

31 BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID IN DE PRAKTIJK

Motieven voor het intern aansprakelijk stellen van bestuurders

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

SAMENVATTING

Een van de mogelijkheden om de schade van wanbestuur te beperken, is het aansprakelijk stellen van de bestuurders die deze schade hebben veroorzaakt. Waar de mogelijkheid van een externe aansprakelijkheidsprocedure veelvuldig wordt benut, lijkt het veel minder vaak voor te komen dat een interne aansprakelijkheidsprocedure wordt gestart, door de rechtspersoon tegen de eigen (ex-)bestuurders. In deze bijdrage brengen wij daarom de redenen in kaart die meespelen in de beslissing om bestuurders al dan niet aansprakelijk te stellen. Inzicht in de beweegredenen van betrokkenen kan licht werpen op de werking van artikel 2:9 BW in de praktijk, en op eventuele belemmeringen die aan het aansprakelijk stellen in de weg staan. Daarmee kan een indruk ontstaan van de wijze waarop de beoogde functies van interne bestuurdersaansprakelijkheid in de praktijk worden vervuld.

1 INLEIDING

In de afgelopen jaren is een reeks van misstanden en dreigende deconfitures onderwerp geweest van felle publieke en politieke debatten. Het betroffen problemen bij onder meer zorginstellingen, hogescholen, banken en woningcorporaties. De frustratie bereikte een voorlopig hoogtepunt bij het dreigend faillissement van SNS Reaal. De gewezen voorzitter van de Raad van Bestuur zou grote fouten gemaakt hebben bij investeringen in vastgoedprojecten. Hij werd openlijk scherp bekritiseerd en nam de wijk naar het buitenland, omdat hij zich in Nederland niet meer veilig voelde. De kritiek spitste zich toe op bestuurders en intern toezichthouders, die niet alleen grote fouten zouden hebben gemaakt, maar zichzelf ook vorstelijk hadden beloofd. Het beeld was dat deze falende bestuurders en toezichthouders ook nog eens gemakkelijk wegkwamen, soms zelfs met een forse vertrekpremie, terwijl andere betrokkenen voor de schade moesten opdraaien.

Er bestaan echter diverse juridische mogelijkheden om falende topbestuurders persoonlijk aansprakelijk te stellen voor de schade die door hun verwijtbaar handelen is ontstaan.

In de eerste plaats kan gewezen worden op de mogelijkheid tot externe aansprakelijkstelling, dat wil zeggen de aansprakelijkstelling door een externe belanghebbende die schade heeft geleden als gevolg van het wanbeleid, bijvoorbeeld een aandeelhouder of een schuldeiser.¹ Deze mogelijkheid is bepaald geen dode letter. Van de mogelijkheid tot externe aansprakelijkstelling van de bestuurder via artikel 6:162 BW wordt regelmatig gebruikgemaakt door aandeelhouders en schuldeisers.²

In de tweede plaats bestaat er de mogelijkheid om bestuurders intern aansprakelijk te stellen. Interne aansprakelijkheid van bestuurders wordt doorgaans gebaseerd op artikel 2:9 BW, maar kan ook worden gebaseerd op de artikelen 6:162, 7:400 en 7:661 BW. Interne aansprakelijkstelling betekent dat de onderneming zelf – dus binnen de interne verhoudingen – haar eigen (ex-)bestuurders en/of interne toezichthouders aanspreekt. Deze interne aansprakelijkstelling wordt volgens enkele deskundigen minder vaak toegepast dan externe aansprakelijkstelling.³ In het maatschappelijk debat omtrent wanbestuur wordt veelvuldig de veronderstelling geuit dat dit te maken heeft met een ‘old boys network’ waarin bestuurders elkaar de hand boven het hoofd houden. De vraag is of deze veronderstelling terecht is. In deze bijdrage bespreken we de resultaten van een empirisch onderzoek naar de motieven en overwegingen van bestuurders om elkaar al dan niet intern aansprakelijk te stellen.⁴

1.1 Oogmerken van interne aansprakelijkheid: herstel en preventie

Aansprakelijkheidswetgeving vervult twee belangrijke functies in de regulering van gedrag van bestuurders binnen ondernemingen. In de eerste plaats zorgt het voor herstel van de schade die door het wanbestuur is veroorzaakt. In de tweede plaats kan van aansprakelijkstelling een preventieve werking uitgaan als bestuurders, onder invloed van de dreiging van aansprakelijkheid, zich verantwoordelijker (gaan) gedragen, waardoor wanbestuur wordt voorkomen. Deze (beoogde) preventieve werking van aansprakelijkheid kan verlopen via twee mechanismen. In de eerste plaats wordt verwacht dat bestuurders afzien van verwijtbaar nalatig gedrag als gevolg van de dreiging van het moeten betalen van veroorzaakte schade.⁵ Dit mechanisme is vergelijkbaar met de afschrikking die ook met strafrechtelijke sancties wordt beoogd: een potentiële dader laat regelovertrekend gedrag na uit angst voor

1 Deze kan zijn vordering bijvoorbeeld baseren op het weergeven van een misleidende voorstelling van zaken in de jaarrekening (art. 2:139 en 249 BW) en het verschaffen van misleidende informatie om iemand te bewegen om aandelen of obligaties te nemen (art. 6:193c en 193d of 6:194 BW). Daarnaast kan een externe belanghebbende een actie uit onrechtmatige daad starten op grond van art. 6:162 BW.

2 De Valk 2009, p. 27; Assink & Timmerman 2010.

3 Assink & Timmerman 2010; Weterings 2010.

4 Deze bijdrage is gebaseerd op Eshuis, Holvast, Van de Bunt, Van Erp & Pham 2012.

5 Van Dunné 2001; Spier 2003; Kroeze 2005; Van Boom 2006.

de sancties die daaraan zouden kunnen worden verbonden.⁶ Naast afschrikking is een tweede mechanisme waardoor preventie optreedt, het concretiseren van de verplichtingen en verantwoordelijkheden van bestuurders bij de invulling van hun taken.⁷ Bij de interne aansprakelijkheid ex artikel 2:9 lid 1 BW gaat het dan om de plicht tot behoorlijke taakvervulling, terwijl van aansprakelijkheid wegens schending van de bestuurlijke gedragsnorm alleen sprake kan zijn indien de bestuurder een ‘ernstig verwijt’ kan worden gemaakt.⁸ Diverse auteurs hebben echter gesteld dat deze normen onvoldoende houvast bieden aan bestuurders.⁹ Immers, wanneer is de taakvervulling ‘behoorlijk’ en wanneer is sprake van een ‘ernstig verwijt’? Concretisering van de juridische norm in jurisprudentie kan wanbestuur voorkomen, doordat bestuurders zich beter bewust zijn van de grens tussen geoorloofd en ongeoorloofd gedrag.¹⁰

