

## Aansprakelijkheid bij misstanden: niets gedaan en toch/juist verantwoordelijk

Het ondenkbare, onmogelijk geachte, heeft zich dan toch voorgedaan. Binnen een organisatie is een grote misstand aan het licht gekomen. En om het allemaal nog erger te maken blijkt de bestuurder van de organisatie daarvoor verantwoordelijk. Er is zelfs een strafrechtelijk onderzoek gestart. Uit extern onderzoek komt naar voren dat de bestuurder zich schuldig heeft gemaakt aan omkopingspraktijken. De organisatie draait nu voor de gevolgen op. Op het eerste gezicht lijkt het alsof de organisatie, de andere leden van het bestuur en de interne toezichthouders geen blaam treft. Uiteraard besluiten zij om de bestuurder aansprakelijk te stellen voor de geleden schade. Of ligt het ingewikkelder en is die stap niet zo vanzelfsprekend als het lijkt?

Een beknopte analyse van uitspraken van rechters en publicaties over een aantal recente misstanden lijkt dat laatste te bevestigen. Er bestaat een risico dat interne toezichthouders, de organisatie of zelfs medebestuurders aansprakelijk worden gesteld voor misstanden die zijn begaan door een (andere) bestuurder. In lijn daarmee is het mogelijk dat de rechter een aansprakelijkheidstelling van een bestuurder niet honoreert. Aanleiding genoeg om een schets te geven van het juridische veld rond de aansprakelijkheid van bestuurders en interne toezichthouders.

### *De prijs van onvoldoende toezicht*

Het Centraal Fonds Volkshuisvesting (CFV) treedt op als externe toezichthouder bij gemeentelijke woningbedrijven en corporaties. In een bepaalde casus pleegde een bestuurder strafbare (financiële) feiten. Het CFV stelde in 2011 naar aanleiding hiervan de leden van de desbetreffende raad van toezicht aansprakelijk, omdat het CFV van oordeel was dat het toezicht bij de toegelaten instelling ontoereikend was geweest. De interne toezichthouders waren het daar niet meer eens. Bij de verklaring van de ontstane problemen legden zij vooral het accent op de strafbare feiten die de toenmalige bestuurder had gepleegd. In 2013 troffen de partijen uiteindelijk een schikking. Op basis daarvan is vanuit de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering een niet nader genoemd bedrag betaald terwijl het CFV definitief afzag van een aansprakelijkheidsprocedure. Binnen de volkshuisvesting komt het aansprakelijk stellen van interne toezichthouders vaker voor. Voorbeelden uit Limburg en Brabant betreffen aansprakelijkheidstellingen in gevallen waarbij een bestuurder werd beticht van wanprestaties en wanpraktijken.

### *Medebestuurders aansprakelijk?!*

De aansprakelijkheidstelling beperkt zich niet alleen tot volkshuisvesting en evenmin tot toezichthouders. Ook medebestuurders lopen dat risico, zoals blijkt uit het volgende voorbeeld. Uit een door een forensisch accountant verricht onderzoek bleek dat een bestuurslid van een afdeling van een landelijke vereniging een wederrechtelijk voordeel had verkregen van ruim € 130.000. Het bestuurslid had de door de afdeling aan haar terbeschikkinggestelde bankpassen misbruikt voor persoonlijke uitgaven. Ze werd vervolgens aansprakelijk gesteld voor alle schade. Nadat de afdeling was opgegaan in de overkoepelende landelijke vereniging heeft deze echter óók een ander bestuurslid, te weten de penningmeester van de afdeling, aansprakelijk gesteld. De landelijke

vereniging oordeelde namelijk dat de penningmeester zijn (kern)taken ('het beheer van het vermogen van de afdeling en het waarborgen dat uitgaven het statutaire doel van de afdeling dienen') niet naar behoren had vervuld.

