

Samenvatting

Aanleiding en probleemstelling

In het nabije verleden hebben zich enkele situaties voorgedaan waarbij toezichhouders 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) toezichhouders. De toenmalige Minister van Justitie Hirsch Ballin zegde hierover in een brief aan de Tweede Kamer een onderzoek toe (*Kamerstukken II* 2008/09, 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 toezichhouders (ex art. 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 toezichhouders aanspreekt. Aan de probleemstelling ligt de assumptie ten grondslag dat er gevallen zijn waarin er aanleiding is bestuurders of toezichhouder (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 toezichhouders 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 toezichhouder 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 toezichhouders 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 toezichhouder(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 casegerelateerde 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 die 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, 2009a). 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 erop 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, 2009a) 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 toezichhouder 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 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 artikel 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.