Kortom, aan het aansprakelijkheidsrecht is de assumptie verbonden dat (bestuurders)aansprakelijkheid schade *herstelt* en *voorkomt* door afschrikking en normoverdracht. In gerechtelijke procedures over aansprakelijkheid staat het herstel van schade centraal. De functies die de wetgever toeschrijft aan een rechtsnorm komen echter niet per definitie overeen met de afwegingen van degene die hier een beroep op kan doen, in dit geval de bestuurders of toezichthouders van een onderneming waarin wanbestuur heeft plaatsgevonden. Rechtssociologisch onderzoek heeft uitgewezen dat gedupeerden de mogelijkheden die het recht biedt om hun schade te verhalen, maar in beperkte mate daadwerkelijk benutten.¹¹ Bij de besluitvorming over het starten van een juridische procedure, spelen onder andere de transactiekosten een rol: met juridische procedures kunnen veel kosten gepaard gaan die belemmerend kunnen werken op de bereidheid een claim in te dienen.¹² In de tweede plaats worden beslissingen over juridische procedures niet uitsluitend op grond van een rationele afweging van kosten en baten genomen, maar zijn zij ingebed in een breder raamwerk van normen en waarden, gedragspatronen en relaties.¹³ Het is denkbaar dat het aansprakelijk stellen van bestuurders niet past in de cultuur van vertrouwen die gebruikelijk is onder bestuurders. Maar ook als wel een juridische procedure wordt gestart, is financiële genoegdoening niet altijd het primaire motief: ook andere drijfveren

6 Van Wingerde 2012.

7 Arrighetti, Bachmann & Deakin 1997; Lane & Bachmann 1997.

8 Zie ook HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360.

9 Assink, Bröring, Timmerman & De Valk 2011, p. 67. Kroeze 2005 waarschuwt er overigens in zijn oratie ‘Bange bestuurders’ voor dat bestuurders te zeer risicoavers handelen, omdat ze bang zijn aansprakelijk gesteld te worden voor – achterafgezien – foute beslissingen. De vage norm van verwijtbaarheid op grond van art. 2:9 BW biedt bestuurders weinig houvast, waardoor zij hun aansprakelijkheidspositie niet goed kunnen inschatten (Kroeze 2005, p. 16-17). Zie ook HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21 (*Willemsen Beheer/NOM investerings- en ontwikkelingsmaatschappij*).

10 Assink 2011.

11 Schwitters 2011.

12 Nelken 2009.

13 Engel & McCann 2009.

kunnen een belangrijke rol spelen. Eshuis noemt het verkrijgen van genoegdoening, vergelding en eerherstel als voorbeelden van dergelijke motieven en overwegingen.¹⁴ Elster ziet financiële schadeclaims niet als middel tot schadevergoeding, maar als uiting van minachting en afkeuring jegens de falende bestuurder of toezichthouder.¹⁵

Empirisch onderzoek kan inzicht geven in de motieven en overwegingen die bestuurders hanteren voor het al dan niet aansprakelijk stellen van (ex-)bestuurders. Inzicht in de beweegredenen van betrokkenen kan licht werpen op de werking van artikel 2:9 BW in de praktijk en op eventuele belemmeringen die aan het aansprakelijk stellen in de weg staan. Daarmee kan een indruk ontstaan van de wijze waarop de beoogde functies van interne bestuurdersaansprakelijkheid in de praktijk worden vervuld.

In deze bijdrage brengen wij daarom de redenen in kaart die meespelen in de beslissing om bestuurders al dan niet aansprakelijk te stellen. De vraag wordt daarmee niet hoe vaak, maar *waarom* het instrument van interne aansprakelijkheid al dan niet wordt benut. Vormt de behoefte om financiële schade terug te krijgen bijvoorbeeld het hoofdmotief in zaken waarin aansprakelijk is gesteld, of gelden er ook belangrijke andere motieven? En wat zijn de afwegingen bij rechtspersonen waarin wel schade is geleden, maar niet aansprakelijk is gesteld? Speelde de onduidelijkheid met betrekking tot de plicht tot behoorlijke taakvervulling en verwijtbaar handelen een rol bij de beslissing om niet aansprakelijk te stellen? Of gaf de loyaliteit aan ex-collega's de doorslag?

In deze bijdrage putten wij uit kwalitatief empirisch onderzoekmateriaal dat is verkregen door de bestudering van een aantal concrete cases waarin aanleiding bestond tot het entameren van een interne aansprakelijkheidsprocedure.¹⁶ Voor deze cases zijn de motieven van betrokkenen met betrekking tot het besluit de bestuurders al dan niet aansprakelijk te stellen, gereconstrueerd met behulp van interviews met betrokkenen. Alle cases betreffen Nederlandse ondernemingen en organisaties waarin (mede) als gevolg van het optreden van bestuursleden grote financiële problemen waren ontstaan. Sommige van deze ondernemingen stonden op de rand van faillissement. Het gaat zowel om grote en bekende instellingen waarbij de case veel publiciteit heeft getrokken, als kleinere ondernemingen die minder de aandacht hebben getrokken. Het onderzoek heeft zich gericht op zowel private als semipublieke rechtspersonen. De plicht tot behoorlijke taakvervulling en de aansprakelijkheid die volgt als bestuurders deze plicht verzaken, geldt immers voor alle bestuurders; zowel voor bestuurders die zonder financiële vergoeding de bestuurstaak uitoefenen over een kleine stichting als voor 'professionele bestuurders' in een grote beursvennootschap. In alle cases was de vraag aan de orde of en op welke wijze actie werd ondernomen tegen de bestuurder die verantwoordelijk werd gehouden voor de problemen.

14 Eshuis 2003.

15 Elster 1998

16 Eshuis, Holvast, Van de Bunt, Van Erp & Pham 2012.

In dit hoofdstuk schetsen wij de afwegingen die daarbij zijn gemaakt door de direct betrokkenen. Het onderzoek richt zich, zoals gesteld, uitsluitend op de interne aansprakelijkstelling van bestuurders. Aansprakelijkheidsacties gestart door externe partijen (bijvoorbeeld schuldeisers) of door individuele werknemers of aandeelhouders vallen buiten het bereik van het onderzoek. Datzelfde geldt voor enquêteprocedures bij de Ondernemingskamer. Ook gevallen waarin sprake is van een faillissement zijn niet onderzocht. Bij een faillissement kan de curator overwegen om bestuurders aansprakelijk te stellen, maar hierbij zijn andere typen overwegingen te verwachten dan bij organisaties die nog functioneren.

