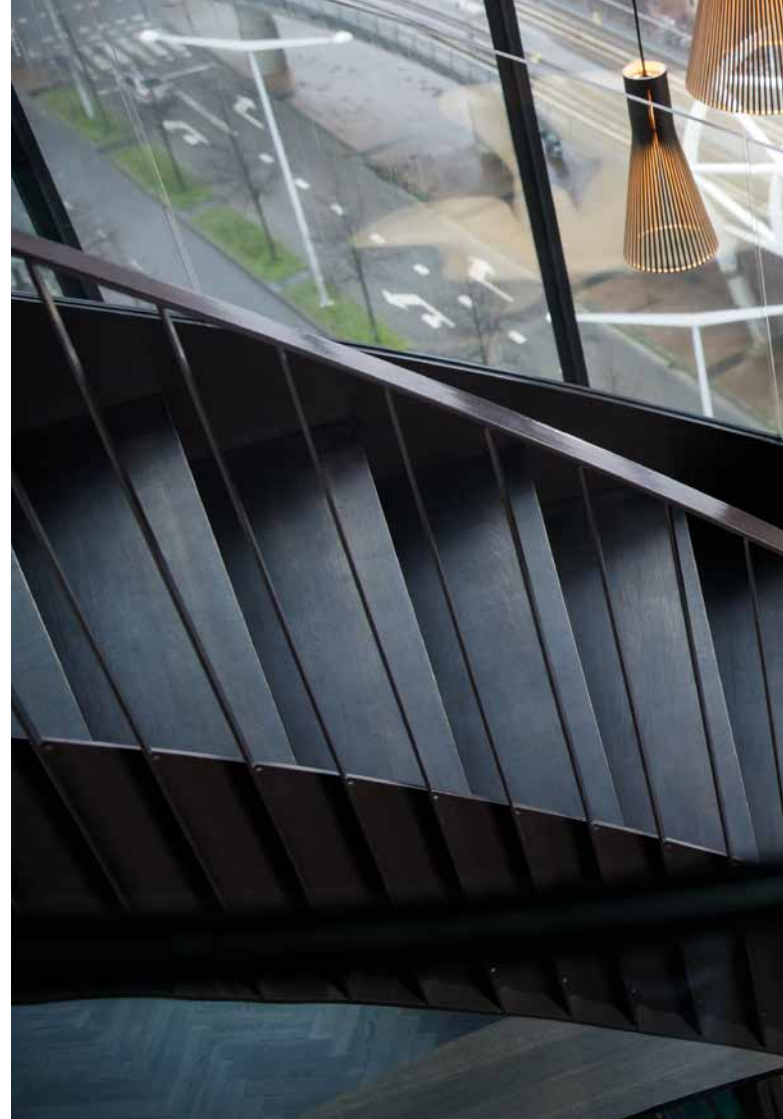


# Verleidingen bij financiële tegenwind

Gevaren van fraude en disloyaliteit in  
spannende tijden en klimtouwen en  
verreikers voor de praktijk

**Marjon Lok en Marlies Siegers**

---





*Marlies Siegers en Marjon Lok*

### **Inleiding: klimtouwen tegen een val**

Bijna iedere dag verschijnt er wel een persbericht over integriteitskwesties, soms met corruptie of fraudegevallen: affaires bij diverse banken, honderden meldingen over fraude rondom coronamaatregelen, fraude bij grote ondernemingen, zelfs de landsadvocaat blijft niet gespaard. Dit zijn zeker niet de enige bedrijven die met schandalen te maken kregen. Een gemene deler is misschien wel dat geen van deze bedrijven dacht dat het hen zou overkomen. En dat denkt misschien iedereen wel. *Elk* bedrijf is echter in zekere mate gevoelig, en nog meer in tijden van crisis of onzekerheid.

In onze praktijk komen wij geregeld integriteitsvraagstukken van cliënten tegen. En dat gaat lang niet altijd om de zwart-witgevallen zoals een greep uit de kas. Het gaat veel vaker om de tinten grijs: het schemergebied. De kwesties die niet direct als fraude worden beschouwd maar wel tot problemen kunnen leiden.

Denk aan de keuze van een bestuurder om een bepaalde deal te doen tegen een iets te hoge prijs met een bekende,



*“ We delen in deze bijdrage enkele klimtouwen uit zodat bestuurders, commissarissen, toezichthouders en aandeelhouders, met hun eigen alertheid, onnodige valpartijen kunnen voorkomen. ”*

een groepsentiteit of een familielid dat wellicht ook op een ander vlak wat voor hem kan betekenen, of een door een aandeelhouder benoemde commissaris die zich stevig achter het belang van de aandeelhouder schaaft, terwijl het belang van de vennootschap daar misschien niet helemaal bij gebaat is.

