprocedure zou zijn gekomen. Over het antwoord valt slechts te speculeren. De zaken zijn niet zodanig afwijkend van zaken waarin wél aansprakelijk is gesteld, dat het antwoord overduidelijk 'nee' is. Sterker, in twee van deze gevallen zijn derden nog wel een enquêteprocedure begonnen bij de ondernemingskamer.



Figuur 4 Beslisdiagram wel / niet aansprakelijk stellen op grond van artikel 2:9 BW.

De partijen die de bedrijfsactiviteiten van de ter ziele gegane organisaties overnamen zagen er geen heil in als rechtsopvolger een aansprakelijkheidsprocedure te starten. Men wil zich niet met het verleden associëren, maar zich richten op de revitalisering van de bedrijfsactiviteiten. Het grote verschil met bedrijven die wel een procedure startten is dat in het perspectief van een overnemende partij er geen positieve (immateriële) baten zijn verbonden aan het signaal dat zou worden afgegeven aan de omgeving. In de afweging van kosten en baten resteert slechts een forse financiële investering met een beperkt – en onzeker – financieel rendement.

Figuur 4 toont, aan de hand van drie keuzemomenten, onder welke condities in de onderzochte cases wel en niet aansprakelijk werd gesteld op basis van artikel 2:9 BW. Het schema heeft geen normerende of voorspellende functie; het is de meest eenvoudige weergave van de contingenties in de door ons onderzochte cases in relatie tot het besluit de bestuurder al dan niet in een formele procedure aansprakelijk te stellen.

## Hoofdstuk 5      Conclusies en slotbeschouwing

In dit hoofdstuk zullen wij de onderzoeksvragen beantwoorden, terugblikken op de bevindingen van het onderzoek en zullen we deze analyseren vanuit een breder perspectief. In paragraaf 5.1 worden de bevindingen uit de casestudies gezien vanuit het licht van eerder onderzoek over het onderwerp, zoals beschreven in hoofdstuk 2. In de volgende paragraaf (5.2) worden de in hoofdstuk 1 geformuleerde onderzoeksvragen beantwoord. In paragraaf 5.3 worden enkele contextfactoren besproken die in de onderzochte cases van invloed bleken op beslissingen om bestuurders al dan niet in een formele procedure op grond van art. 2:9 BW aansprakelijk te stellen. Het hoofdstuk besluit met een korte reflectie op de bevindingen (in paragraaf 5.4).

### **5.1      De bevindingen in het licht van de inzichten uit eerder onderzoek**

In hoofdstuk 2 is paragraafsgewijs een viertal aspecten (thema's) genoemd welke zijn gedestilleerd uit de literatuur en waarvan wij verwachtten dat deze van invloed zouden kunnen zijn op de afwegingen die worden gemaakt bij de besluitvorming over het toepassen van artikel 2:9 BW. We zullen hieronder de paragraafindeling volgen uit hoofdstuk 2. Daarbij zullen we nagaan welke van de in hoofdstuk 2 beschreven aspecten in het bijzonder van invloed waren op de beslissing om al dan niet aansprakelijk te stellen en in hoeverre onze bevindingen aansluiten bij eerder onderzoek.

#### *De (perceptie van) juridische mogelijkheden en beperkingen*

In vrijwel alle onderzochte cases blijken, in overeenstemming met eerdere studies, de "kosten" (in termen van geld, tijd, inspanning) die een civielrechtelijke procedure met zich brengt een belangrijke factor te zijn bij de afweging om al dan niet een juridische actie in te stellen. De grote meerderheid van de respondenten geeft aan dat een aansprakelijkheidsprocedure een zeer kostbare en tijdrovende actie is, en schat bovendien de winkans en verhaalkans laag in. In de gevallen waarin geen aansprakelijkheidsprocedure werd gestart vormden de hoge "kosten" een belangrijke reden om van een procedure af te zien, hoewel doorgaans ook andere redenen meespeelden in de overwegingen. Ook in de cases waarin wel aansprakelijk werd gesteld, zag men de hoge kosten en lange duur van een gerechtelijke procedure of arbitrage als een groot nadeel. Deze aspecten waren in de desbetreffende gevallen echter niet van doorslaggevend belang.

Wat betreft de perceptie van de haalbaarheid van een procedure viel het ons op dat een deel van de respondenten de mening is toegedaan dat aansprakelijkheid in een gerechtelijke procedure pas zal worden aangenomen als er tenminste sprake is van bewuste roekeloosheid, terwijl de juridische drempel in werkelijkheid ligt bij "ernstig verwijt" (zie paragraaf 3.3). Het blijkt daarbij echter niet uitsluitend om een verkeerde

inschatting van de juridische mogelijkheden te gaan. De respondenten brengen in hun opvatting over de hogere drempel ook deels een normatief oordeel tot uitdrukking dat luidt dat bestuurders slechts aansprakelijk gesteld *behoren* te worden als hun onbehoorlijk handelen min of meer bewust is verricht. Of, zoals een respondent het anders verwoordde: 'Voor goedbedoelde stupiditeiten kun je niet iemand aansprakelijk stellen'.

Bij het overwegen van de "kosten" van aansprakelijkstelling worden door de respondenten naast kosten in termen van tijd, geld en inspanningen nog enkele andere "kostenposten" opgevoerd. In de eerste plaats wordt opgemerkt dat het instellen van een juridische actie ex artikel 2:9 BW kan leiden tot een nadelige samenloop met andere juridische procedures. Als gevolg van de interne aansprakelijkheidsprocedure zouden gegevens openbaar kunnen worden waarvan derden (bijvoorbeeld schuldeisers of aandeelhouders) dankbaar gebruik kunnen maken bij het onderbouwen van hun claims tegen de onderneming. Bij arbitrage geldt dit argument wellicht minder zwaar, omdat de procedure niet openbaar is.

In de tweede plaats wordt gesteld dat de betrokken (ex-)bestuurders en interne toezichthouders bij het instellen van een juridische actie het risico lopen om zelf ook aansprakelijk te worden gesteld, bijvoorbeeld vanwege het gebrekkig uitoefenen van toezicht. Deze mogelijke risico's worden vooral gevoeld door degenen die al tijdens de periode van het onbehoorlijk bestuur als lid van het bestuur of intern toezichthouder werkzaam waren bij de onderneming.

#### *De reputatie van de onderneming & de relatie met (zaken)partners*

Zoals verwacht worden door de respondenten ook de mogelijke gevolgen voor de reputatie van de onderneming meegewogen in de beslissing over aansprakelijkstelling. Dit sluit aan bij eerder onderzoek, waarin wordt verondersteld dat reputatieschade een belangrijke overweging is om af te zien van een juridische procedure (zie o.a. Van Erp, 2008). In de interviews met de respondenten kwam (potentiële) reputatieschade echter niet alleen naar voren als motief om van aansprakelijkstelling af te zien. Het herstellen van de reputatie bleek ook een belangrijke reden te zijn om juist wel een juridische actie in te stellen. Juist door de "vuile was" buiten te hangen distantieert de leiding van de onderneming zich van het verleden. Door het instellen van een aansprakelijkheidsactie tegen de gewezen bestuurder geeft de onderneming een duidelijk signaal af, bijvoorbeeld aan het personeel of aan zakenpartners. Bij een aantal semipublieke ondernemingen bleken stakeholders er op aan te sturen om vanwege deze signaalwerking een procedure te starten.

In enkele gevallen is ook angst om *persoonlijk* reputatieschade op te lopen genoemd als motief om geen procedure te starten. Maar de persoonlijke reputatie wordt ook als een reden opgevoerd om wél aansprakelijk te stellen. Het niet instellen van een actie zou reputatieschade opleveren (Jensen, 2006).

Het afzien van aansprakelijkstelling ex artikel 2:9 BW op grond van te hoge kosten impliceert overigens niet dat er geen enkele actie volgt op het (vermeende) onbehoorlijk bestuur/toezicht van de bestuurder of interne toezichthouder. In lijn met bevindingen uit eerder onderzoek (Macaulay, 1963; Jettinghof, 2001; Van Erp, 2008) wijzen ook “onze” respondenten erop dat het onderling beslechten van geschillen, onder andere vanwege de vertrouwelijkheid, vaak de voorkeur verdient boven het volgen van een gerechtelijk traject. In één onderzochte case is het gevaar dat in een formele procedure schadelijke informatie naar buiten zou komen een belangrijke reden geweest om een openbaar vonnis te vermijden. Door een schikking te treffen werd dat gevaar afgewend.