Deze bijdrage is als volgt opgebouwd. Allereerst wordt in paragraaf 2 het wettelijk kader omtrent interne aansprakelijkheid nader uiteengezet. In paragraaf 3 schetsen we het gebruik van artikel 2:9 BW in de praktijk. In paragraaf 4 en 5 gaan we in op de motieven van bestuurders, die we ontleen aan ons onderzoek naar bestuurdersaansprakelijkheid. Paragraaf 6 bevat de conclusies.

2 WETTELIJK KADER: DE BESTUURLIJKE GEDRAGSNORM EN AANSPRAKELIJKHEIDSNORM IN ARTIKEL 2:9 BW

Artikel 2:9 BW wijst zowel op de plicht tot behoorlijke taakvervulling van de bestuurders (en commissarissen) in lid 1, als – in lid 2 – op het feit dat de bestuurder aansprakelijk is als hij zijn taak niet naar behoren vervult.¹⁷ Zoals eerder werd aangegeven, is niet altijd duidelijk wat die ‘behoorlijke’ taakvervulling precies inhoudt. In ieder geval moet de bestuurder zijn bestuurstaak daadwerkelijk vervullen; er is sprake van een *duty to perform*, waarbij van de bestuurder verwacht wordt dat hij de hem toekomende bevoegdheden op behoorlijke wijze aanwendt.

Bij het starten van een interne aansprakelijkheidsprocedure kan worden gekozen voor een procedure bij de civiele rechter of een arbitrageprocedure. De grondslag voor 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 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 om de schade te beperken (disculpatie).

¹⁷ Zie art. 2:149 en 2:259 BW.

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:

- 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’.¹⁸ 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;¹⁹
- de 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.²⁰

Als een onderneming vermogensschade lijdt als gevolg van een tekortkoming van de bestuurder, kan alleen de rechtspersoon – vertegenwoordigd door het bestuur – vergoeding van de geleden schade vorderen ex artikel 2:9 lid 2 BW. Alle andere belanghebbenden zijn aangewezen op de externe aansprakelijkheidsprocedure.

3 HET GEBRUIK VAN ARTIKEL 2:9 BW IN DE PRAKTIJK

Zoals eerder aangegeven, bestaat de indruk dat bestuurders slechts zelden in een interne procedure aansprakelijk worden gesteld.²¹ In deze paragraaf trachten wij enig inzicht te

18 HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360 (*Staleman/Van de Ven*), r.o. 3.3.1.

19 HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360 (*Staleman/Van de Ven*).

20 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*).

21 De toenmalige minister van Justitie heeft hierover in een brief aan de Tweede Kamer aangegeven 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’ (Kamerstukken II 2008/09, 31 386, nr. 18).

verschaffen in de mate waarin interne aansprakelijkheidsprocedures worden gevoerd en schetsen wij enkele ontwikkelingen in de toepassing van interne bestuurdersaansprakelijkheid.

3.1 *Het aantal interne aansprakelijkheidsprocedures*

Allereerst zijn we nagegaan wat het aantal gepubliceerde uitspraken in de afgelopen tien jaar²² was waarin sprake is van een aansprakelijkheidsvordering ex artikel 2:9 BW en artikel 6:162 BW. In twee belangrijke juridische databases, www.JOR.nl en www.rechtspraak.nl, zijn alle uitspraken opgevraagd waarin sprake was van een niet-failliete rechtspersoon die haar eigen (oud-)bestuurders en/of intern toezichthouders aansprakelijk stelt op grond van artikel 2:9 BW en/of artikel 6:162 BW.²³ In de periode november 2001 tot november 2011 bevatten de databases zeventig van deze zaken.

Het aantal van zeventig zaken is een ondergrens; het daadwerkelijke aantal procedures ligt vermoedelijk veel hoger. In de eerste plaats publiceren JOR en [rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) niet elke uitspraak, maar maken zij een selectie.²⁴ Ook kunnen interne aansprakelijkheidsacties op een andere rechtsgrond worden gebaseerd en is het mogelijk dat dergelijke zaken daarom ten onrechte uit de inventarisatie zijn gebleven.²⁵

Een belangrijke beperking van de beide bronnen is verder dat alleen zaken zijn opgenomen waarin het tot een gerechtelijke uitspraak is gekomen. Zaken waarin partijen voordien een schikking overeen zijn gekomen of waarin sprake was van geschilbeslechting via arbitrage, vallen er vanzelfsprekend buiten. Uit onderzoek is bekend dat slechts 5% van de juridische geschillen in een gerechtelijke procedure eindigt.²⁶ Veelal trachten partijen eerst een schikking te treffen of geven zij de voorkeur aan arbitrage achter gesloten deuren. Hoewel in die gevallen dus geen formeel beroep wordt gedaan op artikel 2:9 BW bij de rechter, kan in de onderhandelingen over een schikking of binnen een arbitrageprocedure artikel 2:9 BW wel degelijk een belangrijke rol hebben vervuld. In het onderzoek door

22 De onderzochte periode betreft 11 november 2001 tot 11 november 2011.

23 Uitspraken waarin voornoemde artikelen worden ingeroepen door een curator, aandeelhouder of crediteur zijn zodoende niet meegenomen. De gevonden uitspraken zijn gefilterd op dubbelingen, en alle zaken waarvan zowel uitspraken in eerste aanleg als in hoger beroep in de databases voorkwamen, zijn maar één keer meegeteld.

24 Dit blijkt onder andere ook uit het feit dat met betrekking tot een deel van de zaken pas voor het eerst een publicatie zichtbaar was waarin door het Hof of de Hoge Raad arrest werd gewezen. Dit geldt voor zeventien van de 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 voor de hand liggend dat dit voor alle zaken geldt, omdat het ook een aantal zaken uit 2010 en 2011 betreft. De criteria die beide databases hanteren voor het selecteren van uitspraken die zij publiceren, zijn te vinden op hun websites.

25 Dat zou bijvoorbeeld op basis van het arbeidsrecht kunnen zijn.

26 Dit percentage wordt gevonden bij natuurlijke personen (Van Velthoven & Klein Haarhuis 2010) en bij MKB-bedrijven (Croes & Maas 2009).

Weterings onder betrokkenen uit de wereld van de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekeringen komt de schatting naar voren dat in zo'n 70% van de zaken wordt geschikt en dat 30% in een procedure eindigt.²⁷

Het is niet mogelijk gebleken om precies vast te stellen hoe vaak bestuurders intern aansprakelijk worden gesteld en hoe vaak dit met succes gebeurt. Of de veronderstelling dat aansprakelijkstelling slechts zelden gebeurt juist is, is geheel afhankelijk van hoe je 'zelden' zou kwantificeren en waar je dit mee zou vergelijken.²⁸ In ieder geval is interne aansprakelijkstelling beslist geen dode letter en is te verwachten dat het aantal van zeventig zaken over een periode van tien jaar is slechts het topje van de ijsberg is.