Het gerechtshof Amsterdam stelde in 2012 vast dat de penningmeester inderdaad onvoldoende invulling had gegeven aan zijn bestuurstaak en 'het risico van fraude niet afdoende heeft onderkend en geen maatregelen heeft genomen om dit risico te voorkomen en de gevolgen daarvan zoveel mogelijk te beperken. Het hof maakte de penningmeester het ernstige verwijt dat hij "bij zijn taakuitoefening onvoldoende initiatief heeft getoond en zich veeleer passief dan (pro)actief heeft opgesteld". Het gerechtshof heeft uiteindelijk bepaald dat de vereniging en de penningmeester moesten proberen om te schikken.

#### *Waarborgen en controles binnen de organisatie*

Rechters kijken kritisch naar de maatregelen van organisaties om misstanden te voorkomen. In 2006 bevond de rechtbank in Zutphen een medewerker van een uitvoeringsorganisatie schuldig aan het zich wederrechtelijk toe-eigenen van een bedrag van ruim € 240.000. Bij de strafoplegging hield de rechtbank rekening met de in haar ogen beperkte 'kwaliteit' van de interne beheersmaatregelen van de uitvoeringsorganisatie. De rechter oordeelde dat 'naar het zich laat aanzien' de schade voor de uitvoeringsorganisatie beperkter was uitgevallen wanneer binnen de organisatie 'meer aandacht zou zijn besteed aan effectieve waarborgen en controles ter voorkoming van fraude door een op een sleutelpositie geplaatste werknemer (...) Opmerkelijk is in dit verband dat de onderhavige fraude niet alleen zeer laat, maar bovendien slechts door toeval is ontdekt'.

Het voorgaande lijkt er op te duiden dat de rechtbank het verwijtbaar kan vinden dat een organisatie niet of onvoldoende beschikte over beheersmaatregelen om tijdig rode vlaggen in de bedrijfsvoering te signaleren.

#### *Actieve houding interne toezichthouders*

Interne toezichthouders moeten zich bewust zijn van hun verantwoordelijkheden in relatie tot (eventuele) misstanden; ook in gevallen waar in eerste instantie de vinger kan worden gericht naar het bestuur van een organisatie. Dit volgt onder meer uit een uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland uit 2013 in het kader van het faillissement van de aan de Nederlandse beurs genoteerde Landis Group NV. Landis was in een kort tijdsbestek dankzij een aantal grote overnames flink gegroeid. De onderneming ging – zoals later uitgebreid in stukken was te lezen – uiteindelijk failliet aan de gevolgen van wanbeleid. Onder meer bleek dat het binnen Landis niet mogelijk was geweest om tijdig inzicht te verkrijgen in de vorderingen en verplichtingen van de organisatie. Dit was weer het gevolg van een gebrekkig geautomatiseerd systeem voor de financiële administratie. Zowel het bestuur als de commissarissen waren van de problemen met de automatisering op de hoogte. Mede doordat niet tijdig inzicht kon worden gegeven in de financiële situatie van de organisatie was volgens de rechters - overigens ondanks een goedkeurende verklaring van de accountant - niet voldaan aan de boekhoudplicht. Volgens de rechtbank was het de taak van commissarissen om er op toe te zien dat het bestuur de boekhoudplicht nakwam: 'Daartoe hadden zij zich door het bestuur

moeten laten inlichten en het bestuur met betrekking tot de nakoming van deze verplichting moeten laten adviseren en zo nodig moeten ingrijpen’.

De rechtbank oordeelde ook – in afwijking van wat de commissarissen aanvoerden – dat het achteraf toetsen van het bestuur of het achteraf voeren van gesprekken met de onafhankelijke accountant **onvoldoende** was om ‘te kunnen concluderen dat de commissarissen zich op een behoorlijke wijze van hun controlerende en toezichhoudende taak ten aanzien van de nakoming van de boekhoudplicht hebben gekweten’. De commissarissen hadden zich kortom actiever moeten opstellen.