#### *Interpersoonlijke verhoudingen binnen de onderneming*

Verschillende auteurs (Westphal & Khanna, 2003; Dallas, 1997; Lorsch & MacIver, 1989) hebben erop gewezen dat het bestaan van sociale en interpersoonlijke verhoudingen tussen de betrokkenen binnen een onderneming van (grote) invloed kan zijn op – met name – het afzien van het aansprakelijk stellen van bestuurders. Omdat bestuurders en interne toezichthouders vaak “gelijkgestemden” zijn, zullen zij loyaliteit en sympathie voelen. Deze emoties zouden ervoor kunnen zorgen dat men afziet van aansprakelijk stellen (zie Dallas, 1997; Lorsch & MacIver, 1989). Het instellen van een juridische actie zou de onderlinge verhoudingen namelijk kunnen schaden. Uit de onderzochte casuïstiek blijkt dat overwegingen van interpersoonlijke aard op verschillende manieren een rol speelden in de beslissingen over aansprakelijkstelling.

Loyaliteit tegen een bestuurder kan resulteren in een beslissing om deze *niet* aansprakelijk te stellen. Enkele respondenten vonden dat een bestuurder door diens vertrek, met consequenties voor zijn reputatie en zijn carrièreperspectieven, al genoeg was gestraft. Ook wezen verschillende uitspraken van respondenten op een sterke identificatie of nauwe onderlinge contacten. Een respondent geeft bijvoorbeeld aan dat commissarissen vaak wel begrip kunnen opbrengen voor de moeilijke omstandigheden waaronder bestuurders beslissingen moeten nemen en dat ze daarom wellicht milder zijn in hun oordeel over het handelen van de bestuurder. Bij een aantal semipublieke ondernemingen blijkt sprake te zijn van een nauwe verwevenheid tussen bestuur en interne toezichthouders. Dit kan de kans dat persoonlijke verhoudingen zakelijke beslissingen beïnvloeden, doen toenemen.

Ook het bestaan van een “Old boys network” zou aan het aansprakelijk stellen in de weg kunnen staan. De negatieve gevolgen van aansprakelijkstelling zouden beslissers ervan kunnen weerhouden om de zaak op scherp te zetten. Veel respondenten en ook de meeste deelnemers aan de expertmeeting en commissarissenbijeenkomst vonden echter dat het argument van het “Old boys network” geen hout sneed. Het “Old boys network” van elkaar de hand boven het hoofd houdende bestuurders en interne toezichthouders lijkt geen dominante rol (meer) te vervullen (Fennema & Heemskerk, 2008). In enkele onderzochte cases waren onder anderen (ex-)politici aangesteld als interne toezichthouder. Sommige respondenten menen dat de besluitvorming over het aansprakelijk stellen van interne



toezichthouders die tevens (prominent) lid zijn van een politieke partij een (partij-)politieke dimensie heeft. In hoeverre er daadwerkelijk partijbelangen een rol spelen in de besluitvorming om al dan niet juridische actie te ondernemen is moeilijk te achterhalen.

Loyaliteit jegens en identificatie met een bestuurder maken de bestuurder echter niet immuun voor aansprakelijkheidsacties. In een aantal onderzochte cases bleek dat een schending van het vertrouwen binnen een persoonlijke relatie van invloed was op de beslissing om wel aansprakelijk te stellen. In deze gevallen waren de beslissers erg verontwaardigd over het feit dat de bestuurder het vertrouwen had geschonden of had gelogen.

#### *Morele overwegingen*

Morele overwegingen om aansprakelijk te stellen, zoals het “straffen” van bestuurder(s) en het verwezenlijken van een preventief effect, kunnen meespelen bij de overweging om een procedure in te stellen bij de rechter (Eshuis, 2003; Bovens, 2010). In vrijwel alle cases waarin aansprakelijk werd gesteld bleken dergelijke morele overwegingen in de beslissing mee te hebben gespeeld. Veel van de respondenten die tot aansprakelijkstelling hadden besloten beschouwden het conflict met de gewezen bestuurder of toezichthouder als een *principekwestie*. Zij namen de hoge kosten van een gerechtelijke procedure daarom voor lief. Bij enkele semipublieke ondernemingen was het stellen van een voorbeeld voor de gehele branche een belangrijke reden om een aansprakelijkheidsprocedure te starten.

Aansprakelijkheidswetgeving beoogt – anders dan de toepassing van strafrechtelijke sancties – geen opzettelijke leedtoevoeging (zie paragraaf 3.3). Toch werd het “straffende” element van de aansprakelijkstelling verrassend vaak door de respondenten genoemd, al was dit doorgaans niet het doorslaggevende motief. Morele verontwaardiging en de behoefte om te straffen speelden vooral als er sprake was van persoonlijke verrijking door de bestuurder. Respondenten maken verschil tussen gevallen waarin de bestuurder ‘met alle goede bedoelingen’ heeft gehandeld en gevallen waarin sprake was van kwade trouw. Als de bestuurder ‘het allemaal niet gewild heeft’ dan zal men niet snel overgaan tot aansprakelijkstelling, in het geval van kwade trouw wel.

De deelnemers aan de commissarissenbijeenkomst gaven unaniem aan dat morele motieven geen rol zouden *behoren* te spelen bij de beslissing om aansprakelijk te stellen. Als commissaris moet je namelijk uitsluitend vanuit het belang van de onderneming handelen. Dat in de praktijk morele overwegingen en persoonlijke belangen soms wel een rol speelden, vonden zij echter niet heel verrassend.

## 5.2 **Beantwoording van de onderzoeksvragen**

Het onderhavige onderzoek richt zich op de volgende probleemstelling:

*Wat zijn de redenen voor het niet intern aansprakelijk stellen van (ex-)bestuurders en (ex-)interne toezichthouders voor de schade als gevolg van een onbehoorlijke taakvervulling, in gevallen waarin daar wel een grond voor leek te bestaan?*

Deze probleemstelling is geformuleerd naar aanleiding van verschillende debatten in de Tweede Kamer waarin de aansprakelijkheidswetgeving ten aanzien van bestuurders van (semipublieke) ondernemingen werd besproken. Aan de probleemstelling ligt de assumptie ten grondslag dat er gevallen zijn waarin er aanleiding is bestuurders of toezichthouder (intern) aansprakelijk te stellen, maar dat deze aansprakelijkstelling (ten onrechte) achterwege blijft.

Uit de probleemstelling werden in hoofdstuk 1 drie empirische onderzoeksvragen afgeleid. In het vervolg van deze paragraaf wordt op elk van die vragen antwoord gegeven.

*Redenen om al dan niet aansprakelijk te stellen*

De eerste onderzoeksvraag luidt als volgt:

*Om welke redenen hebben degenen die bevoegd waren om het bestuur en/of de interne toezichthouder aansprakelijk te stellen dit wel of niet gedaan? Welke overwegingen spelen mee en welke afweging is er gemaakt om wel of niet tot aansprakelijkstelling over te gaan?*

De onderzoeksvraag maakt onderscheid tussen 'redenen' en 'overwegingen'. Impliciet wordt uitgegaan van een (mogelijk groot aantal) 'overwegingen' die een rol spelen in de besluitvorming en één (of een klein aantal) reden(en) om uiteindelijk een keuze te maken voor wél of niet aansprakelijk stellen. In de beantwoording van de onderzoeksvraag leggen we nadruk op de 'redenen'. De overwegingen worden op hoofdlijnen samengevat in figuur 5.

Onder de zes onderzochte cases waarin een bestuurder in een formele procedure aansprakelijk werd gesteld, was er slechts één geval waarin financiële genoegdoening het hoofdmotief was om de bestuurder aansprakelijk te stellen.

De meest genoemde reden om een formele aansprakelijkheidsprocedure te starten is het signaal dat daarmee wordt gegeven aan de relevante omgeving van de onderneming: aan het personeel, de klanten, financiers en aan de branche. De organisatie neemt met het aansprakelijk stellen van de bestuurder afstand van diens handelen. In de regel verwacht men dat de balans van financiële kosten en baten

van de aansprakelijkheidsprocedure neutraal of licht positief zal uitvallen. Doorslaggevend in de beslissing om een procedure te starten zijn de niet-financiële baten. Door actie te ondernemen neemt de organisatie afstand van het verleden en hoopt nieuw vertrouwen op te bouwen. Ook blijkt het signaal naar werknemers en – bij semipublieke organisaties – de branche van belang, dat bepaalde werkwijzen of gedragingen niet (meer) worden getolereerd.

Uit de interviews bleken ook meer persoonlijke motieven van personen die bij de beslissing om al dan niet aansprakelijk te stellen waren betrokken, mee te spelen. Soms was er sprake van morele verontwaardiging en bestond de behoefte de (ex-)bestuurder te straffen (in één case werd dit doorslaggevend genoemd om tot actie over te gaan). Ook maken beslissers zich zorgen over hun eigen geloofwaardigheid. In één case kwam het initiatief tot een aansprakelijkheidsprocedure in eerste instantie niet vanuit de onderneming. In dit geval spande een aan de kant gezette bestuurder een procedure aan voor een ontslagvergoeding. De onderneming reageerde daar op door de bestuurder aansprakelijk te stellen voor de schade die zij als gevolg van zijn handelen had geleden.