3.2 Enkele ontwikkelingen

Verschillende auteurs suggereren dat er sprake zou zijn van een toename in het aantal (interne) bestuurdersaansprakelijkheidsprocedures.²⁹ Assink, Bröring, Timmerman en de Valk³⁰ geven echter aan dat nog steeds verreweg de meeste aansprakelijkheidsprocedures externe aansprakelijkheidsclaims betreffen en dat procedures zelfstandig gebaseerd op artikel 2:9 BW slechts mondjesmaat plaatsvinden.

In de literatuur wordt als een belangrijke beperkende factor op het aantal procedures inzake bestuurdersaansprakelijkheid is de D&O (Directors and Officers)-verzekering, in Nederland ook bekend onder de naam bestuurders- en commissarissenaansprakelijkheidspolis, genoemd. D&O-verzekeringen worden door de rechtspersoon ten behoeve van bestuurders en interne toezichthouders afgesloten, met als doel de bestuurder in staat te stellen zijn bestuurstaak daadwerkelijk te kunnen uitoefenen. Een bestuurder die zijn taak te risicomidend uitvoert, zou namelijk onwenselijk zijn.³¹ D&O-verzekeringen voorzien in deze behoefte door een hoge mate van bescherming te bieden, waarbij ze vaak zowel beschermen tegen externe als interne aansprakelijkstelling. Schade door ernstig verwijtbaar handelen valt bijvoorbeeld vaak onder de dekking. Gevallen van kwade trouw zijn echter uitgesloten van bescherming.³² Verzekeringsmaatschappijen zouden er echter doorgaans liever op aansturen een schikking te treffen, dan dat zij een onzekere gerechtelijke procedure

27 Opgemerkt zij dat het bij Weterings voornamelijk faillissementszaken betreft, terwijl die juist buiten het onderhavige onderzoek zijn gehouden.

28 Idealiter zou je in dat geval op de hoogte moeten zijn van de hoeveelheid gevallen van onbehoorlijk bestuur waarbij een aansprakelijkheidsactie kansrijk zou zijn, zich in de betreffende periode hadden voorgedaan.

29 Weterings 2010, p. 161; m.b.t. de not-for-profitsector: Hendrikse 2009, p. 174; m.b.t. de zorg: Boshouwers & Tjeenk Willink 2007, p. 13,.

30 2011, 15 en 23.

31 HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21 (*Willemsen Beheer/NOM investerings- en ontwikkelingsmaatschappij*); Kroeze 2005.

32 HR 30 mei 1975, NJ 1976, 572 (*Bierglas-arrest*).

ingaan.³³ Op die manier zouden verzekeraars als voorportaal het aantal interne aansprakelijkheidsprocedures kunnen beperken.

Bijzondere aandacht is tot slot op zijn plaats voor de ontwikkelingen in het aansprakelijk stellen van bestuurders in de semipublieke sector. De norm van artikel 2:9 BW geldt namelijk voor alle typen rechtspersonen. 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 te bepalen. De overheid kwam als toezichthouder meer op afstand te staan. Dit betekende dat bestuurders van voormalige *not-for-profit*-organisaties meer ruimte kregen om risico’s te nemen en activiteiten te ontwikkelen die verder af stonden van hun primaire (publieke) functie. Deze ontwikkeling had echter ook tot gevolg dat enkele zorginstellingen en woningbouwcorporaties in de financiële problemen kwamen door te ambitieuze projecten en bij sommigen ook door fraudes.³⁴

Bestuurders van semipublieke organisaties hebben bovendien ook meer kans om (intern) aansprakelijk te worden gesteld dan bestuurders van private ondernemingen, zo stelt Hendrikse.³⁵ De marge waarbinnen een bestuur risico’s kan nemen is kleiner, omdat het streven naar winst niet als rechtvaardiging kan gelden voor het nemen van risico’s. Bovendien zijn bestuurders van semipublieke organisaties – door hun maatschappelijke karakter – regelmatig aan nadere (sectorspecifieke) regelgeving gebonden. Dit leidt ertoe dat zij een groter risico lopen om aansprakelijk te worden gesteld dan bestuurders van private ondernemingen.³⁶

4 OPZET VAN HET ONDERZOEK

Op basis van een uitgebreide inventarisatie van mediaberichtgeving zijn achttien cases geselecteerd waarin, op basis van de beschreven feiten, voldoende grond leek te bestaan voor het entameren van een interne aansprakelijkheidsprocedure. Dat betekent dat er een vermoeden bestond dat bestuurders of interne toezichthouders hun taak onbehoorlijk hadden vervuld (volgens de criteria die worden gesteld aan aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW), waardoor de vennootschap financiële schade heeft geleden. Organisaties waarbij sprake was van een faillissement of zeer kleine organisaties met slechts één of twee bestuurder(s) en interne toezichthouder(s) zijn niet in het onderzoek betrokken. Ook was

33 Weterings 2010.

34 Zie ook Hendrikse 2010.

35 Hendrikse 2010.

36 Hendrikse 2010; 2009; zie ook Klaassen 2010; zie voor verschillen tussen publieke en private organisaties ook Rainey 1997, hoofdstuk 3.

een criterium voor selectie dat de besluitvorming om een bestuurder of interne toezicht- houder al dan niet aansprakelijk te stellen, moest zijn afgerond.

De betrokkenen in deze geselecteerde cases zijn benaderd om mee te werken aan het onderzoek. In totaal zegden elf van de benaderde organisaties toe om mee te werken. Het gaat daarbij om vier private ondernemingen en zeven semipublieke ondernemingen. De semipublieke cases spelen zich overwegend af in de zorg en de volkshuisvesting. Van de vier cases uit de private sector heeft de helft betrekking op beursgenoteerde ondernemingen.

Niet in al deze cases werd ook daadwerkelijk tot een gerechtelijke procedure overgegaan. In zes cases is een civiele aansprakelijkheidsprocedure gestart en in vijf cases is juist geen formele procedure gestart. Ook die laatste groep cases is in het onderzoek betrokken, omdat ook deze inzicht kan bieden in de motieven om al dan niet aansprakelijk te stellen of juist de alternatieve wegen te bewandelen: in de vijf cases waarin geen procedure is gestart, zijn wel diverse andere acties tegen de oud-bestuurders ondernomen (zie par. 5). In twee gevallen is naast een of meer bestuurders ook een interne toezichthouder aansprakelijk gesteld. Van de zes cases waarin een bestuurder in een formele procedure aansprakelijk is gesteld, eindigde er één in een schikking.