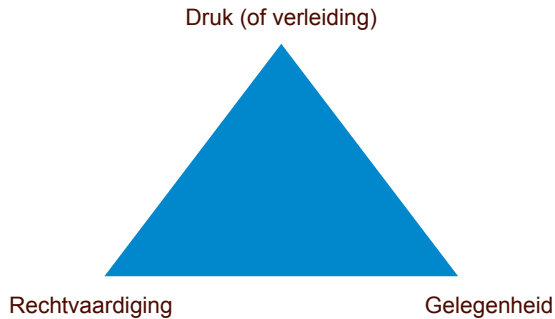
Het verwezenlijken van een fraude- of integriteitsrisico kan grote implicaties hebben. Voor de onderneming, maar ook voor de betreffende bestuurders en commissarissen: persoonlijke aansprakelijkheid ligt op de loer. Met integriteitskwesties bevinden functionarissen zich op de kam van een berg. Door een onverhoedse beweging, van uzelf of van een ander, kunt u ongewenst richting het ravijn glijden.

We delen in deze bijdrage enkele klimtouwen uit zodat bestuurders, commissarissen, toezichthouders en aandeelhouders, met hun eigen alertheid, onnodige valpartijen kunnen voorkomen.

### *Waarom buiten de lijntjes kleuren*

Waarom worden mensen (en dus ondernemingen) verleid om buiten de lijntjes te kleuren? In de accountancy wordt veelal gewerkt met de zogenaamde fraudedriehoek,

drie elementen die aanwezig (kunnen) zijn bij fraude of integriteitsoverschrijding:



Druk kent vele verschijningsvormen: financiële prikkels, vrees voor gezichtsverlies, status, het niet willen onderkennen van eigen beperkingen, hebzucht, verslaving enzovoorts. Het hoeft ook niet te gaan om een eigen financieel gewin: denk aan de bestuurder die ook voor zichzelf niet wil toegeven dat de zaken minder rooskleurig zijn dan de investeerder verwacht. Daar lijkt het – veel in het nieuws verschenen – geval Theranos ook over te gaan: naar verluidt een van de grootste fraudezaken ooit in de VS.

Zonder gelegenheid geen fraude. Gelegenheid wordt geschapen door de omstandigheden, door de positie van de betreffende persoon, het in die persoon gestelde vertrouwen, de wijze waarop de onderneming is georganiseerd, enzovoorts.

Het rechtvaardigingselement bestaat erin dat de fraudeur het eigen handelen goedpraat, vaak door te wijzen op allerlei omstandigheden. De fraudeur beredeneert bijvoorbeeld dat 'iedereen' het doet, dat er een hoger moreel doel is, dat hij of zij het verdiend heeft, dat het maar tijdelijk is of om een of andere reden niet zo erg.

### **Het juridisch speelveld van integriteit**

Rechtspersonen dienen zich te houden aan wet- en regelgeving, de juridische weerslag van normen en waarden. Worden er juridische normen overschreden, dan is de rechtspersoon daarvoor aansprakelijk. Een groot verschil met 'normale' personen is dat een rechtspersoon niet fysiek kan handelen: daarvoor is de rechtspersoon afhankelijk van mensen. De rechtspersoon is dus ook afhankelijk van het normbesef en het integer handelen van die mensen. Niets menselijks is de onderneming dan ook vreemd.

Het feit dat er uiteindelijk door mensen wordt gehandeld betekent echter ook dat die mensen in privé privaatrechtelijk, bestuursrechtelijk, mededingingsrechtelijk en strafrechtelijk (soms in combinatie) aansprakelijk kunnen zijn, zelfs al vindt hun handelen plaats binnen de context van de vennootschap. Voor de betreffende functionaris zal het uiteraard onverschillig zijn door welke hond of kat hij of zij gebeten wordt, maar in deze bijdrage beperken wij ons tot de privaatrechtelijke (civielrechtelijke) aspecten.

Wij bespreken eerst enkele overkoepelende kwesties die voor alle bij de rechtspersoon betrokken organen gelden, en gaan daarna in op het tuigage voor bestuurders, commissarissen, toezichthouders en aandeelhouders.

### *Integriteit en de redelijkheid en billijkheid*

De wet (artikel 2:8 BW) schrijft voor dat een rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken zich jegens elkaar volgens de normen van de redelijkheid en billijkheid dienen te gedragen. De normen van redelijkheid en billijkheid spelen een dicterende rol. Deze normen kunnen zelfs de wet, gewoonte, statuten, reglementen of besluiten opzijzetten, namelijk als vasthouden daaraan in de gegeven omstandigheden

onaanvaardbaar zou zijn. Integriteit en het bewaken ervan vormen daarmee via de weg van de redelijkheid en billijkheid een overkoepelend toetsingskader voor een ieder die krachtens wet en statuten bij de rechtspersoon is betrokken, en daarmee in elk geval voor bestuurders, commissarissen en aandeelhouders.

Deze normen bieden in een bepaalde situatie wellicht nog weinig concreet houvast, maar de betreffende personen kunnen ervan uitgaan dat zij op basis van *common sense* kunnen handelen. De belangen van de rechtspersoon moeten worden gediend en die belangen en die van de anderen betrokken bij de rechtspersoon mogen niet onnodig of onevenredig worden geschaad. De commissaris of bestuurder dient dus de organisatie en de bij de rechtspersoon betrokkenen te kennen, en ook hun belangen.

De redelijkheid en billijkheid zijn dynamische normen: de mate waarin elk van de deelbelangen een rol speelt wisselt en is mede afhankelijk van de aard van de onderneming. De balans kan in tijd of naarmate de omstandigheden veranderen. Bij zware financiële moeilijkheden kunnen de belangen van aandeelhouders dan ook een ander, geringer, gewicht krijgen dan in tijden van voorspoed.