Er zijn vijf cases onderzocht waarin niet tot aansprakelijk stellen is overgegaan. In één van die gevallen bestond nog grote loyaliteit ten opzichte van de ex-bestuurder. Diens ontslag – en de persoonlijke consequenties die de bestuurder daarvan zou ondervinden – vond men reeds een zware ‘straf’. De geïnterviewden twijfelden niet aan zijn integriteit en vonden verdere verwijten niet terecht.

De meest voorkomende reden waarom het in de onderzochte cases niet tot een aansprakelijkheidsactie is gekomen, is echter van een geheel andere aard. Drie ondernemingen kwamen ten gevolge van het wanbeleid in zware financiële problemen en hebben die niet zelfstandig overleefd. Tijdens de overlevingsstrijd gelden andere prioriteiten dan het starten van een aansprakelijkheidsprocedure tegen de bestuurder. Deze ondernemingen zijn overgenomen, de (merk)naam is verdwenen en de bedrijfsactiviteiten zijn onder een andere naam voortgezet. In geen van die gevallen voelde de overnemende partij er voor een aansprakelijkheidsprocedure te starten tegen een oud-bestuurder. Men wil zich niet associëren met het verleden, maar energie steken in een nieuwe start. Behoudens een kleine kans op schadeverhaal waren er in feite geen voordelen te behalen voor deze ondernemingen met het instellen van een civiele actie.

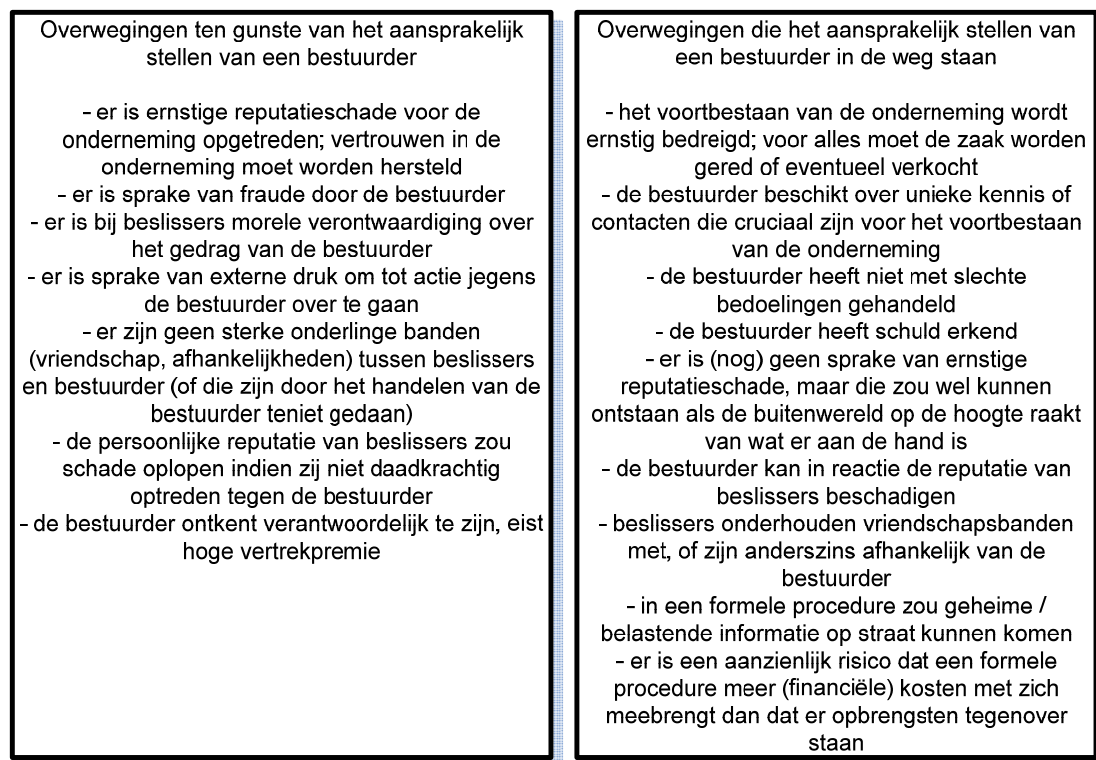
Tot slot is er één case waarin de aansprakelijkheid van de bestuurder geheel buiten formele procedures – en onder geheimhouding – is afgewikkeld. In die zaak werd een schikking getroffen waarbij de ex-bestuurder een substantieel geldbedrag aan de organisatie betaalde.

Onderzoek in totaal elf cases biedt geen basis voor generaliserende uitspraken. Het onderzoek toont echter dat de aansprakelijkheidsclaim in veel gevallen een expressieve functie vervult en het signaal aan de buitenwereld een belangrijke reden is om een formele procedure te starten. In de gevallen waarin het niet tot aansprakelijk stellen is gekomen valt op dat er slechts één geval bij is waarin

degenen die aansprakelijk hadden kunnen stellen daar bewust van afzagen. In één geval heeft een bestuurder een schadevergoeding betaald zonder dat dit met een formele procedure behoefde te worden afgedwongen.

Ten aanzien van het aansprakelijk stellen van interne toezichthouders geldt dat dit in de onderzochte cases relatief weinig aan de orde is geweest. Een belangrijke reden waarom aan interne toezichthouders in de regel geen harde verwijten worden gemaakt, is dat ze weinig mogelijkheden hadden om objectieve informatie te verkrijgen over de situatie van de onderneming en de verkregen informatie altijd achter loopt bij de actuele stand van zaken. In de regel maakt men verwijten richting bestuurders. De interne toezichthouders moeten varen op de informatie die de bestuurders verschaffen.

Onderzoeksvraag 1 maakt onderscheid tussen 'redenen' om (al dan niet) aansprakelijk te stellen, en overwegingen die daarbij een rol spelen. Van die laatste zijn er in de interviews vele genoemd. Ze zijn samengevat in figuur 5.



Figuur 5 Overwegingen om al dan niet aansprakelijk te stellen

### *Verschillen tussen private ondernemingen en semipublieke ondernemingen*

De tweede onderzoeksvraag die wij hebben onderzocht heeft betrekking op de mogelijke verschillen tussen semipublieke ondernemingen en private ondernemingen en luidt als volgt:

*Spelen bij semipublieke ondernemingen andere redenen een rol dan bij private ondernemingen als het gaat om het entameren van een aansprakelijkheidsprocedure?*

Bij alle semipublieke ondernemingen die aansprakelijk stelden was het signaal dat daarmee aan de omgeving werd gegeven een belangrijke overweging. Veelal zijn overheidsfunctionarissen betrokken bij de besluitvorming over de aansprakelijkheidsactie, en behoort de branche tot de adressanten van het 'signaal'. De expressieve functie van de aansprakelijkheidsclaim is ook in de private sector van belang. Bij beursgenoteerde ondernemingen zijn aandeelhouders een factor waar sterk rekening mee wordt gehouden. Met verlies van vertrouwen bij beleggers en het instorten van de beurskoers dreigt de onderneming in een negatieve spiraal terecht te komen.

In de afgelopen decennia werden semipublieke organisaties geacht steeds 'marktgericht' te opereren. Bestuurders van deze instellingen kregen meer mandaat om zelf de bedrijfsvoering en koers van de organisatie te bepalen. De toezichthoudende rol van de overheid is meer op afstand geplaatst. Dit betekent dat bestuurders van voormalige 'non-profit' organisaties zich steeds meer kunnen gedragen alsof zij bestuurders van ondernemingen zijn, die voor eigen rekening en risico werken. Tegelijk krijgen organisaties meer ruimte om risico's te nemen en activiteiten te ontwikkelen die verder af staan van hun primaire (publieke) functie. Deze context speelt nadrukkelijk een rol bij de onderzochte cases in de semipublieke sector. De 'affaires' bij deze organisaties hielden in veel gevallen verband met de wijze waarop invulling werd gegeven aan het marktgericht opereren. Soms komen problemen mede voort uit moeilijk verenigbare eisen die verschillende overheidsorganen stellen.

Tevens vormt die context de verklaring voor de nadrukkelijke bemoeienis van overheidsorganen bij de besluitvorming over het (eventueel) aansprakelijk stellen van bestuurders en het belang dat wordt gehecht aan het 'signaal' aan de branche dat met een aansprakelijkheidsclaim wordt gegeven.