Van elke case werd eerst een voorstudie gemaakt op basis van open bronnen en werden vervolgens twee tot vier personen geïnterviewd die bij de besluitvorming over een eventuele aansprakelijkheidsactie betrokken waren geweest of hadden kunnen besluiten om tot zo'n actie over te gaan. De cases zijn volledig geanonimiseerd weergegeven.

Het onderzoek biedt door de relatief kleine, niet representatieve selectie van cases geen basis om generaliseerbare uitspraken te doen, maar verschaft wel rijke informatie over de overwegingen die bij de onderzochte cases speelden in het besluitvormingsproces aangaande interne aansprakelijkstelling.

5 MOTIEVEN VOOR INTERNE AANSPRAKELIJKHEIDSTELLING

5.1 *Vergoeding van de schade: kosten en baten*

Een belangrijke assumptie van het aansprakelijkheidsrecht is dat aansprakelijkstelling gericht is op (eventueel gedeeltelijk) schadeverhaal. In dit licht bezien is het opmerkelijk dat wij in onze cases hiervan geen voorbeeld aantreffen. Geen van de organisaties verwachtte dat een aansprakelijkheidsclaim tot vergoeding van een substantieel deel van de geleden schade zou kunnen leiden. De reden daarvan is dat de schade in de regel vele malen groter was dan hetgeen de bestuurders ooit zouden kunnen vergoeden en de betrokkenen ver-

wachten eveneens geen (volledige) vergoeding te ontvangen van een eventuele verzekering.³⁷ De enkele calculatie van de materiële kosten en baten van een aansprakelijkheidsclaim kan er dus toe leiden dat terughoudend gebruikgemaakt wordt van deze juridische actie. Niet alleen vallen de baten tegen in verhouding tot de schade, maar ook de kosten van een formele aansprakelijkheidsstelling vallen tegen. De meeste onderzochte organisaties die tot een aansprakelijkheidsclaim overgingen, hebben een indicatie gegeven van de kosten van de juridische actie. In alle gevallen bedroegen die kosten meer dan een miljoen euro, waarbij forensisch onderzoek en advocatenkosten de grootste kostenposten vormden. Dat betekent dat men, bij een puur calculerende beoordeling, doorgaans van een aansprakelijkheidsclaim zou afzien.

Hoe lag die afweging dan voor de organisaties die daadwerkelijk tot een aansprakelijkheidsactie overgingen? Uit de interviews kwam naar voren dat zij niet primair op schadeherstel uit waren. Zij verwachtten voor wat betreft de materiële aspecten quitte te spelen of net wat meer te incasseren dan ze in de juridische actie investeerden.³⁸ Maar doorslaggevend waren andere motieven dan de materiële vergoeding van schade. De eerste les ten aanzien van de assumpties achter het aansprakelijkheidsrecht luidt dan ook dat men niet tot aansprakelijkheidsclaims overgaat omdat men op die wijze verwacht de volledige materiële schade vergoed te krijgen. Daarvoor is de schade te groot. Gezien de kosten die gepaard gaan met een aansprakelijkheidsactie, zijn de (onzekere) baten die er tegenover staan te klein. Slechts indien er (ook) belangrijke *andere* motieven zijn om tot actie over te gaan, zal een aansprakelijkheidsprocedure worden gestart.

5.2 *Andere prioriteiten*

Een tweede belangrijke bevinding volgt uit de motieven van de vijf organisaties die wel schade leden door het wanbeleid van de bestuurder of toezichthouder, maar desondanks niet tot aansprakelijkstelling overgingen. Van deze vijf organisaties waren er drie door het debacle in ernstige financiële problemen geraakt. Hier moesten alle zeilen worden bijgezet om een faillissement af te wenden. Tijd en geld besteden aan het voorbereiden van een gerechtelijke procedure ligt in zo'n situatie niet voor de hand. Bovendien geldt in de overlevingsstrijd waarin deze organisaties verkeerden een tijdshorizon van enkele dagen, weken of (hoogstens) maanden. Procedures tegen voormalig bestuurders, met een tijdshorizon van velen jaren zijn ook om die reden niet aan de orde. Een respondent stelt: 'Als je huis in brand staat, ga je eerst blussen. Je hebt dan geen tijd voor juridische procedures'.

³⁷ Zie m.b.t. de verzekering meer aan het einde van deze paragraaf.

³⁸ Overigens werd bij het nemen van de beslissing tot de aansprakelijkheidsactie nog niet uitgegaan van de hoge kosten die men uiteindelijk had gemaakt. Het heeft ook wel iets van een 'rijdende trein'. Als er eenmaal tonnen aan forensisch onderzoek zijn uitgegeven, om in kaart te brengen wat er precies is gebeurd, en dit voldoende belastend is voor de ex-bestuurder, is de volgende stap snel gezet.

Drie organisaties gaven hun zelfstandigheid op en vonden een kapitaalkrachtige branchegenoot die de activiteiten overnam. In theorie kan zo'n nieuwe eigenaar alsnog een claim tegen een voormalig bestuurder doorzetten. De praktijk is evenwel dat die nieuwe eigenaren dit soort erfenissen vaak liever kwijt dan rijk zijn. Men wil de energie richten op een nieuwe start, waarbij de activiteiten veelal onder een andere merknaam in de markt worden gezet. De associatie met falend bestuur en financiële debacles in het verleden tracht men te vermijden. Men verwacht ook geen (substantiële) financiële baten van een juridische aansprakelijkheidsactie. 'Het is nuttiger vooruit te kijken en met nieuwe mensen de zaak weer op te bouwen, dan energie te steken in het verleden', stelt een respondent.

Van de overige twee organisaties die niet aansprakelijk stelden, bereikte er één een (geheimgehouden) schikking met de voormalige bestuurder. Deze betaalde een substantieel bedrag ter vergoeding van de schade. De laatste organisatie besloot de voormalige bestuurder niet aansprakelijk te stellen. Het betrof iemand met een lange staat van dienst, die gaandeweg zijn greep op het concern was kwijtgeraakt. Er werd binnen de organisatie niet getwijfeld aan zijn goede intenties en men zag zijn gedwongen vertrek als een zware 'straf'.

De les die kan worden getrokken met betrekking tot de assumpties achter bestuurders-aansprakelijkheid is dat falend bestuur zodanige consequenties kan hebben voor een organisatie dat het ondernemen van juridische actie (met de daarvoor geldende kosten en tijdshorizon) niet de voorkeur verdient. De paradox is dat hoe groter de schade is die door falend bestuur is veroorzaakt, hoe minder aantrekkelijk het vaak wordt om via artikel 2:9 BW actie te ondernemen.

