

> Retouradres Postbus 20301 2500 EH Den Haag

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer
der Staten-Generaal
Postbus 20018
2500 EA DEN HAAG

Directie Wetgeving

Sector privaatrecht
Schedeldoekshaven 100
2511 EX Den Haag
Postbus 20301
2500 EH Den Haag
www.rijksoverheid.nl/venj

Ons kenmerk

260606

*Bij beantwoording de datum
en ons kenmerk vermelden.
Wilt u slechts één zaak in uw
brief behandelen.*

Datum 10 mei 2012

Onderwerp Aanbieding WODC-onderzoek over bestuurdersaansprakelijkheid

Hierbij bied ik u aan het rapport "Het aansprakelijk stellen van bestuurders – Onderzoek naar de overwegingen die spelen bij het al dan niet intern aansprakelijk stellen van bestuurders en interne toezichthouders". De minister van Justitie heeft in oktober 2009 toegezegd een onderzoek in te stellen naar de vraag wat de reden is van het vrijwel ontbreken van civielrechtelijke aansprakelijkheidsacties in geval van financieel wanbeleid. Het onderzoek is in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum van het Ministerie van Veiligheid en Justitie (WODC) uitgevoerd door de faculteit der rechtsgeleerdheid van de Erasmus Universiteit Rotterdam, in samenwerking met een onderzoeker van het WODC.

1. De aanleiding tot het onderzoek

In 2009 kwam bij enkele gelegenheden in de Tweede Kamer ter sprake dat door overheidsingrijpen bij ondernemingen of (semi)publieke organisaties die door (financieel) wanbeleid ten onder dreigden te gaan, een faillissement was voorkomen. Door het uitblijven van een faillissement konden de betrokken bestuurders van deze ondernemingen en organisaties niet op basis van de artikelen 2:138/248 van het Burgerlijk Wetboek (BW) hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld wegens kennelijke onbehoorlijke taakvervulling. Dit heeft geleid tot discussie in het parlement over de vraag of het instrumentarium waarmee de onderneming of organisatie civielrechtelijk kan optreden tegen haar falende bestuurders en interne toezichthouders afdoende is, aangezien de indruk bestaat dat er nauwelijks gebruik van wordt gemaakt (Kamerstukken II, 2009/10, 31 386 nrs. 17-18). De minister van Justitie zegde hierover een onderzoek toe. Onderhavig onderzoek is het uitvloeisel van deze toezegging.

2. Het onderzoek over bestuurdersaansprakelijkheid

Het onderzoek richt zich op de interne aansprakelijkstelling van bestuurders en interne toezichthouders door de rechtspersoon. Het onderzoek betreft voornamelijk artikel 2:9 van het Burgerlijk Wetboek. De artikelen 2:9 en 2:259 stellen dat elke bestuurder en interne toezichthouder tegenover de rechtspersoon gehouden is tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Aan het

onderzoek ligt de assumptie ten grondslag dat er gevallen zijn waarin er aanleiding was voor de rechtspersoon om bestuurders of toezichthouders aansprakelijk te stellen, maar dat deze aansprakelijkstelling (ten onrechte) achterwege is gebleven. Het onderzoek is multidisciplinair uitgevoerd, met meer nadruk op sociaalwetenschappelijke dan op juridische aspecten.

Het onderzoek is verricht aan de hand van de probleemstelling: wat zijn de redenen voor het niet intern aansprakelijkstellen 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?

Op basis van de probleemstelling zijn de volgende onderzoeksvragen geformuleerd:

1. Om welke redenen hebben diegenen 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 toezichthouder intern aansprakelijk zijn gesteld af van de gevallen waarin dit niet is gebeurd en zo ja, waarin?