Waar jarenlang 'marktwerking' werd gestimuleerd, lijkt de laatste jaren sprake van enige kentering. Er worden inmiddels duidelijk grenzen gesteld aan de activiteiten waarin semipublieke ondernemingen zich begeven; zij behoren het publieke belang te dienen. Ook bij de ondernemingsrisico's die zij nemen dient de publieke functie niet in gevaar worden gebracht. Een mogelijke consequentie hiervan zou (kunnen) zijn dat bestuurders van semipublieke ondernemingen eerder aansprakelijk worden geacht voor onzorgvuldig handelen, dan bestuurders van private ondernemingen. In een recente uitspraak lijkt het hof Amsterdam deze conclusie te trekken (zie verder paragraaf 3.6).

### *Verskil in kenmerken van cases waarin wel of niet aansprakelijk is gesteld*

De derde onderzoeksvraag luidt:

*Wijken gevallen waarin (ex) bestuurders/interne toezichthouders intern aansprakelijk zijn gesteld af van de gevallen waarin dit niet is gebeurd en zo ja, waarin?*

Bij het antwoord op de derde onderzoeksvraag kan worden gelet op eigenschappen van de onderzochte ondernemingen (bijvoorbeeld: branche, bedrijfsgrootte) en op de aard van het 'wanbeleid' waarvan sprake is geweest. Aan deze onderzoeksvraag ligt de overweging ten grondslag dat als in het onderzoek verschillen zouden worden geconstateerd tussen de motieven om wel of niet aansprakelijk te stellen (zie onderzoeksvraag 1), deze dan wellicht eenvoudig zijn te verklaren vanuit (verschillen in) objectiveerbare kenmerken van de cases die we hebben onderzocht.

Uit het verrichte onderzoek blijkt niet dat de branche of bedrijfsgrootte van invloed is op het al dan niet aansprakelijk stellen van bestuurders. Alle branches die zijn vertegenwoordigd in de vijf cases waarin niet aansprakelijk is gesteld, zijn eveneens vertegenwoordigd bij de zes cases waarin wel een aansprakelijkheidsprocedure is gestart. Ook met betrekking tot de bedrijfsgrootte is geen systematisch verschil tussen de cases waarin wél en níet aansprakelijk is gesteld.

Binnen de groep semipublieke ondernemingen is wel een aanwijzing gevonden voor branchegerelateerde verschillen. De meeste gevallen die voor het onderzoek in aanmerking kwamen (zie paragraaf 1.3) betreffen de gezondheidszorg en volkshuisvesting. Onder de gevallen op het terrein van de gezondheidszorg zijn er zeer weinig waarin het tot een aansprakelijkheidsprocedure is gekomen, terwijl in de gevallen uit de volkshuisvesting in de regel wel een aansprakelijkheidsprocedure is gestart.

Inzake (verschillen in) de aard van de onbehoorlijke taakvervulling door de bestuurder, is van belang of er al dan niet sprake is van fraude door de bestuurder. Het lijkt voor de hand te liggen dat gevallen waarin een bestuurder heeft gefraudeerd, eerder tot een aansprakelijkheidsprocedure zullen leiden dan gevallen waarin geen sprake is van fraude. Uit schema 2 (paragraaf 4.6) blijkt dat in de meeste onderzochte zaken waarin een bestuurder in een formele procedure aansprakelijk werd gesteld vermoedens van fraude bestonden. Toch blijkt uit dat schema ook dat niet in alle gevallen waarin fraude werd vermoed een aansprakelijkheidsprocedure is gestart.

De algemene conclusie ten aanzien van de derde onderzoeksvraag luidt dat het onderzoek enige aanwijzingen bevat dat de kans op een formele aansprakelijkheidsprocedure samenhangt met de branche en de aard van het (vermeende) 'wanbeleid'. Een hard bewijs voor zulke samenhangen valt op basis van het voorliggende onderzoek echter niet te leveren.

Of het in gevallen van (vermeend) wanbeleid tot een formele aansprakelijkheidsprocedure komt blijkt van veel verschillende factoren afhankelijk. In de onderzochte cases bleek bijvoorbeeld dat in zaken waar aanleiding leek te zijn voor een aansprakelijkheidsprocedure, de onderneming aan de financiële problemen ten onder ging, of een informele oplossing (schikking) werd gevonden.

### **5.3 Factoren die van invloed zijn op de beslissing een aansprakelijkheidsprocedure te starten**

In de vorige paragraaf kwamen verschillende overwegingen en omstandigheden aan de orde die van invloed bleken op beslissingen over het aansprakelijk stellen van bestuurders in gevallen van onbehoorlijke taakvervulling. In deze paragraaf gaan wij (kort) in op een viertal, dat wij in het empirisch onderzoek zijn tegengekomen die van invloed zijn op zijn op de beslissing om een aansprakelijkheidsprocedure te starten.

#### *Randvoorwaarden*

Uit het empirisch onderzoek komen twee factoren naar voren die als 'randvoorwaarde' kunnen worden opgevat voor een aansprakelijkheidsprocedure:

- het ontslag / vertrek van de bestuurder die aansprakelijk wordt gesteld.
- dat de onderneming de crisissituatie waarin zij verkeerd overleeft, of althans, niet op korte termijn haar zelfstandigheid verliest.

#### *De aanwezigheid van alternatieven voor een formele aansprakelijkheidsprocedure*

Uit de onderzochte cases blijkt dat het voeren van een aansprakelijkheidsprocedure een kostbare en tijdrovende bezigheid is. In de regel verwacht men niet dat een dergelijke procedure in financiële zin veel rendement zal opleveren. Als er alternatieve manieren zijn om de doelen te bereiken die men met aansprakelijkheidsprocedures beoogt te bereiken, ligt het voor de hand hiervoor te kiezen.

In gevallen waarin sprake is van fraude kan het mobiliseren van een strafrechtelijke aanpak een alternatief zijn. Uit de casuïstiek blijkt echter ook dat daarmee de regie uit handen wordt gegeven, en er geen garantie is dat daadwerkelijk wordt geïnvesteerd in strafrechtelijk onderzoek in de zaak, of dat vervolging wordt ingesteld.

Een meer flexibel alternatief is om een schikking overeen te komen. Uit voorbeelden uit het case-onderzoek blijkt dat daarbij niet alleen financieel voordeel kan worden behaald, maar ook andere doelen kunnen worden gerealiseerd. In verschillende cases zijn schikkingen getroffen, waarbij publiciteit deel uitmaakte van de afspraken. Op die manier kan, zonder formele procedure, ook een signaal naar de buitenwereld – het meest gehoorde motief om tot een aansprakelijkheidsprocedure over te gaan – worden gegeven.

Een schikking behoort echter niet altijd tot de begaanbare alternatieven. Het veronderstelt dat de partijen nog enigszins “on speaking terms” zijn, of in ieder geval

de wil hebben tot een onderlinge oplossing te komen. In de regel zal de bestuurder in enige mate 'schuld' moeten erkennen en over de middelen moeten beschikken om een deel van schade te kunnen vergoeden.

#### *De aard van de onbehoorlijke taakvervulling*

Opzettelijk handelen door de bestuurder ten nadele van de onderneming en ten behoeve van het eigen gewin, lijkt een conditie te zijn waaronder eerder een aansprakelijkheidsprocedure wordt gestart. De te verwachten (financiële) "baten" van aansprakelijkstelling zijn in dergelijke gevallen relatief groot waardoor zij de "kosten" overtreffen.

De gepercipieerde kans dat een procedure zal slagen en dat er verhaalsmogelijkheden zijn, is een stuk groter als er sprake is van opzet en persoonlijke verrijking. Daartegenover staat dat de respondenten veel minder zeker zijn van hun kansen een procedure te winnen en een aanzienlijk schadebedrag te verhalen in het geval dat de bestuurder in het belang van de onderneming dacht te handelen. Ook zal het in gevallen waarin de bestuurder handelde voor persoonlijk gewin vaak positief uitpakken voor de reputatie van de onderneming om een aansprakelijkheidsprocedure te starten. In dergelijke gevallen is het namelijk eenvoudig voor de onderneming om zich te distantiëren van de gebeurtenissen. Dat is veel moeilijker als de bestuurder heeft gehandeld met instemming van betrokkenen binnen de onderneming. Ook morele motieven en motieven die samenhangen met de persoonlijke verhoudingen in een onderneming lijken in zaken waarin het gedrag van de gewezen bestuurder sterk valt af te keuren meer in de richting van aansprakelijkstelling te leiden. In dergelijke gevallen vindt men het namelijk "verdiend" dat de bestuurder aansprakelijk wordt gesteld en wil men hem "straffen".