5.3 *Niet om het geld, maar om het 'signaal'*

Uit het voorgaande bleek dat het rationeel afwegen van materiële kosten en baten niet snel tot het besluit zal leiden om een aansprakelijkheidsactie te starten. In de gevallen waarin aansprakelijk stellen wél gebeurde, prevaleerden andere motieven. Met afstand het meest genoemd door geïnterviewden was 'de boodschap' of 'het signaal' dat met zo'n actie wordt gegeven. In de onderzochte zaken was dat signaal in de meeste gevallen gericht aan 'de buitenwereld'. De problemen waarin de organisatie terecht is gekomen, gaan gepaard met negatieve publiciteit, en financiers en klanten dreigen af te haken. Door de voormalige bestuurder te ontslaan en vervolgens aansprakelijk te stellen, neemt men op krachtige wijze afstand van het verleden. Men toont dat er een nieuwe wind waait en hoopt daarmee vertrouwen terug te winnen.

Soms was 'de boodschap' van de aansprakelijkheidsactie nadrukkelijk ook intern gericht. In een organisatie was sprake geweest van fraude door een bestuurder en enkele (interne) vertrouwelingen. De aansprakelijkheidsactie moest ook aan het personeel duidelijk maken

dat bepaalde gedragspatronen niet meer werden getolereerd en in het vervolg hard zouden worden aangepakt. Bij semipublieke dienstverleners was het geven van een ‘signaal’ aan (bestuurders in) de branche een belangrijk motief. Dit motief was met name van belang voor overheidsinstanties die bij de besluitvorming waren betrokken.³⁹

In het licht van de eerder genoemde functies van het aansprakelijkheidsrecht verdient hier enige nadruk te worden gelegd op de preventiedoelen die eisers met de aansprakelijkheidsclaim voor ogen blijken te hebben. Zowel een generaal preventief effect in de richting van andere bestuurders in de branche, als een specifiek preventiedoel – gericht op medewerkers van een organisatie waar van binnenuit werd gefraudeerd – bleken een belangrijk motief te zijn voor een aansprakelijkheidsclaim jegens een ex-bestuurder.

Daarmee wordt echter geen compleet beeld gegeven van de ‘signaalwerking’ van het aansprakelijk stellen van een ex-bestuurder. Onmiskenbaar is dat ook het herstel van vertrouwen van klanten en financiers een belangrijk doel is van de aansprakelijkheidsactie. Met zo’n actie wordt publiekelijk afstand genomen van oude gedragspatronen.

5.4 Reputatie

Reputatieschade kan zowel een motief zijn om aansprakelijkheidsacties te starten, als wel om daarvan af te zien. Is er slechte publiciteit geweest en is de reputatie geschaad, dan kan een claim helpen die weer op te vijzelen. Wanneer men de problemen echter binnenshuis heeft weten te houden, ligt een aansprakelijkheidsactie niet voor de hand; die zal slechts aandacht op problemen vestigen en de reputatie schaden. ‘Je wilt je eigen vennootschap niet in opspraak brengen en blootstellen aan negatieve publiciteit’, zo stelt een respondent. 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. In tegenstelling tot wat op grond van het doel van schadeherstel zou kunnen worden verwacht, achten respondenten het in sommige gevallen dus in het belang van de onderneming om de schade *niet* te claimen, hoewel zij dit om morele of emotionele redenen misschien wel zouden willen. ‘Het is schandalig, maar je moet op je tanden bijten’, zo stelt een respondent van een private onderneming.

Naast de reputatie van de onderneming speelt ook de persoonlijke reputatie van sleutelpersonen die bij de besluitvorming zijn betrokken een rol. Verschillende geïnterviewden vreesden voor een smet op de eigen reputatie als zij niet zouden optreden. Een respondent geeft aan: ‘Die interim-commissarissen staan volop in de *picture*. Zij moeten laten zien dat

³⁹ Bij semipublieke dienstverleners zijn vrijwel altijd overheidsinstanties (lokale instanties, ministeries en branchegerelateerde instituten) betrokken bij het zoeken naar oplossingen bij ernstige problemen. In enkele cases drongen bewindslieden aan op juridische actie.

ze stevig durven optreden.’ Daar tegenover staat het risico te worden meegesleept indien een ex-bestuurder met modder gaat gooien. De besluitvorming over een aansprakelijkheidsprocedure vindt vaak gefaseerd plaats en het besluit zo’n traject in te gaan wordt vaak pas genomen wanneer de zittende bestuurders en toezichthouders zijn vervangen door opvolgers.

5.5 ‘Straffen’

In de interviews over aansprakelijk stellen werd door de geïnterviewden benadrukt dat op rationele gronden wordt besloten tot zo’n actie over te gaan (of ervan af te zien). Het lijkt in elk geval zo te zijn dat dergelijke beslissingen worden genomen door meerdere personen, volgens procedures die een zakelijk afwegingsproces moeten garanderen. Dat neemt niet weg dat geïnterviewden in dezelfde casus soms heel verschillende versies gaven van wat de motieven en overwegingen zijn geweest. En naast de ‘officiële’ motieven klonken in het relaas van de geïnterviewden ook persoonlijke belangen en emoties door. Ze bezien de mogelijkheid en wenselijkheid van het aansprakelijk stellen van de bestuurder niet uitsluitend binnen een juridisch kader, maar ook vanuit morele opvattingen. Eén van de motieven die niet tot de formele functies van het aansprakelijkheidsrecht behoort, maar wel regelmatig doorklonk is dat van ‘straffen’. Vooral in gevallen waarin sprake was van fraude of zelfverrijking spelen morele verontwaardiging en behoefte aan herstel van het rechtsgevoel een rol. Een respondent: ‘Wat hij had gedaan kon niet, dus dan moet er een rechtvaardige straf volgen voor het gedrag.’ Ook het feit dat de bestuurder de interne toezichthouders niet (voldoende) heeft ingelicht of zelfs tegen hen heeft gelogen, wordt door respondenten genoemd. ‘De drijfveer was dat de voormalige bestuurders mooi weer speelden en nooit excuses hebben aangeboden’, aldus een respondent.

5.6 *D&O-verzekering*

In geen van de onderzochte gevallen is, voor zover ons bekend, (een gedeelte van) de door de bestuurder veroorzaakte schade door de verzekering vergoed. In de meerderheid van de cases waarin aansprakelijk is gesteld, leek er sprake te zijn van kwade trouw, wat verklaart waarom in die cases de verzekering geen rol speelde: de verzekeringspolissen sluiten schadevergoeding uit in geval er sprake is geweest van kwade trouw van de bestuurder.

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 toekende 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.