Het onderzoek analyseert elf cases, die zowel afkomstig zijn uit de private (vier) als de semipublieke (zeven) sector. Het gaat daarbij om vijf cases van één onderneming en vier semipublieke organisaties waarin geen gerechtelijke of arbitrale aansprakelijkheidsprocedure is gestart en zes waarin dit wel is gebeurd (drie privaat, drie semipubliek). Er zijn 27 interviews gehouden met 33 personen. Er is gesproken met personen die betrokken waren bij de afweging om al dan niet aansprakelijk te stellen. Het gaat om (interim) bestuurders, leden van de (nieuwe) raad van commissarissen of raad van toezicht, betrokken advocaten, overheidsfunctionarissen en personen werkzaam bij aan de overheid gelieerde organisaties. De meesten waren enkel bereid hun medewerking aan het onderzoek te verlenen onder voorwaarde van strikte anonimiteit. Daarom zijn alle cases onder strikte geheimhouding verwerkt.

Naast de casestudy is een literatuurstudie gedaan en zijn een expertmeeting en een commissarissenbijeenkomst gehouden. Verder is om (globaal) een uitspraak te kunnen doen over het aantal interne aansprakelijkheidsprocedures dat is gevoerd, een kwantitatief onderzoek in de op internet gepubliceerde jurisprudentie gedaan.

3. Conclusies uit het onderzoek

Allereerst blijkt uit het jurisprudentieonderzoek dat de afgelopen tien jaar zeventig vonnissen zijn geweest inzake de aansprakelijkheid van (oud)bestuurders of interne toezichthouders in geval van niet-failliete ondernemingen. Het betreft hier een ondergrens, omdat niet alle vonnissen worden gepubliceerd en het aantal arbitrale vonnissen onbekend is. Aansprakelijkstelling vindt blijkbaar vaker plaats dan in de parlementaire discussie werd verondersteld.

Ook overigens blijkt uit het onderzoek dat er wel degelijk sancties worden opgelegd en maatregelen worden genomen, maar dat die niet altijd voor de buitenwereld zichtbaar zijn. Het niet benutten van een formele procedure betekent bepaald niet dat de falende bestuurder of toezichthouder de hand boven

het hoofd wordt gehouden en dat er geen verdere actie tegen hen wordt ondernomen. Het civielrechtelijke instrumentarium dat ter beschikking staat, wordt toegepast, maar leidt niet altijd tot de uiterste consequentie, namelijk in een gerechtelijke of arbitrale procedure. Er valt soms meer te verliezen dan te winnen met het instellen van een dergelijke procedure. Op basis van de literatuur, de casuïstiek en de verrichte interviews kan worden geconcludeerd dat er goede gronden voor rechtspersonen kunnen zijn om af te zien van het starten van een gerechtelijke of arbitrale procedure op basis van artikel 2:9 teneinde een bestuurder of interne toezichthouder aansprakelijk te stellen voor de schade die door zijn onbehoorlijke taakvervulling is veroorzaakt. Ik kom hierna terug op de alternatieven voor een procedure op grond van artikel 2:9.

De elf bestudeerde cases geven ieder op zich inzicht in de complexe aard van de besluitvorming over het wel of niet starten van een procedure op grond van artikel 2:9. De besluitvorming is complex omdat er verschillende mogelijkheden bestaan om te reageren op falende bestuurders of interne toezichthouders. Alternatieven voor de gerechtelijke procedure zijn met name ontslag, het doen van aangifte in geval van fraude, of het treffen van een onderhandse schikking, al dan niet onder dreiging van een gerechtelijke procedure. 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? Wanneer tot aansprakelijkstelling wordt overgegaan, spelen daarbij vier belangrijke motieven een rol: financiële compensatie, het afgeven van een signaal, straffen en persoonlijke motieven. Er zijn daarbij vier aspecten die kunnen meespelen in de afweging om aansprakelijk te stellen:

1. de perceptie van juridische mogelijkheden en beperkingen;
2. de reputatie van de onderneming en de relatie met (zaken)partners;
3. interpersoonlijke verhoudingen binnen de onderneming;
4. morele overwegingen.