#### *Externe druk (door media, stakeholders)*

In veel van de onderzochte cases was sprake van negatieve publiciteit over de gang van zaken bij de onderneming. Het feit dat een problematische situatie bij een onderneming uitvoerig in de media kwam, maakte het 'afgeven van een signaal' voor veel ondernemingen belangrijker. Het lijkt er zodoende op dat (uitvoerige) publiciteit rondom de problemen bij een onderneming een conditie is die de kans op het starten van een aansprakelijkheidsprocedure doet toenemen.

Ook stakeholders blijken in een aantal cases (veel) invloed te hebben gehad op de beslissing om al dan niet aansprakelijk te stellen. Ten aanzien van beursgenoteerde ondernemingen bleken (reacties van) aandeelhouders van aanzienlijke invloed op de stappen die werden ondernomen. Bij semipublieke organisaties speelden overheidsfunctionarissen een belangrijke rol. In één geval maakte de overheid steun bij de redding van een organisatie afhankelijk van het starten van aansprakelijkheidsprocedure tegen een (oud-)bestuurder. Uit eigen beweging zou de organisatie daar volgens de respondenten niet toe zijn overgegaan.



## 5.4 *Besluit*

De aandacht voor de interne aansprakelijkheid van bestuurders staat niet op zichzelf. Zij maakt onderdeel uit van een brede maatschappelijke en politieke verontrusting over financieel wanbeleid bij (grote) ondernemingen, banken en maatschappelijke organisaties. De veroorzakers van deze ellende zouden al te vaak de dans ontspringen en ten onrechte niet aansprakelijk worden gesteld.

Het is voor ons moeilijk om nauwkeurig te beoordelen hoe vaak er gebruik wordt gemaakt van artikel 2:9 BW. Uit een inventarisatie van gepubliceerde rechtspraak blijkt dat in de afgelopen tien jaar in zeventig verschillende zaken vonnissen zijn gewezen inzake de aansprakelijkheid van (oud-)bestuurders of interne toezichthouders van niet-failliete ondernemingen. Het betreft hier een ondergrens. Immers niet alle vonnissen worden gepubliceerd en het aantal arbitrale vonnissen is onbekend. De vraag of er *te* weinig gebruik is gemaakt van deze juridische actiemogelijkheid is normatief van aard en kan daarom niet door ons worden beantwoord.

Wij kunnen wel beoordelen op welke gronden een formele procedure op grond van artikel 2:9 BW al dan niet wordt ingesteld. Op basis van de literatuur, de casuïstiek en de verrichte interviews kan worden geconcludeerd dat er goede gronden kunnen bestaan voor ondernemingen om af te zien van het intern aansprakelijk stellen van een bestuurder of interne toezichthouder voor de schade die door zijn onbehoorlijke taakvervulling is veroorzaakt. Het niet benutten van de mogelijkheid om iemand persoonlijk aansprakelijk te stellen in een formele procedure, betekent bepaald niet dat er geen verdere actie tegen de gewezen bestuurder wordt ondernomen.

De elf bestudeerde cases geven ieder op zich inzicht in de complexe aard van de besluitvorming over het wel of niet gebruik maken van de mogelijkheid om via artikel 2:9 BW schade te verhalen op de gewraakte bestuurder of interne toezichthouder. De besluitvorming is complex omdat er verschillende mogelijkheden (alternatieven) bestaan om te reageren op falende bestuurders of interne toezichthouders. De beslissing om intern aansprakelijk te stellen via de rechter of een arbiter wordt afgewogen tegenover andere alternatieven, zoals het geven van ontslag, het doen van aangifte in geval van fraude, of het treffen van een onderhandse schikking. Steeds weer is de vraag in hoeverre het inzetten van deze actiemogelijkheden in het belang is van de onderneming: wat zijn de voordelen, wat zijn de kosten en risico's? Soms is het schaken op verschillende borden tegelijk als de ene actiemogelijkheid wordt benut om een andere mogelijkheid te verwezenlijken. Zo kan het instellen van een aansprakelijkheidsprocedure een middel zijn om een ander doel, zoals het treffen van een schikking, te bereiken.

Artikel 2:9 BW geeft een civielrechtelijke mogelijkheid voor schadeverhaal aan de rechtspersoon en beoogt daarnaast een preventieve werking te hebben. Immers, bestuurders en toezichthouders zullen zich – zo is de redenering – niet te buiten

gaan aan roekeloos gedrag of onzorgvuldig handelen als ze weten welke schadeclaims boven hun hoofd hangen.

In de besluitvorming over de toepassing van artikel 2:9 BW blijkt het schadeverhaal echter geen overheersende overweging te zijn. Door onze respondenten wordt de slaagkans bij een procedure op grond van artikel 2:9 BW betrekkelijk laag ingeschat en daarentegen wordt verwacht dat de kosten van de procedure, in termen van tijd, geld, inspanning en mogelijke risico's, hoog zullen zijn. Onder deze omstandigheden is schadeverhaal doorgaans weinig aantrekkelijk. Schadeverhaal blijkt echter niet de belangrijkste reden te zijn om te besluiten tot interne aansprakelijkstelling. Deze aansprakelijkstelling kan worden ingezet om een signaal af te geven of om de gewezen bestuurder of toezichthouder te straffen voor het veroorzaken van fraude. Dit laatste is in lijn met de opvatting van Elster (1998) dat financiële schadeclaims tussen zakenpartners moeten worden beschouwd als de materiële weerslag van de daaraan ten grondslag liggende gevoelens van minachting en afkeuring. Het civielrechtelijke instrumentarium wordt in dat geval – evenals de strafrechtelijke sanctie – gebruikt om zijn expressieve functie. Sommige respondenten spreken zelfs letterlijk over het “straffen” van de bestuurder of interne toezichthouder. Net als bij strafoplegging creëert de toepassing van interne aansprakelijkstelling sociale afstand tussen de sanctietoepasser en degene tegen wie de sanctie is gericht. Door zich op deze wijze af te keren van (voormalige) collega's brengen de toepassers tot uitdrukking dat zij “schoon schip” willen maken binnen de onderneming.

In de parlementaire beraadslagingen over de mogelijkheden om falende bestuurders en toezichthouders aan te spreken op de veroorzaakte schade werd gesuggereerd dat bestuurders na het plegen van wanbeleid of fraude vaak met de schrik vrijkomen. Zij zouden weinig te vrezen hebben van sancties en maatregelen, zoals civiele aansprakelijkstelling. De conclusie van ons onderzoek is dat deze veronderstellingen niet juist zijn. In de eerste plaats wordt onder bepaalde omstandigheden wel degelijk via art 2:9 BW opgetreden om schade te verhalen, de betrokkene te straffen of om een duidelijk signaal af te geven dat de organisatie schoon schip maakt na de ontstane problemen. In de tweede plaats kan uit het enkele feit dat niet in alle gevallen een formele procedure op grond van art. 2:9 BW wordt gevoerd, niet worden afgeleid dat er niets tegen de bestuurder of toezichthouder wordt ondernomen. Er kunnen andere maatregelen worden getroffen die niet altijd zichtbaar zijn, zoals het geven van ontslag of het treffen van een schikking. In de regel is er, ook wanneer het niet tot een formele aansprakelijkheidsprocedure komt, sprake van een forse impact op de verdere carrièreperspectieven en de persoonlijke levenssfeer van de bestuurder.

Er kunnen in de praktijk goede redenen zijn om geen gebruik te maken van artikel 2:9 BW in gevallen waarin het artikel wel zou kunnen worden gebruikt. Er valt soms meer te verliezen dan te winnen met het instellen van een procedure op grond van art 2:9 BW. Afzien van civiele aansprakelijkstelling duidt er niet op dat de falende bestuurder of toezichthouder de hand boven het hoofd wordt gehouden. De kosten en baten van het instellen van een procedure worden door de beslisser afgewogen

en dit kan betekenen dat op goede gronden van aansprakelijkstelling wordt afgezien ook al zou de actie kansrijk zijn geweest.



## Literatuurlijst

Assink, B.F. (2010). *De Januskop van het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer, 2010.

Assink, B.F. & L. Timmerman (2010). *Evolutie van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht – een dwarsdoorsnede*, concepttekst 12 oktober 2010.

Assink, B.F. & P.D. Olden (2005). Over bestuurdersaansprakelijkheid- De reikwijdte van de maatstaf “ernstig verwijt”, vrijtekening en vrijwaring nader bezien, *Ondernemingsrecht* 2005-1, 9-16.

Baker, T. & S. Griffith (2010). *Ensuring Corporate Misconduct. How Liability Insurance Undermines Shareholder Litigation*, Chicago: University of Chicago Press.

Boom, W., van (2006). *Efficacious enforcement in contract and tort*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.