6 ALTERNATIEVEN VOOR EEN GERECHTELIJKE PROCEDURE

Naast het al dan niet aansprakelijk stellen van de bestuurders werden ook allerlei andere (juridische) acties overwogen en ondernomen. Deze paragraaf gaat in op datgene dat buiten of naast een formele aansprakelijkheidsprocedure gebeurt. In de bestudeerde cases hebben wij kunnen waarnemen dat regelingen werden getroffen rond het vertrek van bestuurders of dat een schikking werd getroffen. Ook bespreken we hier kort de gevolgen van enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer; van een strafrechtelijk onderzoek, en het aansprakelijk stellen van andere betrokken partijen.

6.1 *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 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 vormden onder meer 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 riante vertrekregeling door de bestuurder de directe aanleiding geweest om de bestuurder in een formele procedure juist wel aansprakelijk te stellen. Die procedure mondde uiteindelijk uit in een schikking, waarbij de bestuurder een deel van de schade aan de onderneming heeft vergoed.

6.2 *Schikken: goedkoper, sneller en 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 getroffen 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 en zijn er minder kosten aan verbonden. In de zaken waarin een formele procedure op basis van artikel 2:9 BW is gevoerd, zijn miljoenen euro's aan onderzoek en proceskosten uitgegeven, en procedures vergen veel tijd. Overigens dient opgemerkt te worden dat een eiser niet de vrije keuze heeft tussen een rechterlijk vonnis of een schikking. Voor een schikking is logischerwijs medewerking van beide partijen nodig. De aansprakelijk gestelde bestuurder zal (in enige mate) zijn falen moeten erkennen en over middelen moeten beschikken om genoegdoening in de vorm van compensatie te verschaffen.

6.3 *Andere mogelijkheden*

Naast vertrekregelingen en schikken, zijn er nog enkele mogelijkheden. Zo kan een enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer worden gestart. Verscheidene belanghebbenden, zoals aandeelhouders en vakbonden, hebben het zogenoemde enquêterecht (dat is vastgelegd in art. 2:344-2:359 BW). 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 (bijvoorbeeld schorsing of ontslag) ten opzichte van de bestuurder tot gevolg hebben.

Het is ook mogelijk dat externe partijen, zoals de accountant of juridisch adviseurs, het schadelijke gedrag mede hebben veroorzaakt, (ten onrechte) niet hebben ontdekt of positief hebben geadviseerd over activiteiten die tot schade hebben geleid. Ook zij kunnen in zo'n geval aansprakelijk worden gesteld. In ten minste drie onderzochte cases zijn gerechtelijke procedures gestart tegen externe partijen die betrokken waren bij fraude. Deze cases speelden zich alle af in de semipublieke sector. Verschillende partijen hebben dientengevolge schadevergoeding moeten betalen. In diverse andere cases zijn accountants of adviseurs buitengerechtelijk aangesproken. In één geval is bovendien 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. Mede daardoor verkeerde de organisatie in crisis en had ze juridisch advies hard nodig.

Een laatste alternatief dat we hier kort bespreken is dat van het entameren van strafrechtelijk onderzoek. 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 privéondernemingen van bestuurders, of betalingen aan zakenpartners van de organisatie aan de bestuurder.

Het feit dat strafrechtelijk onderzoek plaatsvindt, creëert enkele samenhangende condities die de kans op het 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;
- de strafvorderlijke middelen (huiszoeking, telefoontaps, etc.) kunnen een belangrijke bijdrage leveren aan de waarheidsvinding. Als op basis van strafrechtelijk onderzoek veroordelende vonnissen worden gewezen, kan dit de winkansen verhogen 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 een vroeg stadium door de FIOD gelegd beslag. Hierdoor werd de kans vergroot op een succesvol verhaal van schade.

7 CONCLUSIES

In de afgelopen jaren is veel maatschappelijke onvrede geuit over het feit dat bestuurders die ernstige fouten maakten met ernstige gevolgen voor de organisatie waarin zij werkten, gemakkelijk de dans leken te ontspringen. Zij zouden weinig nadeel hebben ondervonden van hun fouten en niet aansprakelijk worden gesteld voor de schade die zij veroorzaakt hebben. In de publieke en politieke debatten over concrete misstanden in het bedrijfsleven en bij de overheid wordt gesuggereerd dat de bestaande juridische mogelijkheden van het aansprakelijk stellen van bestuurders voor gemaakte fouten, onvoldoende worden gebruikt. Gesuggereerd wordt dat bestuurders elkaar te veel de hand boven het hoofd houden, met name als het gaat om het intern aansprakelijk stellen van bestuurders. Deze terughoudend-

heid om elkaar aan te spreken zou te maken hebben met het *'old boys network'* waar bestuurders deel van zouden uitmaken.

Wij constateerden dat in de periode 2001 tot 2011 ten minste zeventig gerechtelijke procedures zijn gevoerd tegen bestuurders. Het getal is een ondergrens; er zijn goede gronden om aan te nemen dat het aantal het topje van een ijsberg is.

Op basis van elf cases waarin sprake is geweest van fouten of misstanden veroorzaakt door bestuurders, hebben wij getracht te ontrafelen welke overwegingen en motieven er zijn om bestuurders wel of niet intern aansprakelijk te stellen. Uitgaande van de assumpties van het aansprakelijkheidsrecht zou verwacht mogen worden dat de beslissing tot aansprakelijkstelling vooral gericht is op herstel van de schade. In onze cases speelden echter voornamelijk andere overwegingen een rol. Als het alleen om schadeherstel zou gaan, zou het middel van de interne aansprakelijkstelling nauwelijks worden beproefd. Immers, alleen al de kosten om het middel te gebruiken doen de balans in de richting van niet-aansprakelijkstelling doorslaan. Hieraan kan nog worden toegevoegd dat de lange tijdsduur en de beperkte mogelijkheden om de schade te kunnen verhalen op de privévermogens van de aansprakelijkgestelde bestuurders, weinig perspectief bieden op schadeherstel.

Blijkens de interviews die wij over het verloop van de besluitvorming in de elf cases verrichtten, spelen in de praktijk andere overwegingen een rol in het besluit. In de eerste plaats spelen morele oordelen over de gewraakte handelwijzen van de bestuurder een rol. Enkele respondenten beschouwden hun besluit om bestuurders aansprakelijk te stellen als een 'straf'. Zij konden een 'goedbedoelde stupiditeit' nog wel accepteren, maar vonden het erg wanneer het onbehoorlijke handelen van de ander min of meer bewust was geweest. Hier keert het *'old boys network'* zich tegen de gewezen bestuurder. Juist omdat betrokkenen elkaar kenden, werd het onbehoorlijke handelen (zoals liegen tegenover de raad van bestuur of het plegen van valsheid in geschrifte of fraude) opgevat als schending van vertrouwen of erger nog, als verraad.