### *Het ankertouw van het vennootschappelijk belang*

Voor zowel het bestuur als de commissarissen is het richtsnoer bij de taakvervulling en besluitvorming het vennootschappelijk belang. Dat geldt vanaf 1 juli 2021 ook voor het toezichtsorgaan in stichtingen en verenigingen. Het gaat om alle belangen van de betrokkenen bij de onderneming. Dat zijn aandeelhouders, maar ook de belangen van het concern, de werknemers, leveranciers, crediteuren en afnemers. Ook maatschappelijke belangen kunnen het vennootschappelijk belang inkleuren en daarvan onderdeel uitmaken. Volgens de Hoge Raad gaat het om twee punten:

- het bevorderen van het bestendig succes (denk aan lange termijn waardecreatie); en
- het in acht nemen van zorgvuldigheid, dit in aanvulling, versterking of zelfs uitzondering op de eerste regel.

Het vennootschappelijk belang staat (in Nederland) dus niet volledig gelijk aan het aandeelhoudersbelang. Dat vergeten (ook Nederlandse) aandeelhouders wel eens. Aandeelhouders mogen wel stemmen in het eigen belang. Zij hoeven dus niet het vennootschappelijke belang na te streven. Dat betekent niet dat aandeelhouders het

vennootschappelijk belang mogen negeren. De mate waarin een aandeelhouder zich wel moet laten leiden door andere belangen is mede afhankelijk van bijvoorbeeld de invloed van de aandeelhouder op en in de onderneming en de gevolgen van diens handelingen. In bijzondere omstandigheden kan de aandeelhoudersvrijheid beperkt zijn.

Het vennootschappelijk belang brengt ook mee dat aandeelhouders beperkt kunnen worden in onderwerpen die als integriteitskwesaties kunnen worden aangemerkt. Dergelijke kwesaties raken vaak direct het vennootschappelijk belang en aandeelhouders moeten hier acht op slaan. Dat kan resulteren in de verplichting om een bepaald besluit niet of juist wel te nemen. De andere kant van de medaille is dat, als een ander binnen de organisatie zich hieraan schuldig maakt, wellicht een beroep kan worden gedaan op de algemene vergadering om de raad van commissarissen of het bestuur bij te staan in het nemen van de nodige maatregelen om de gevolgen hiervan af te wenden. De algemene vergadering beschikt wellicht over de bevoegdheden en rechten die het verschil kunnen maken.

Het vennootschappelijk belang is dus het vennootschappelijke anker waaraan een ieder zich moet vasthouden.

Bekijk besluitvorming met de bril van het vennootschappelijk belang en betrek daarbij de belangen van de bij de onderneming betrokken personen.

*De verantwoordelijkheid voor integriteit: deskundig bestuur, toezichthouders en aandeelhouders*

De verantwoordelijkheid voor het voorkomen, detecteren en eventueel oplossen van integriteitskwesaties en fraude ligt primair bij de met governance belaste personen binnen de onderneming en dus bij de bestuurders en commissarissen/toezichthouders. Er moet, zo is bijvoorbeeld ook vastgelegd in de diverse corporate governance codes en in NV COS 240, worden gestreefd naar een cultuur van integriteit en ethisch gedrag.

Met die toebedeelde taak is de verantwoordelijkheid gegeven, en in het verlengde daarvan het risico op aansprakelijkheid; het onbehoorlijk uitoefenen van een taak brengt schending van een norm met zich mee, en dat kan weer leiden tot aansprakelijkheid. Wij zien in de praktijk een toenemende trend om bestuurders en toezichthouders civielrechtelijk aansprakelijk te stellen. De vennootschapsrechtelijke taakverdeling en -vervulling zijn

daarmee dus een belangrijk aandachtspunt.

Bestuurders en commissarissen moeten volgens de voor hen geldende juridische normen beschikken over de deskundigheid, achtergrond en competenties die nodig zijn om hun taak behoorlijk te vervullen. In sectorale regelgeving of de statuten kan daarnaast een specifieke deskundigheid worden vereist. De eis van deskundigheid betekent uiteraard niet dat bestuurders of commissarissen op alle mogelijke fronten juridisch, financieel en operationeel volledig onderlegd dienen te zijn; wel moet als de situatie daar om vraagt tijdig het ontbreken van benodigde specialistische kennis worden onderkend en er dienen dan maatregelen te worden getroffen. Dat kan door het uitbreiden van het bestuur of de raad van commissarissen, maar ook door het inschakelen van externe expertise zoals een advocaat, forensisch accountant of financieel expert. Dat is op momenten waarop de vennootschap in de touwen hangt zelfs verplicht.

Doe aan zelfevaluatie. Zorg voor een afdoende kennisniveau. Van bestuurders en commissarissen wordt geen alwetendheid verlangd, maar er moet voldoende kennis zijn om *red flags* te kunnen signaleren en daaraan gevolgen te verbinden. Dat kan ook door externe expertise in te schakelen als de eigen kennis tekortschiet. Denk bijvoorbeeld aan advocaten en accountants.