Bovens, M. (2010). Two concepts of accountability. Accountability as a virtue and as a mechanism, *West European Politics*, 33(5), 946-967.

Bunt, H.G. van de (2010). Walls of secrecy and silence. The Madoff case and cartels in the construction industry, *Criminology and Public Policy*, 9(3), 435-453.

Bunt, H.G. van de (2008). Rekeningen vereffenen in de bouw, *Tijdschrift voor Criminologie*, 50(2), 130-147.

Croes, M.T & G.C. Maas (2009). *Geschilbeslechtingsdelta MBK. Over het optreden en afhandelen van (potentieel) juridische problemen in het midden- en kleinbedrijf*, Den Haag: WODC.

Cools, K., P.G.F.A. Geerts, M.J. Kroeze & A.C.W. Pijls (2009). *Het recht van enquête, een empirisch onderzoek*, Rijksuniversiteit Groningen/Erasmus Universiteit Rotterdam.

Cox, J.D. & H.L. Munsinger (1985). Bias in the Boardroom: Psychological Foundations and Legal Implications of Corporate Cohesion. *Duke Law Faculty Scholarship*, paper 1102.

Dallas, L.L. (1997). Proposals for Reform of Corporate Boards of Directors: The Dual Board and Board Ombudsperson, *Washington & Lee Law Review*, 54, 91-147.

Davis, G. (2005). New directions in Corporate Governance, *Annual Review of Sociology*, 31, 143-162.

DiMaggio, P.J. & W. Powell (1983). "The iron cage revisited" institutional isomorphism and collective rationality in organizational fields, *American Sociological Review*, 48(2), 147-60.

Dorresteyn, A.F.M. & R.H. van het Kaar (2008). *De juridische organisatie van de onderneming*, Deventer: Kluwer.

Dunné, J.M. van (2001). *Verbintenissenrecht, Deel 1, Contractenrecht*, Deventer: Kluwer.

Elster, J. (1998). Emotions and Economic theory, *Journal of Economic Literature*, 36(1), 47-74.

Eshuis, R.J.J. (2003). *Claims bij de rechtbank*. Den Haag: WODC.

Erp, J.G. van (2009). Naming en Shaming in het contractenrecht? Het reputatie-effect van schadevergoeding tussen ondernemingen, in: W.H. van Boom, I. Giesen & A. J. Verheij (red.), *Gedrag en privaatrecht: Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke vraagstukken*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 153-180.

Erp, J.G. van (2009). *Naming en shaming in het markttoezicht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

Erp, J.G. van & C.M. Klein Haarhuis (2006). *De filterwerking van buitengerechtelijke procedures: een verkennend onderzoek*, Den Haag: WODC.

Erp, J.G. van, W. Huisman, H.G. van de Bunt & P. Ponsaers (2008). Toezicht en Compliance, *Tijdschrift voor Criminologie*, 50(2), 83-95.

Faure, M. (2001). A Selection of Empirical Socio-Economic Research with Respect to the Functioning of Legal Rules and Institutions in Belgium and the Netherlands, *European Journal of Law and Economics*, 11(3), 207-248.

Felstiner, W.F.L., R.L. Abel & A. Sarat (1981). The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming *Law & Society Review*, 15, 631-654.

Fennema, M. & E. Heemskerk (2008). *Nieuwe netwerken: De elite en de ondergang van de NV Nederland*, Amsterdam: Bert Bakker.

Festinger, L. (1954). A theory of social comparison processes, *Human Relations*, 7, 117-140.

- Festinger, L. (1957). *A theory of cognitive dissonance*, Evanston: Row, Peterson.
- Grinten, W.C.L. van der (1982). De mythe van de aansprakelijkheid. *De Naamlooze Vennootschap*, 201-202.
- Groot, H. de (2006). *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer.
- Havinga, T. (2010). Draagt aansprakelijkheidsrecht bij aan de voedselveiligheid? Over de preventieve werking van schadeclaims en aansprakelijkheidsverzekering, *Recht der Werkelijkheid*, 31, 6-27.
- Hendrikse, A. (2010). Insolvente stichtingen en bestuurdersaansprakelijkheid, in: R.J. van Galen, J.G. Princen & R. Mulder (red.) *De insolvente vennootschap*, Insolad Jaarboek 2010.
- Hendrikse, A. (2009). Bestuurdersaansprakelijkheid in de semipublieke sector: van liefdewerk, oud papier, de dingen die voorbijgaan, *Ondernemingsrecht* 2009, 4.
- Hendrikse, A. & D.A.M. van den Heuvel (2009). Bescherming tegen bestuurdersaansprakelijkheid in tijden van crisis, *Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk*, 2009, 4, 127-131.
- Hertogh, M. (2005). Van naleving naar beleving van recht: bouwwereld en bouwfraude vanuit een rechtssociologisch perspectief, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Recht realiseren: bijdragen rond het thema adequate naleving van regels*, Deventer: Kluwer, 51-68.
- Ingh, F.J.P. van den (1990). Interne aansprakelijkheid bij vereniging en stichting, *Stichting & Vereniging* 1990, 159-162.
- Janis, I. (1972). *Victims of Groupthink: a psychological study of foreign-policy decisions and fiascoes*. Boston: Houghton, Mifflin.
- Jansen, C. J. H., Kortmann, S.C.J.J. & Van Solinge, G. (2004) Verspreide geschriften van W.C.L. van der Grinten. Deventer: Kluwer. Volume 77 van Serie vanwege het Van der Heijden Instituut te Nijmegen
- Jensen, M. (2006). Should We Stay or Should We Go? Accountability, Status Anxiety, and Client Defections, *Administrative Science Quarterly*, 51(1), 97-128.
- Jettinghoff, A. (2001). *Het komt zelden voor. Beheersing van klachten en geschillen in relaties tussen bedrijven*. Maastricht: Universitaire Pers.

- Klaassen, A.G.H. (2010). Wettelijke beperking van bestuurdersaansprakelijkheid bij verenigingen en stichtingen?, *Ondernemingsrecht 2010*(14), 598-607.
- Kleiboer, M. & N. Huls (2001). *Tuchtrecht op de Terugtocht. Wettelijke-niet-hiërarchisch tuchtrecht: Een vergelijkende analyse*, Utrecht: Lemma B.V..
- Kroeze, M. (2004). *Afgeleide schade en afgeleide actie*, Deventer: Kluwer.
- Levi, M. (2009). Suite Revenge? The Shaping of Folk Devils and Moral Panics about White-Collar Crimes, *British Journal of Criminology*, 49(1), 48-67.
- Lindenbergh, S.D. (1998). *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer.
- Lorsch, J.W., & E. MacIver (1989). *Pawns or Potentates, the reality of America's Corporate Boards*, Boston: Harvard University Press.
- Macaulay, S. (1963). Non-contractual relations in business: a preliminary study, *American Sociological Review*, 28(1), 55-67.
- McCauley, C. (1989). The nature of social influence in groupthink: Compliance and internalization, *Journal of Personality and Social Psychology*, 57, 250–260.
- McPherson, M., L. Smith-Lovin & J. M. Cook (2001). Birds of a Feather: Homophily in Social Networks, *Annual Review of Sociology*, 27, 415-444.
- Orsel, R.A. (2007). Besluitvorming en vertegenwoordiging inzake vrijwaring van bestuurders en commissarissen, *Ondernemingsrecht 2007*, 10-11, 398-406.
- Potjewijd, G.H. (2003). Vrijwaring voor bestuurders en commissarissen, *Ondernemingsrecht 2003*, 16, 606-613.
- Rooks, G. (2002). *Contract en conflict, strategisch management van inkooptransacties*, Diss Universiteit Utrecht.
- Schein, E.H. (1991). *Organizational Culture and Leadership*, San Francisco/Oxford: Jossey-Bass.
- Spier, J. (2003). Doel en functie van het aansprakelijkheidsrecht, in: Spier, J., T. Hartlief, G. van Maanen & R. Vriesendorp (red.), *Verbindenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer.
- Timmerman, L. (2006). Een pleidooi voor een kloof tussen het enquêterecht en bestuurdersaansprakelijkheid, in: Kroeze e.a. (red.) *VERANTWOORDING aan Hans Beckman*, Deventer: Kluwer, 531-423.



Valk, S.N. de (2009). *Aansprakelijkheid van leidinggevenden naar privaatrechtelijke, strafrechtelijke en bestuursrechtelijke maatstaven*, Deventer: Kluwer 2009.

Velthoven, B. van & C. Klein Haarhuis (2010). *Geschilbeslechtingsdelta 2009*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.

Velthoven, B. van & M. Ter Voert (2004). *Geschilbeslechtingsdelta 2003*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.