Door de respondenten wordt de slaagkans bij een procedure op grond van artikel 2:9 betrekkelijk laag ingeschat en wordt verwacht dat de kosten van de procedure, in termen van tijd, geld, inspanning en mogelijke risico's, hoog zullen zijn. Zo bestaat bij veel respondenten het idee dat in een formele procedure de lat heel hoog wordt gelegd en dat voor aansprakelijkheid vereist is dat er sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid, terwijl het daadwerkelijke criterium ernstige verwijtbaarheid is.

Schadeverhaal blijkt ook overigens niet de belangrijkste reden te zijn om wel te besluiten tot het aanhangig maken van een aansprakelijkheidsprocedure. Deze procedure wordt ook ingezet om een signaal af te geven om de gewezen bestuurder of toezichthouder te straffen voor het veroorzaken van fraude (morele overwegingen). Het civielrechtelijke instrument wordt in dat geval – evenals de strafrechtelijke sanctie – gebruikt om zijn expressieve functie. 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 (interpersoonlijke verhoudingen). Of hiervoor wordt gekozen hangt ook af van de mate waarin het wanbeleid naar buiten is gekomen en of men naar de buitenwereld toe of binnen de branche wil tonen dat men 'schoon schip' wil maken (reputatie van de onderneming).

De onderzoekers hebben de bevindingen over de afweging om al dan niet via een gerechtelijke of arbitrale procedure aansprakelijk te stellen als volgt samengevat:

Overwegingen ten gunste van het aansprakelijk stellen van een bestuurder	Overwegingen die het aansprakelijk stellen van een bestuurder in de weg staan
<ul style="list-style-type: none"> - er is ernstige reputatieschade voor de onderneming opgetreden; vertrouwen in de onderneming moet worden hersteld - er is sprake van fraude door de bestuurder - er is bij beslissers morele verontwaardiging over het gedrag van de bestuurder - er is sprake van externe druk om tot actie jegens de bestuurder over te gaan <ul style="list-style-type: none"> - er zijn geen sterke onderlinge banden (vriendschap, afhankelijkheden) tussen beslissers en bestuurder (of die zijn door het handelen van de bestuurder teniet gedaan) - de persoonlijke reputatie van beslissers zou schade oplopen indien zij niet daadkrachtig optreden tegen de bestuurder - de bestuurder ontkent verantwoordelijk te zijn, eist hoge vertrekpremie 	<ul style="list-style-type: none"> - het voortbestaan van de onderneming wordt ernstig bedreigd; voor alles moet de zaak worden gered of eventueel verkocht - de bestuurder beschikt over unieke kennis of contacten die cruciaal zijn voor het voortbestaan van de onderneming <ul style="list-style-type: none"> - de bestuurder heeft niet met slechte bedoelingen gehandeld - de bestuurder heeft schuld erkend - er is (nog) geen sprake van ernstige reputatieschade, maar die zou wel kunnen ontstaan als de buitenwereld op de hoogte raakt van wat er aan de hand is - de bestuurder kan in reactie de reputatie van beslissers beschadigen - beslissers onderhouden vriendschapsbanden met, of zijn anderszins afhankelijk van de bestuurder <ul style="list-style-type: none"> - in een formele procedure zou geheime / belastende informatie op straat kunnen komen - er is een aanzienlijk risico dat een formele procedure meer (financiële) kosten met zich meebrengt dan dat er opbrengsten tegenover staan

Ten aanzien van het aansprakelijk stellen van interne toezichthouders geldt dat dit in de onderzochte cases relatief weinig aan de orde is geweest (tweemaal). Een belangrijke reden is dat toezichthouders doorgaans weinig mogelijkheden hebben om objectieve informatie te verkrijgen (via andere wegen dan via het bestuur) over de situatie van de onderneming en de verkregen informatie achterloopt bij de actuele stand van zaken. Daardoor is het lastig te bewijzen dat er sprake is van een persoonlijk ernstig verwijt voor de onbehoorlijke taakvervulling aan de zijde van de toezichthouder.