### *Loyaliteit en tegenstrijdig belang*

Bij fraude, corruptie en integriteitstekvesties wordt al snel het terrein van het tegenstrijdig belang betreden. Tegenwoordig (sinds 2013) ziet dit terrein alleen nog op de interne beraadslaging en besluitvorming en is het een interne gedragsnorm geworden. Als een bestuurder of commissaris een tegenstrijdig belang met de vennootschap heeft, mag deze niet deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming. Een abstract tegenstrijdig belang is niet genoeg. Er moet sprake zijn van daadwerkelijke, concrete persoonlijke belangen die zich niet verenigen met de belangen van de vennootschap. Er moet in redelijkheid kunnen worden betwijfeld of de bestuurder of commissaris zich bij zijn handelen uitsluitend laat leiden door het





vennootschappelijke belang. Van commissarissen wordt verlangd dat zij ook toezien op tegenstrijdig belangen die binnen het bestuur kunnen spelen.

Waak voor tegenstrijdige belangen. Als er sprake is van persoonlijk belangen die strijdig zijn met die van de vennootschap: informeer de bestuurders, commissarissen en aandeelhouders.

In geval van fraude zal het aantonen van het persoonlijk tegenstrijdig belang niet het grootste probleem zijn. Bij integriteitskwesties kan dat anders liggen. Noemenswaardig in dit verband is de Intergamma-beschikking uit 2017. Het ging hier om een complexe transactie met grootaandeelhouder Van Neerbos Groep (VNG) met een waarde van 500 miljoen. De commissarissen van Intergamma waren benoemd door VNG. De transactie resulteerde in grote risico's en financieringslasten voor Intergamma en ging gepaard met een ingrijpende wijziging van de structuur en de governance van de organisatie, met grote gevolgen voor diverse franchisenemers. De raad van commissarissen had eigen externe adviseurs geraadpleegd en de commissarissen hadden geen privébelangen bij het

al dan niet slagen van het project. Aan de formele vereisten voor tegenstrijdig belang werd niet voldaan. Toch oordeelde de Ondernemingskamer dat de commissarissen zich hadden moeten onthouden van beraadslaging en besluitvorming. Onder omstandigheden kan dus van commissarissen (en wellicht ook van bestuurders) worden gevegd dat zij – ook al is geen sprake van tegenstrijdig belang in de zin van de wet – zorgvuldigheidshalve toch niet deelnemen aan de beraadslaging en de besluitvorming. Ook uit recentere uitspraken, zoals in het geval van Multihulp, blijkt dat meer aandacht wordt besteed aan de zorgvuldigheidseisen die gelden bij tegenstrijdig belang en dat dit zich kan uiten in de verplichting tot transparantie.

Voorkom integriteitsdiscussies, door in een geval waarin redelijke twijfel kan ontstaan over belangen niet deel te nemen aan de beraadslaging en besluitvorming, en wees hoe dan ook transparant.

Schending van de tegenstrijdigbelangregeling heeft alleen gevolgen binnen de vennootschap. Extern heeft een tegenstrijdig belang (tegenwoordig) geen effect meer: een bestuurder met een tegenstrijdig belang die de



*Marjon Lok*

vennootschap vertegenwoordigt, bindt de vennootschap. De vennootschap draagt het risico, derden worden beschermd en kunnen de vennootschap aan de overeenkomst houden. In uitzonderingsgevallen (bijvoorbeeld bij samenspanning) kan het tegenstrijdig belang wel aan een derde worden tegengeworpen en is de vennootschap dus niet gebonden. Het zijn met name curatoren of nieuwe bestuursleden die daarop in de praktijk een beroep zullen proberen te doen.

Als er een tegenstrijdig belang is, is het betreffende besluit vernietigbaar (ex artikel 2:15 BW) en is de bestuurder of commissaris mogelijk (op grond van artikel 2:9 BW) aansprakelijk jegens de vennootschap, dan wel kan een tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen in een enquêteprocedure reden zijn om aan een juist beleid te twijfelen, op grond dat onvoldoende transparantie en zorgvuldigheid werd betracht.

### **De bestuurstaak: besturen!**

De wetgever volstaat met aan te geven dat het bestuur belast is met het besturen van de vennootschap. Gelukkig is in literatuur en jurisprudentie nadere invulling gegeven aan het begrip besturen. Het centrale richtsnoer bij het uitoefenen van de bestuurstaak is, zoals gezegd, het vennootschappelijk

belang. Daarnaast kan de taak nader worden bepaald en omlind door statuten, reglementen en sectorspecifieke codes (zoals in de zorg).

Besturen houdt in de verantwoordelijkheid voor de algemene, dagelijkse gang van zaken. Daaronder valt met het oog op beheersing van fraude- en integriteitsrisico's het volgende:

- Vermogensbeheer, behoorlijke administratie en jaarrekening, zorg voor de financiële gang van zaken.
- Risicomanagement en risicobeheersing. Deze taak komt ook tot uitdrukking in de Nederlandse Corporate Governance Code die eist dat de zogenaamde 'in control-verklaring' ter zake van risicobeheersing voor het financiële verslaggevingsproces in het jaarverslag moet worden opgenomen.
- Het bewerkstelligen en behouden van een gezonde cultuur (inclusief de *tone at the top*), die moet helpen bij het voorkomen van misstanden.
- Het verschaffen van informatie aan de commissarissen en aandeelhouders.
- Het naleven van wet- en regelgeving.