Westphal, J.D. & P. Khanna (2003). Keeping directors in line: Social distancing as a control mechanism in the corporate elite. *Administrative Science Quarterly*, 48: 361-399.

Weterings, W.C.T. (2010). De aansprakelijkheidsverzekering voor bestuurders en commissarissen in de (verzekerings)praktijk, *Het verzekerings-archief*, 2010 (87), 161-172.

### **Kamerstukken**

Tweede Kamer, 2008–2009, 29 453, nr. 115.

Tweede Kamer, 2008–2009, 29 453, nr. 128.

Tweede Kamer, 2008–2009, 29 453, nr. 136.

Tweede Kamer, 2008–2009, 27 295, nr. 132.

Tweede Kamer, 2008-2009, 31 386, nr. 17.

Tweede Kamer, 2008-2009, 31 386, nr. 18.

Handelingen TK 2008-2009, nr. 44.

## **Bijlage 1 Samenstelling van de begeleidingscommissie**

### *Voorzitter*

prof. mr. A.F. Verdam (hoogleraar ondernemingsrecht, Vrije Universiteit, Amsterdam;  
Legal advisor bij de Koninklijke Philips Electronics N.V.)

### *Leden*

Mw mr. drs. N. Hagemans (Ministerie van Veiligheid en Justitie, Directie Wetgeving,  
Raadadviseur Sector Privaatrecht)

dr. E.M. Heemskerk (universitair docent politicologie, Universiteit van Amsterdam;  
Governance consultant bij De Galan Groep)

mr. A.F.J.A. Leijten (advocaat Stibbe N.V., Amsterdam; hoofddocent Vennootschaps-  
en Ondernemingsrecht, Grotius Academie)

Mw mr. E.C. van Ginkel (WODC, projectbegeleider EWB)

## **Bijlage 2 Artikel 2:9 BW**

### **Burgerlijk Wetboek, Boek 2, Artikel 9 (oud)**

Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Indien het een aangelegenheid betreft die tot de werkring van twee of meer bestuurders behoort, is ieder van hen voor het geheel aansprakelijk terzake van een tekortkoming, tenzij deze niet aan hem is te wijten en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.

### **Burgerlijk Wetboek, Boek 2, Artikel 9 (nieuw)**

In de nieuwe formulering, die in de in dit rapport onderzochte cases nog niet van toepassing was, bestaat het artikel uit een lid 1 en lid 2.

Artikel 2:9 lid 1 BW (nieuw):

‘Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot behoorlijke vervulling van zijn taak. Tot de taak van de bestuurder behoren alle bestuurstaken die niet bij of krachtens de wet of de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld.’

Artikel 2:9 lid 2 BW (nieuw):

‘Elke bestuurder draagt verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken. Hij is voor het geheel aansprakelijk ter zake van onbehoorlijk bestuur, tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.’

## **Bijlage 3 Inventarisatie van juridische procedures waarin bestuurders aansprakelijk zijn gesteld, 11 november 2001 - 11 november 2011**

Bronnen: uitsluitend JOR en rechtspraak.nl. Uitspraken die elders zijn gepubliceerd – maar niet in JOR of rechtspraak.nl – zijn niet in de inventarisatie opgenomen. Vonnissen in arbitrageprocedures ontbreken derhalve in de inventarisatie.

Selectiecriteria:

- de eiser (in conventie of reconventie) is een rechtspersoon en de gedaagde een (oud-) bestuurder of interne toezichthouder
- de eiser is geen faillissementscurator
- de inventarisatie is per zaak, niet per uitspraak; indien er in een geschil meer uitspraken zijn gedaan, is dus slechts één procedure geteld.

### 2002 (2)

- 1) Hof Arnhem 20 juni 2002, JOR 2002/110 en HR 20 februari 2004, JOR 2004/93 (Hartog Holding/Hartog)
- 2) HR 29 november 2002, JOR 2003/2 en Hof Den Bosch 15 juni 2004, LJN: AQ5636 (Schwandt/Berghuizer papierfabriek)

### 2003 (3)

- 3) HR 19 juni 2003, JOR 2003/134 (Skipper Club/Jaarsma)
- 4) Rb Arnhem 30 juli 2003, LJN:AY1620 en AY0624 (GOM/A)
- 5) Rb Haarlem 17 september 2003, JOR 2004/36 (Buigcentrale/T)

### 2004 (1)

- 6) Hof Den Bosch 28 september 2004, JOR 2005/56 (Exhol/Matkovich)

### 2005 (3)

- 7) Rb Zutphen 14 september 2005, LJN:AU3153 (Dusseldorp Beheer/X)
- 8) Rb Arnhem 9 november 2005, LJN: AU9884 (BV Y/X)
- 9) Rb Zutphen 21 december 2005 en 24 mei 2006, LJN: AY6926 (Hondensportvereniging/Erven X)

### 2006 (3)

- 10) Rb Arnhem 1 maart 2006, LJN: AW1811 (Bouwgroep/Derksen)
- 11) Hof Den Bosch 11 april 2006, LJN: AW9666 (BV A/X)
- 12) Hof Den Haag 26 september 2006, JOR 2007/61 (Jacobus Recourt/Kruiper)

### 2007 (8)

- 13) HR 2 maart 2007, JOR 2007/137 en Hof A'dam 17 november 2009, JOR 2010/89 (Nutsbedrijf Westland/Schieke c.s.)
- 14) Rb Zwolle 14 maart 2007, LJN: BA9162, Rb Zwolle 30 januari 2008, JOR 2009/30 en Hof Arnhem 29 maart 2011, JOR 2011/216 (Dyna Music/Uiterlinden)
- 15) Rb Rotterdam 4 april 2007, LJN: BA3263 (Vereniging EMCR/X)

- 16) Rb Utrecht 25 juli 2007, LJN: BB0336 en Hof Amsterdam 21 september 2010, JOR 2011/40 (Stichting Freule Lauta van Aysma/Lambers c.s.)
- 17) Rb R'dam 15 augustus 2007, JOR 2007/230 (Fairmount/X)
- 18) Rb Leeuwarden 5 september 2007, JOR 2007/236 en Hof Leeuwarden 7 juli 2009, LJN: BJ1992 (Aquaverium/X c.s.)
- 19) Vzr Rb Dordrecht 13 september 2007, LJN: BB3968 (Interocean/H.N.S.)
- 20) Rb Rotterdam 28 november 2007, LJN: BB9319 (K&V BV/Y)

#### 2008 (14)

- 21) Rb Arnhem 9 januari 2008, JOR 2008/88 (NIM/Maters c.s.)
- 22) Rb Amsterdam 26 maart 2008, JOR 2008/126 (CSZ/Assink c.s.)
- 23) Rb Zutphen 9 april 2008, LJN: BD5273 (Oosterveld/Mareb c.s.)
- 24) Rb Arnhem 23 april 2008, JOR 2008/190 (Schuttersvereniging Excelsior)
- 25) Rb Zutphen 21 mei 2008, JOR 2008/193 en Hof Arnhem 10 november 2009 (ME Beheer/Van Welie)
- 26) Rb Arnhem 21 mei 2008, JOR 2008/222 (Stichting Stoas/Reitsma c.s.)
- 27) Rb Middelburg 18 juni 2008, LJN: BD5590 (Ecomares/X)
- 28) Rb Zutphen 20 augustus 2008, LJN: BF6804 (Nijhuis Pompen/X)
- 29) Hof Leeuwarden 9 september 2008, JOR 2008/329 (Stichting Schaapstil/Blonk)
- 30) Rb Middelburg 5 november 2008, LJN: BG4605 (Dacotherm/X c.s.)
- 31) Rb Amsterdam 9 december 2008, JOR 2009/185 (Louder Holdings/Wijsmuller)
- 32) Hof Amsterdam 9 december 2008, te kennen uit HR 17 december 2010, LJN: BO1805 (Vennootschap A/X c.s.)
- 33) Rb Amsterdam 10 december 2008, LJN: BH 1626 (Stichting Zorgcentrum De Marke/B)
- 34) Rb Arnhem 24 december 2008, LJN: BH0187 (Actys/A.B. Management)

#### 2009 (12)

- 35) Rb Zwolle 4 februari 2009, LJN: BI3440 (Meepo Holding/X)
- 36) Rb Rotterdam 25 maart 2009, LJN: BI2600 (VvE Seneca/Stichting Woonbron)
- 37) Rb Zwolle 25 maart 2009, LJN: BJ5138 (B.V. X/Y)
- 38) Hof Den Bosch 31 maart 2009, BI0801 (Nostimos c.s./Y)
- 39) Rb Arnhem 8 april 2009, LJN: BI2337 (Rath & Doodeheefver/X)
- 40) Hof Den Haag 19 mei 2006, LJN: BI6305 (Woningbouwvereniging Trias/X)
- 41) Hof Den Haag 26 mei 2009, LJN: BI6241 en HR 8 april 2011, LJN: BP6594 (Patrimoniums Woningstichting/X)
- 42) Rb Arnhem 27 mei 2009, LJN: BI6879 (B.V. X/Y)
- 43) Rb Haarlem 15 juli 2009, LJN: BJ6815 (Bergisch Boekhoff & Frissen/X)
- 44) Rb Arnhem 7 oktober 2009, LJN: BJ9547 (Ballast Nedam/F c.s.)
- 45) Rb Amsterdam 11 november 2009, JOR 2010/56 (Van Vliet c.s./Palminvest)
- 46) Rb Amsterdam 18 november 2009, LJN: BP3283; JOR 2011/248 (Wilhelmina NV/Paap c.s.)