Naar aanleiding van de onderzoeksvraag of bij semipublieke organisaties andere overwegingen een rol spelen om een aansprakelijkheidsprocedure te starten dan bij private ondernemingen, merken de onderzoekers op dat eerstgenoemde organisaties de afgelopen decennia geacht werden steeds "marktgericht" te opereren. Maar er lijkt volgens de onderzoekers sprake van een kentering. Er worden inmiddels duidelijke grenzen gesteld aan de activiteiten waarin semipublieke organisaties zich begeven; zij behoren het publieke belang te dienen. De onderzoekers verwachten dat dit tot gevolg zou kunnen hebben dat bestuurders van semipublieke organisaties eerder aansprakelijk zullen worden geacht dan bestuurders van private ondernemingen. De marge waarbinnen het bestuur risico's kan nemen, zal kleiner zijn dan in de private sector, omdat het winststreven niet als rechtvaardiging kan gelden voor het nemen van risico's, zo wordt ook in de literatuur gesteld.

Er is niet gebleken dat de verschillen tussen de motieven om wel of niet aansprakelijk te stellen, kunnen worden verklaard uit objectiveerbare kenmerken van de onderzochte cases, zoals eigenschappen van de onderneming of organisatie en de aard van het "wanbeleid". Het onderzoek bevat enkele aanwijzingen dat de kans op een aansprakelijkheidsprocedure groter is als er sprake is geweest van fraude. Daarnaast is er binnen de categorie semipublieke

organisaties (gezondheidszorg en woningcorporaties) wel een aanwijzing gevonden voor branchegerelateerde verschillen: binnen de gezondheidszorg zijn zeer weinig gevallen van aansprakelijkheidsacties bekend, terwijl er in de casus van de woningcorporaties in de regel wel een aansprakelijkheidsprocedure is gestart. De uiteindelijke beslissing om tot aansprakelijkstelling over te gaan in een gerechtelijke of arbitrale procedure is van dermate veel factoren afhankelijk, dat onderzoekers hier geen verdere conclusies aan verbinden.

4. Besluit

Het onderzoek biedt een interessante inkijk in de overwegingen van betrokkenen die een besluit moeten nemen over het aansprakelijk stellen van (oud)bestuurders en interne toezichthouders. Zoals de onderzoekers aangeven betreft het een kleine, niet gerandomiseerde steekproef, waarvan de bevindingen niet representatief zijn voor alle Nederlandse ondernemingen, maar die wel rijke kwalitatieve gegevens verschaft over de overwegingen om al dan niet aansprakelijk te stellen.

Uit het jurisprudentieonderzoek concluderen de onderzoekers dat aansprakelijkstelling vaker blijkt plaats te vinden dan in de parlementaire discussie werd verondersteld. Ook stellen de onderzoekers dat de veronderstelling die doorklonk in de hierboven aangehaalde parlementaire beraadslagingen, dat falende bestuurders na het plegen van wanbeleid of fraude vaak met de schrik vrijkomen, zonder dat zij sancties en maatregelen, zoals civiele aansprakelijkstelling te vrezen hebben, niet juist is. Er worden wel degelijk maatregelen en sancties getroffen, maar niet altijd zichtbaar voor de buitenwereld. En waar geen maatregelen zijn genomen, ligt daaraan een afweging ten grondslag die plaatsvindt op zeer subjectieve, door de individuele omstandigheden van het geval beheerste gronden. De onderzoekers hebben niet geconcludeerd dat er een gebrek is in het instrumentarium dat rechtspersonen ten dienste staat om op te treden tegen onbehoorlijke taakvervulling.

Aansprakelijkstelling van interne toezichthouders ligt anders dan aansprakelijkstelling van bestuursleden, zo blijkt uit het onderzoek. In de meeste cases was er geen aanleiding interne toezichthouders aansprakelijk te stellen, vooral omdat zij 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.

Het rapport kan door een volgend kabinet worden betrokken bij de verdere gedachtevorming over toezicht in de semi-publieke sector.

De Minister van Veiligheid en Justitie,

I.W. Opstelten