De inhoud van de bestuurstaak is niet vastomlijnd: deze verschilt naar gelang de omstandigheden. Niet alleen vergt de spreekwoordelijke bakker op de hoek een andere taakinvoering dan een internationaal staalbedrijf, maar ook kan bijvoorbeeld de actuele financiële situatie binnen de vennootschap van invloed zijn op wat de taak in concreto inhoudt. Het ontstaan van integriteitsrisico's heeft direct gevolgen voor de inhoud van de bestuurstaak: het bestuur moet dan proactief ingrijpen.

### *Taakverdeling binnen het bestuur*

Besturen is de collectieve taak van de raad van bestuur als geheel. De beslissingen dienen tot stand te komen door middel van collectieve besluitvorming, als 'de vrucht van onderling overleg'. Als het goed is, zijn alle bestuurders dus op de hoogte van alles wat er speelt. Dat betekent niet dat er geen taakverdeling zou mogen zijn, integendeel: taken verdelen mag en de wet houdt daar ook expliciet rekening mee. Een taakverdeling is echter geen vrijbrief, en al helemaal niet voor struisvogelgedrag. 'Elementaire bestuursverplichtingen', zoals de financiële gang van zaken en risicobeheersing, blijven – ook als zij verdeeld zijn – de gezamenlijke verantwoordelijkheid. Integriteit en fraudekwesaties vallen hier veelal ook onder.

De collectieve verantwoordelijkheid voorkomt aldus dat als er iets mis gaat, bestuurders naar elkaar wijzen onder het mom van dat het de taak van een ander was. Het hebben van een taakverdeling betekent ook niet dat de taak is weggehaald uit het domein van de anderen: het bestuur als geheel blijft de macht houden en mag ook instructies geven aan de betreffende portefeuillehoudende bestuurder. Bestuurders *moeten* elkaar bij een taakverdeling bovendien toetsen op de algemene lijn. Niet iedereen hoeft dus elk detail te weten, maar men moet elkaar wel kritisch blijven bevragen en volgen – en zo nodig ingrijpen. Als dat wordt nagelaten, dan schenden de overige bestuurders hun zorgplicht door het onbehoorlijk bestuur toe te laten. Als het goed is zijn er dus ook bij een taakverdeling geen grote geheimen of misstanden waar niemand anders van weet. Is dat wel het geval, dan is er al snel iets mis met de governance, waardoor aansprakelijkheden op de loer liggen, ook voor de onwetende bestuurder.

### *Autonomo koordansen door bestuurders*

Het bestuur moet bij zijn taakvervulling autonoom opereren en zijn oren niet laten hangen naar instructies van commissarissen of wensen van aandeelhouders. De raad van bestuur oefent de bestuurstaak collectief uit en heeft

een eigen taak en opdracht om voor het vennootschappelijk belang te waken.

In het kader van integriteit en fraude is informatie een belangrijk thema: het bestuur weet zeker in grotere organisaties niet elk detail van wat er zich afspeelt. Dat wordt ook niet van het bestuur verlangd. Wel moet het bestuur zorgen dat het over voldoende informatie beschikt om te kunnen besturen, om zo zakelijke, verantwoorde afwegingen te kunnen maken en tijdig te kunnen ingrijpen als dat nodig is. Hoe moet het bestuur dat vormgeven?

Wekelijkse Zoom- of Teamsvergaderingen zijn zakelijker, korter, en leveren soms minder informatie op dan 10 minuten bij de koffieautomaat. Dat maakt de actieve rol die van zowel bestuurders als commissarissen lastiger maar nog belangrijker.

Allereerst is het van belang om intern over goede informatie te kunnen beschikken: de administratie en controlesystemen dienen op orde te zijn, er dienen betrouwbare cijfers te zijn en er dienen voldoende en voldoende betrouwbare bronnen van informatie te worden aangeboord.

Leg vast wanneer, waarom en welke informatie u van iemand vraagt. Dat kan ook in e-mails.

Een belangrijke bron kan ook de accountant zijn, met wie het bestuur geregeld contact heeft, alsmede de raad van commissarissen, die door het bestuur als een daadwerkelijk klankbord zal moeten worden gebruikt. Ook aandeelhouders, personeel of externe adviseurs kunnen als bron van informatie dienen. Daarbij is essentieel dat wordt gezorgd voor een gezonde cultuur. Bestuurders dienen elkaar en de beschikbare informatiebronnen voldoende kritisch te bevragen en moeten contra-indicaties serieus onderzoeken. Het bestaan van een toedekcultuur kan een teken zijn van een gebrekkige informatiestroom die tot ingrijpen noopt.

Houd uw ogen open, vraag door en zorg voor een daadwerkelijke tegenspraakcultuur. Grijp in als er iets niet deugt.

Als sprake is van tekortschieten in 'informatiehaalplichten' of 'informatieorganisatie' dan heeft het bestuur op zijn minst de schijn tegen en zal al snel tot een onbehoorlijke

taakuitoefening of tot een 'behoren te weten' kunnen worden geconcludeerd. Varen in de mist is misschien soms onvermijdelijk, maar onverantwoord blijven doorvaren is dat niet, zeker niet als de mist door een gebrekkige interne informatieorganisatie wordt veroorzaakt.