In de tweede plaats wordt de beslissing om al dan niet aansprakelijk te stellen in belangrijke mate bepaald door overwegingen van strategische aard. Door het instellen van een schadeclaim geeft de organisatie een signaal af naar de buitenwereld of naar het eigen personeel. Een nieuw aangestelde bestuurder kan zich bijvoorbeeld ostentatief distantiëren van het verleden door zijn voorganger aansprakelijk te stellen. Bij enkele semipublieke ondernemingen werden aansprakelijkstellingen ingezet om een voorbeeld te stellen aan de branche als geheel (zorg; woningcorporaties). In een aantal cases leidden overwegingen omtrent reputatie en reputatieschade evenwel tot het niet instellen van een actie, omdat deze naar verwachting met veel negatieve publiciteit gepaard zou gaan.

In de derde plaats speelt bij de aansprakelijkstelling mee welke andere manieren en methoden er zijn om te reageren op de onbehoorlijke taakvervulling van de bestuurder. De aansprakelijkstelling wordt doorgaans afgewogen tegen alternatieven, zoals het geven van ontslag, het doen van aangifte in geval van fraude of het treffen van onderhandse

schikkingen. 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, namelijk het treffen van een schikking, te bereiken.

Concluderend, er kunnen in de praktijk goede redenen zijn om geen gebruik te maken van artikel 2:9 BW, ook al zou het op grond van de feiten wel mogelijk zijn geweest. Dat betekent dat de preventieve werking van de interne aansprakelijkheidsprocedure in enge zin wat minder sterk is dan in de doctrine wel wordt voorzien. Het afzien van interne aansprakelijkstelling betekent echter niet dat falende bestuurders de hand boven het hoofd wordt gehouden. Evenmin betekent het dat niets tegen de bestuurder of toezichthouder wordt ondernomen.

LITERATUUR

Arrighetti, Bachmann & Deakin 1997

A. Arrighetti, R. Bachmann & S. Deakin, 'Contract law, social norms and inter-firm cooperation', in: *Cambridge Journal of Economics*, 21, 1997, p. 171-196.

Assink 2011

B.F. Assink, *Fiduciary Duties and Liabilities of Directors and Officers – Director Liability in Corporate Law and the Proper Interplay Between Contextualism and Doctrinal Conceptualization*, University of Tilburg, Seminar 'Fiduciary Duties in Corporate Law', in honor of the appointment of Chancellor L.E. Strine, Jr. as the 2011-2012 Anton Philips Professor, 4 november 2011.

Assink, Bröring, Timmerman & De Valk 2011

B.F. Assink, H.E. Bröring, L. Timmerman & S.N. de Valk, 'Evolutie van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht. Een dwarsdoorsnede', in: *Evolutie van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht (deel 76, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht)*, Deventer: Kluwer 2011, p. 5-80.

Van Boom 2006

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

Boshouwers & Tjeenk Willink 2007

P.H.A. Boshouwers & A.G.M. Tjeenk Willink, *Bestuurdersaansprakelijkheid in de zorg. Verantwoordelijkheid voor veiligheid*, RZA-jubileumspecial, 2007, p. 13-22.

Croes & Maas 2009

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

Van Dunné 2001

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

Elster 1998

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

Engel & McCann 2009

D. Engel & M. McCann, *Tort Law as Cultural Practice*, Buffalo Legal Studies Research Paper No. 2009-15.

Eshuis 2003

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

Eshuis, Holvast, Van de Bunt, Van Erp & Pham 2012

R.J.J. Eshuis, N.L. Holvast, H.G. van de Bunt, J.G. van Erp & N.T. Pham, *Het aansprakelijk stellen van bestuurders. Onderzoek naar de overwegingen die spelen bij het al dan niet intern aansprakelijk stellen van bestuurders en interne toezichthouders*, WODC reeks Onderzoek en Beleid 303, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2012.

Hendrikse 2009

A. Hendrikse, 'Bestuurdersaansprakelijkheid in de not-for-profit sector: van liefdewerk, oud papier, de dingen die voorbijgaan', *Ondernemingsrecht* 2009, 4, p. 174-182.

Hendrikse 2010

A. Hendrikse, 'Insolvente stichtingen en bestuurdersaansprakelijkheid', in: R.J. van Galen, J.G. Princen & R. Mulder (eds.), *De insolvente vennootschap*, Insolad Jaarboek 2010.

Klaassen 2010

A.G.H. Klaassen, 'Wettelijke beperking van bestuurdersaansprakelijkheid bij verenigingen en stichtingen?', *Ondernemingsrecht* 2010, 14, p. 598-607.

Knepper & Bailey 2011

W.E. Knepper & D.A. Bailey, *Liability of corporate officers and directors*, 8th edition, vol.2, LexisNexis, 2011, CH16.

Kroeze 2005

M.J. Kroeze, *Bange Bestuurders* (oratie Erasmus Universiteit Rotterdam), Deventer: Kluwer 2005.

Lane & Bachmann 1997

C. Lane & R. Bachmann, 'Cooperation in inter-firm relations in Britain and Germany: The role of social institutions', *British Journal of Sociology*, 48, 1997, p. 226-254.

Nelken 2009

D. Nelken, 'Law, Liability and Culture', in: D. Engel & M. McCann (eds.), *Fault Lines, Tort Law as Cultural Practice*, Stanford University Press 2009, p. 21-39.

Rainey 1997

H.G. Rainey, *Understanding & Managing Public Organizations*, San Francisco: Jossey-Bass Publishers 1997.

Schwitters 2011

R. Schwitters, 'Wat zijn de maatschappelijke gevolgen van een instrumenteel aansprakelijkheidsrecht?', in: M. Hertogh & H. Weyers (eds.), *Recht van onderop, Antwoorden uit de rechtssociologie*, Nijmegen: Ars Aequi 2011, p. 327-347.

Spier 2003

J. Spier, 'Doel en functie van het aansprakelijkheidsrecht', in: J. Spier, T. Hartlief, G. van Maanen & R. Vriesendorp (eds.), *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2003.

De Valk 2009

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

Van Velthoven & Klein Haarhuis 2010

B. van Velthoven & C. Klein Haarhuis, *Geschildbeslechtingsdelta 2009*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Weterings 2010

W.C.T. Weterings, 'De aansprakelijkheidsverzekering voor bestuurders en commissarissen in de (verzekerings)praktijk', *Het verzekerings-archief*, 2010 (87), p. 161-172.

Van Wingerde 2012

K. van Wingerde, *De afschrikking voorbij* (diss. EUR), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012.