### *Reden voor angst en beven?*

Is het dan alleen kommer en kwel? Heeft iemand aanleiding tot angst en beven wanneer hij/zij zitting neemt in een raad van toezicht/commissarissen of in een raad van bestuur? Zoals wel vaker ligt het allemaal wat genuanceerder. Het Ministerie van Veiligheid & Justitie liet in 2011 een onderzoek uitvoeren naar onder meer de vraag wat de redenen zijn waarom al dan niet van de wettelijke mogelijkheden gebruik wordt gemaakt om falende bestuurders of toezichhouders aan te pakken. De veronderstelling was namelijk dat er gevallen zouden zijn waarbij (mogelijk ten onrechte) aansprakelijkstelling achterwege blijft terwijl er wel aanleiding is om bestuurders of toezichhouders (intern) aansprakelijk te stellen. Uit het onderzoek kwam onder andere naar voren dat ‘de “kosten” (in termen van geld, tijd, inspanning) die een civielrechtelijke procedure met zich brengt een belangrijke factor zijn bij de afweging om al dan niet een juridische actie in te stellen’. Ook liet het onderzoek zien – zoals ook hiervoor al aangegeven dat betrokken (ex-) bestuurders en interne toezichhouders zelf een risico lopen wanneer ze tot juridische actie tegen een bestuurder (of medewerker) besluiten. Ook hun eigen eventueel gebrekkige toezicht kan dan in de schijnwerper komen te staan. Veel deelnemers aan het onderzoek gaven - mogelijk om die reden, maar ook vanwege de vertrouwelijkheid – aan dat zij vaak de voorkeur gaven aan het onderling beslechten van geschillen boven een gerechtelijk traject. Uiteraard speelt daarbij de ernst van de kwestie en de hoogte van de eventueel daarmee gemoede schade ook een rol.

### *Welke lessen?*

Genoemd onderzoek richtte zich hoofdzakelijk op zaken waarbij al het stadium was bereikt waarin de vraag zich aandienende of iemand aansprakelijk gesteld moest worden. Wat zijn de vereisten om te voorkomen dat die vraag aan de orde komt? Uit de hier aangehaalde rechtszaken valt in ieder geval af te leiden dat het van belang is om de ‘zaakjes op orde te hebben’. Kort door de bocht dienen bestuurders en interne toezichhouders zich te houden aan hun taakomschrijvingen; om verwijten zoals die aan de eerdergenoemde penningmeester te voorkomen. Verder dient de kwaliteit van de interne informatievoorziening en van de beheersmaatregelen gemonitord te worden; dat bleek uit de casus van de uitvoeringsinstantie. Het faillissement van Landis Group NV liet zien dat de rechter van een raad van commissarissen ‘een actieve houding jegens het bestuur’ verwacht; in dit geval hadden commissarissen op regelmatige basis het bestuur dient te verzoeken hen inlichtingen te verschaffen over de ‘automatisering en de administratie’.

De jurisprudentie levert nog meer praktische aanknopingspunten voor interne toezichthouders. Dat blijkt uit een zaak bij een woningcorporatie in Limburg waarbij de toezichthouders door (de verzekeraar van) de corporatie hoofdelijk aansprakelijk werden gesteld voor een bedrag ruim € 66 miljoen. In de uitspraak van de rechtbank is onder meer vermeld dat de interne toezichthouders op een serieuze wijze invulling hebben gegeven aan hun toezichthoudende taak door:

- de voorbereiding en voortgang van een vastgoedproject nauwlettend te volgen;
- vragen te stellen;
- informatie van deskundige derden in te winnen;
- sturing te geven aan het handelen van de bestuurder middels het formuleren van kaders;
- het geven van concrete opdrachten;
- het stellen van voorwaarden bij de verlening van de statutair vereiste goedkeuring voor het project.

De rechtbank wees op deze gronden de aansprakelijkheid af. Daarbij gaf zij overigens wel aan dat 'een strenger toezicht het onbehoorlijk bestuurlijk handelen van de bestuurder en de daaruit voortgekomen schade' wellicht had kunnen voorkomen.

Een eensluidend en eenduidig model ter voorkoming van aansprakelijkheidstelling van bestuurders en interne toezichthouders valt helaas niet te geven. De jurisprudentie biedt echter wel de nodige handvatten om de kans te beperken dat een bestuurder of toezichthouder door toedoen van het wanbeleid van anderen (succesvol) aansprakelijk wordt gesteld.