Zorg dat u kunt aantonen dat er verantwoord is gehandeld, ook bij gebrekkige informatie. Bedenk dat aan bestuurders en commissarissen een ruime beoordelingsvrijheid toekomt om te handelen zoals het hen goed dunkt. Verantwoorde risico's mogen worden gelopen en genomen. Gewone fouten of tegenvallende resultaten leiden niet tot aansprakelijkheid.

Naast behoorlijke informatiestromen, moet het bestuur ook zorgen voor behoorlijk risicomanagement. Risico's nemen mag, maar dat moet gecalculeerd en aanvaardbaar zijn, gezien de omstandigheden. Het risicomanagement omvat strategische en operationele risico's, juridische risico's (zorgen voor naleving van wet- en regelgeving), risico's in de financiële verslaglegging, maar ook fraude- en integriteitsrisico's. Het bestuur moet zorgen voor een adequaat beheers- en controlesysteem.

Ook is het bestuur gehouden om in te grijpen als de situatie daarom vraagt: als er signalen zijn, zoals het niet behalen van budgetten of opvallende afwijkende ontwikkelingen bij dochtervennootschappen, moet worden onderzocht waarom dat het geval is. Er moet actie worden ondernomen als er iets niet in de haak is of lijkt te zijn. Negeren is geen optie: het bestuur moet met een open vizier het hele reilen en zeilen van de vennootschap en haar onderneming scherp in de gaten houden en bijsturen waar nodig. Het niet of niet afdoende reageren op signalen, risico's of incidenten heeft in jurisprudentie geregeld tot bestuurdersaansprakelijkheid geleid.

Analyseer risico's en de (alternatieve) mogelijkheden en let op wijzigingen daarin. Tref zo nodig voorzieningen, ook in de jaarrekening.

Het is daarom zaak om geregeld bestuursvergaderingen te houden en die te intensiveren indien de situatie daar om vraagt.

Notuleer zorgvuldig en omvat ook vragen en antwoorden, en bevestig afspraken buiten vergadering schriftelijk (per e-mail of brief).

Zoals aangestipt, is het toegestaan om taken te verdelen, maar de andere bestuurders moeten ingrijpen als een aan een andere bestuurder toebedeelde taak onbehoorlijk vervuld wordt. Maakt een mede-bestuurder een fout of wordt de bestuurstaak onvoldoende behoorlijk uitgevoerd, dan moeten andere bestuurders dat rechtzetten, en bij disfunctioneren moet worden ingegrepen: het houden van onvoldoende toezicht op de uitoefening van een taak door een medebestuurder kan persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder opleveren, zoals bijvoorbeeld in de TMF-zaak is gebeurd. Als er geen verbetering kan worden bewerkstelligd dan doen de mede-bestuurders er verstandig aan minstens te overwegen om maatregelen te treffen of eventueel zelf op te stappen.

Stap in het uiterste geval op, maar neem dan wel de nodige maatregelen om de daardoor veroorzaakte leemte te ondervangen; neem stappen voor een gedegen vervanging.

### **Raad van commissarissen en raad van toezicht: toezicht en advies**

De raad van commissarissen moet zich – net als het bestuur – bij de taakvervulling richten op het vennootschappelijk belang en zijn taak kan net als bij bestuurders verder vorm worden gegeven door statuten, reglementen en sectorspecifieke codes. De taak is verder wel wezenlijk anders dan die van het bestuur: de taak is om *toezicht* te houden op het bestuur en niet om de bestuurstaken zelf te verrichten. De raad van commissarissen moet het bestuur daarnaast met raad en daad bijstaan. De commissarissen moeten gevraagd en ongevraagd advies geven, een klankbord zijn. Dat betekent in de praktijk het aannemen van een proactieve houding. De commissarissen moeten dus ook een rol spelen voordat besluitvorming plaatsvindt of de strategie wordt bepaald. Net als besturen dat is, is de commissaristaak een collectieve verantwoordelijkheid. De taak van de commissarissen wordt verzwaaard als er



*Marlies Siegers*

risicofactoren spelen. Financiële tegenwind, een vermoeden van integriteitsrisico's of fraude(signalen) kunnen zeker als dergelijke factoren worden beschouwd.

Als er iets mis dreigt te gaan of is gegaan dan dient de raad van commissarissen erop toe te zien dat het bestuur tijdig maatregelen treft om risico's en gevolgen te beperken en dat daaraan de benodigde consequenties worden verbonden.

### *Het onafhankelijke trapezewerk door commissarissen en toezichthouders*

De raad van commissarissen moet onafhankelijk zijn en onpartijdig. De raad van commissarissen is niet ondergeschikt aan de algemene vergadering of het bestuur en neemt dus ook geen instructies van hen aan. Ook niet als de algemene vergadering de commissarissen kan benoemen, schorsen en ontslaan. Ook niet als in de statuten of een reglement staat dat de commissarissen moeten handelen in het belang van de aandeelhouders. Ook niet als de commissaris op voordracht van een aandeelhouder wordt benoemd. Van de raad van commissarissen wordt verwacht deze onafhankelijkheid ook daadwerkelijk in de praktijk te brengen (zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 8 december 2017, Zed+).