#### 2010 (10)

- 47) Rb Amsterdam 6 januari 2010, LJN: BN0279 (Manderen/Atlas c.s.)
- 48) Rb Middelburg 13 januari 2010, LJN: BL1038 (BV X/Y c.s.)
- 49) Hof Amsterdam 2 februari 2010, JOR 2010/334 (FAC/Polyvesta c.s.)
- 50) Rb Rotterdam 3 februari 2010, LJN: BL4454 (Partners in Finance/X c.s.)
- 51) Rb Arnhem 17 februari 2010, JOR 2010/149 en 11 mei 2011, JOR 2011/252 (Traffic Service/Van Strien)
- 52) Rb Arnhem 7 juli 2010, JOR 2011/107 (Promocean/Schimmel)
- 53) Rb Dordrecht 25 augustus 2010, LJN: BN5148 (Marbatin c.s./X)

- 54) Hof Den Bosch 7 september 2010, LJN: BN8034 (TBK Invest/X c.s.)  
55) Rb Rotterdam 15 september 2010, LJN: BO1101 (Kibotrans/Vaerles en Saekel c.s.)  
56) Hof Leeuwarden 28 december 2010, LJN: BP1119 (Coöperatieve Woonvereniging De Middelhorst/X)

2011 (14) (tot 11 november 2011)

- 57) Rb Amsterdam 12 januari 2011, JOR 2011/250 (Canicula/Orangefield)  
58) Rb Arnhem 2 maart 2011, LJN: BP6212 (Woning Onderhouds Stichting/X c.s.)  
59) Rb Middelburg 13 april 2011, LJN: BQ2455 (Vereniging Krulbolclub Molenzicht/X)  
60) Hof Den Bosch 19 april 2011, LJN: BQ1752 (!GO B.V/X)  
61) Rb Utrecht 15 juni 2011, LJN: BR0194 (Vereniging Appartementseigenaren/X)  
62) Rb Almelo 13 juli 2011, LJN: BR5537 (BV X c.s./Y)  
63) Rb Amsterdam 27 juli 2011, LJN: BT2020 (Stichting Chai/X)  
64) Rb Utrecht 27 juli 2011, LJN: BR5506 (Stichting X/Phoenix Capital c.s.)  
65) Rb Leeuwarden 17 augustus 2011, LJN: BR5149 (Hi-Light Holdings/Inventures Management)  
66) Rb Zwolle 31 augustus 2011, LJN: BR6385 (Rochdale/X)  
67) Hof Den Bosch 6 september 2011, LJN: BT2016 (ACC-Team/X c.s.)  
68) Rb Zutphen 12 september 2011, LJN: BS1700 (Stichting Omroep Oost Gelderland/X c.s.)  
69) Rb Rotterdam 21 september 2011, LJN: BT2396 (Load-lok/X c.s.)  
70) Rb Utrecht 2 november 2011, LJN: BU3957 (Stichting Gereformeerde Bouwcorporatie voor Bejaarden/X)

## **Bijlage 4 Vragenlijst case-gerelateerde interviews**

### **A. Reconstructie van het probleem**

1. Kunt u ons, kort en kernachtig, schetsen wat er aan de hand was? Wat was het probleem?
2. Wat was uw functie tijdens de situatie? [hoe lang reeds in functie?]
3. Had u op dat moment al ervaring als bestuurder/commissaris in andere organisaties? [hoe lang?]
4. Wanneer bereikten de eerste signalen u dat er iets aan de hand was?
5. Hoe reageerde de organisatie [raad van bestuur / raad van toezicht / ondernemingsraad etc.] in eerste instantie op de situatie?
6. Is deze reactie later veranderd? Hoe en op welk moment?
7. Is er op een gegeven moment gedacht aan het nemen van actie tegen de betrokken bestuurders en/of toezichthouders? Wanneer en wie initieerde dit?
8. Zijn de bestuurders en/of toezichthouders op non-actief gesteld? Vrijwillig weggegaan? Of ontslagen?

### **B. Afwegingen omtrent aansprakelijkstelling**

9. Is overwogen om de bestuurders en/of toezichthouders juridisch aansprakelijk te stellen voor de veroorzaakte schade?
10. Welke personen/organen waren bij deze beslissing betrokken en wat was hun visie [ raad van bestuur, raad van toezicht, ondernemingsraad, overige interne organen, juristen, advocaat, externe adviseur]?
11. Heeft de onderneming interne of externe adviseurs (bijvoorbeeld een advocaat) geraadpleegd bij het nemen van een beslissing? Welke rol hadden hun adviezen?
12. Welke stappen/opties zijn overwogen?  
Opties:
  - aangifte doen (strafrechtelijk traject)
  - arbeidsrechtelijke stappen (ontslag op staande voet en opvolgend een procedure)
  - civielrechtelijk aansprakelijk stellen o.g.v. art 2:9 BW
  - buitengerechtelijke stappen/overeenkomst sluiten
13. Voor welke optie is uiteindelijk gekozen en waarom?
14. [Indien van toepassing:] Waarom is niet voor een civiele procedure gekozen op grond van artikel 2:9 BW [evt. uitleg geven over dit artikel]?

15. Welke overwegingen waren van belang [juridische mogelijkheden belemmeringen, mogelijke opbrengst bij veroordeling, proceskosten, kosten van reputatieschade]?
16. Speelde de reputatie van de organisatie een rol bij beslissingen over de te ondernemen actie [angst voor negatieve publiciteit dan wel juist positief signaal dat wordt afgegeven als er actie wordt ondernomen]?
17. Speelde mee dat u of anderen het idee hadden dat de bestuurder(s)/toezichthouder(s) al (voldoende) waren gestraft [baan kwijt, imagoschade enz]?
18. Had de situatie ook zijn weerslag op de persoonlijke verhoudingen in bestuur/raad van commissarissen, hoe? Speelde dat een rol bij het nemen van de beslissing over aansprakelijk stellen?
19. In hoeverre was er druk voelbaar op [de organisatie/het bestuursorgaan] om maatregelen te nemen? Waar kwam die druk vandaan: intern/extern?
20. Hoe ontwikkelden zich de verhoudingen binnen [het orgaan waar respondent deel van uitmaakt] (machtsblokken, eenlingen, allen-tegen-één)?
21. Hoe ontwikkelden zich de verhoudingen tussen de raad van bestuur en raad van toezicht? Welke positie kozen de ondernemingsraad en eventuele andere betrokken organen?
22. [Indien van toepassing:] Heeft de uitkomst van een enquêteprocedure meegespeeld in de overweging? Zo ja: hoe en in welke mate?

**C. Gerechtelijke procedure [indien van toepassing] en evt. buitengerechtelijk traject**

23. Is de zaak voor de rechter gekomen? Waarom wel/niet? [bij 2:9 BW: wat waren overwegingen om het al dan niet tot een zitting te laten komen]
24. Wat was de uitkomst van de procedure?
25. Wat vindt u van de bestaande juridische mogelijkheden om bestuurders/toezichthouders aansprakelijk te stellen? Zijn die afdoende? Zo nee (of indien respondenten de mogelijkheden juist te ruim acht): wat zou u graag veranderd zien?
26. Is er op een andere wijze dan via een gerechtelijke procedure geprobeerd om schade bij de bestuurders en/of commissarissen te verhalen? Hoe?
27. Wat is de uitkomst daarvan?



#### **D. Overig**

28. Zijn er nog aspecten waar wij niet naar hebben gevraagd maar waarvan u denkt dat wij ze wel zouden moeten weten?
  
29. [indien van toepassing en past in binnen tijd:] Hebt u in uw ervaring bij andere ondernemingen wel eens voor de beslissing gestaan om bestuurders/commissarissen aansprakelijk te stellen? Wat waren overeenkomsten en/of verschillen met de situatie die u ons hiervoor schetste?