De taak van de raad van commissarissen houdt overigens zeker niet in dat de raad zich met elk detail van het bestuur moet bemoeien. Het toezicht ziet in beginsel alleen op de hoofdlijnen. Het bestuur is daarbij verplicht de raad van commissarissen te voorzien van informatie. De raad van commissarissen mag bovendien (zie Hof Amsterdam (Ondernemingskamer), kenbaar uit HR 8 april 2005, Laurus) in beginsel afgaan op de informatie die hij van het bestuur ontvangt. Dat alles ligt natuurlijk anders als er *red flags* zijn. Commissarissen moeten kritisch zijn op de informatie die ze ontvangen en doorvragen als daar aanleiding voor is.

De raad van commissarissen dient toezicht te houden op relevante risico's en controlesystemen. Als de administratie, interne controles, communicatie of bedrijfscultuur ondermaats zijn, dan moeten de commissarissen erop toe zien dat dit wordt verbeterd. Er kan een gedelegeerd commissaris worden aangewezen die erop toeziet dat informatievoorziening, administratie en/of communicatie weer op orde komt. De raad van commissarissen moet toetsen of plannen financieel haalbaar zijn en blijven, of er niet onnodig grote risico's worden genomen en of men niet blind de bergkam afrent. De raad moet ook controleren of zo nodig haalbare en degelijke noodscenario's worden ontwikkeld.



Soms is verscherpt toezicht nodig, bijvoorbeeld als er transacties worden verricht die niet of niet kenbaar in het belang van de vennootschap zijn, bij een afwijking van plannen of budget, of als er andere signalen zijn dat iets niet helemaal in de haak is, waarbij ook gedacht kan worden aan bezwaren van de accountant of interne roddel. De commissarissen moeten dan op onderzoek uit. Dat geldt dus ook bij financiële problemen, vermoedens van fraude of integriteitskwesaties of niet-naleving van regelgeving: de commissarissen moeten dan in actie komen. Denk bijvoorbeeld aan onverwachte, grote of aanhoudende verliezen, bij financiering onder druk en dreigende *defaults*, bij aflossing van aandeelhoudersleningen terwijl belangrijke crediteuren niet worden betaald. De verscherpte toezichtseis geldt eveneens bij interne conflicten binnen het bestuur, met de aandeelhouders of met de commissarissen/ toezichthouder. En natuurlijk bij achteroverzitten van het bestuur terwijl er moeilijkheden dreigen of er al zijn, of bij disfunctioneren van het bestuur. Verscherpt toezicht zal in de regel ook betekenen: vaker vergaderen.

Kort gezegd wordt er bij financiële tegenwind en integriteitsrisico's een grote alertheid en proactiviteit van de raad van commissarissen verwacht. Wat kunnen de

commissarissen concreet doen? Allereerst terughoudend zijn met het goedkeuren van beslissingen. Daarnaast: informatie verzamelen om een zo compleet mogelijk beeld te verkrijgen. Commissarissen kunnen allerlei informatiebronnen aanboren: denk aan de accountant, de ondernemingsraad, de aandeelhouders, mensen op de werkvloer of externe adviseurs. Het bestuur is uiteraard een belangrijke bron van informatie en de commissarissen kunnen regelmatige (geïnstitutionaliseerde) rapportering door bestuur verlangen. Bij alle informatie geldt dat de raad een kritische houding moet aannemen en moet doorvragen waar nodig, niet alleen ten aanzien van besluiten die door de commissarissen moeten worden goedgekeurd. Vergeet niet dat verandering bij (dreigende) financiële tegenwind vaak juist nodig is, ook al zijn daar risico's aan verbonden. De actieve verscherpte rol van de commissaris is een plicht en zou niet moeten leiden tot te grote vrees voor het label 'feitelijk bestuurder' (met groter aansprakelijkheidsrisico): dat wordt niet heel snel aangenomen en stilzitten is kwalijker omdat dit kan leiden tot medeverantwoordelijkheid voor het wanbeleid van het bestuur.

Als het bestuur niet of onvoldoende bijstuurt, dan is het tot slot de taak van de raad om lastige gesprekken met het

bestuur te voeren. Als de raad van commissarissen de bevoegdheid heeft tot ontslag of schorsing van bestuurders, dan moet hij daar eventueel ook gebruik van maken en anders moet hij bevorderen dat het wel bevoegde orgaan dat doet. Als er geen verbetering kan worden bewerkstelligd, dan kunnen commissarissen, net als het bestuur, overwegen maatregelen te treffen (zoals het entameren van een enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer) of zelf ontslag te nemen.

### **Taak algemene vergadering**

De bestuurstaak en commissaristaak kunnen niet los worden gezien van de rol en positie van de algemene vergadering. De formele taak van de algemene vergadering is in feite een resttaak. Aan de algemene vergadering behoren alle bevoegdheden toe die niet aan andere organen zijn toegekend. De wetgever geeft daarnaast een aantal belangrijke rechten aan de aandeelhouders, die hierdoor een belangrijke machtspositie vervullen binnen de vennootschap. Denk bijvoorbeeld aan zeggenschapsrechten, winstrechten, het recht om de jaarrekening vast te stellen of de statuten te wijzigen, het recht om de vennootschap te ontbinden of het geven van toestemming aan het bestuur om het faillissement aan te vragen. Ten aanzien van integriteit en fraude moet ook

het (beperkte) recht op inlichtingen worden genoemd.

De belangrijke positie van de aandeelhouders kan nog eens worden uitgebouwd in de statuten of in aandeelhoudersovereenkomsten. Zo kunnen een concreet instructierecht, goedkeuringsrechten of voordrachtsrechten worden toegekend. Daarnaast hebben de aandeelhouders een feitelijke machtspositie: de algemene vergadering kan in de regel bestuurders en commissarissen benoemen en ontslaan. Ook is er geregeld sprake van financiële en commerciële afhankelijkheid in een concern. De aandeelhouders hebben dus zowel wettelijk als feitelijk flink wat in de melk te brokkelen.

Dat is in het kader van integriteit uiteraard relevant: het kan vanwege de machtspositie van aandeelhouders zo zijn dat integriteitkwesties zich juist op aandeelhoudersniveau afspelen. De aandeelhouders kunnen evengoed – juist vanwege die machtspositie – behulpzaam zijn bij het bestrijden van integriteitsrisico's. Kortom: aandeelhouders hebben een rol die zij kunnen spelen, maar ook vervullen.

De mate waarin een aandeelhouder invloed heeft is desondanks begrensd: de macht van de aandeelhouders

houdt op daar waar de autonomie en wettelijke taak van het bestuur en de raad van commissarissen begint. Een aandeelhouder mag niet op de stoel van de bestuurder zitten en moet bestuur en de commissarissen in staat stellen om hun werk te doen.

### **Welke risico's brengt normschending mee?**

Normschending leidt tot aansprakelijkheid. Ook integriteitskwesties kunnen leiden tot persoonlijke aansprakelijkheid. Daar zijn diverse grondslagen voor, die weer verschillende gevolgen kunnen hebben. Daar gaan we in dit artikel niet nader op in. Belangrijk is dat de bestuurders, commissarissen en aandeelhouders in dat geval dan niet meer de vennootschapsrechtelijk beschermende mantel om zich heen hebben en dat zij in hun eigen beurs geraakt kunnen worden. Alle redenen dus om scherp te blijven. Gelukkig is het zo dat niet alle normschendingen tot die persoonlijke aansprakelijkheid leiden: er zijn hoge drempels. Er is dus ook wat geruststelling te geven.

Juist omdat lang niet altijd sprake is van een taakuitoefening en afweging die maar op één (juiste) manier kan worden volbracht, speelt het risico op *hindsight biases* (achteraf weet een ander – zoals een wederpartij in een procedure of erger

nog, een rechter – heel goed hoe het wél had moeten). Het kan ook lastig zijn om in een later stadium te achterhalen, laat staan te bewijzen, hoe de afweging destijds heeft plaatsgevonden en welke omstandigheden zijn meegewogen. Daarom raden wij van harte aan de relevante afwegingen steeds op papier te zetten. Zo kunnen bestuurders en commissarissen aantonen dat – in de context van toen – redelijk en verantwoord is gehandeld.

Zorg voor een goede *papertrail*. *Papertrails* blijken in aansprakelijkheidsdossiers vaak een redmiddel te zijn, en het ontbreken ervan ook wel eens een grond voor aansprakelijkheid. Aan goede gesprekken die niet worden vastgelegd heeft u in een procedure weinig, ook al lijkt op dat moment alles zonneklaar en lijkt iedereen op één lijn te zitten. Leg vast wat de overwegingen en alternatieven waren, omschrijf welk onderzoek er is gedaan, welke risico's in ogenschouw zijn genomen, hoe en waarom welke besluitvorming heeft plaatsgevonden en hoe is omgegaan met mogelijke risico's.

## Klimtouwen en verrekijkers voor de praktijk

Er zijn vele afgronden en onvermoede valkuilen waardoor een onderneming opeens met integriteitskwesties kan worden geconfronteerd. Een voorbereide bestuurder, commissaris, toezichthouder en aandeelhouder zorgt ervoor dat hij wat klimtouwen heeft en een verrekijker zodat hij kan zien hoe het pad loopt. En natuurlijk voor een betrouwbaar team. Onze laatste tips:

Zorg voor zoveel mogelijk afdekking van aansprakelijkheid door bijvoorbeeld verzekeringen, vrijwaring en decharge.

Overleg bij twijfel met een expert.



**Heeft uw vragen over de voor u beschikbare klimtouwen, wordt u geconfronteerd met integriteitsvraagstukken of wilt u weten hoe het beste kan worden genavigeerd in lastige kwesties? Wij helpen u graag.**

Neem contact op met **Marjon Lok**: [lok@dvdw.nl](mailto:lok@dvdw.nl)  
of **Marlies Siegers**: [siegers@dvdw.nl](mailto:siegers@dvdw.nl)

*De sectie Corporate Litigation & Dispute Resolution van DVDW kent diverse specialisten op dit gebied. Kijk op de website voor meer informatie.*