

## Aansprakelijkheid van bestuurders voor falend risicomanagement



### Introductie

Onlangs verscheen het proefschrift 'Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid - Een maatpak voor de boardroom' van Daniëlla Strik.

In dit artikel gaat ze in op één van de vier delen van haar proefschrift, dat gaat over aansprakelijkheid van bestuurders voor falend risicomanagement, geïnspireerd door de gebeurtenissen in de aanloop naar de financiële crisis. Ze onderscheidt dertien valkuilen voor bestuurdersaansprakelijkheid en beschrijft hoe groot die valkuilen zijn. Vervolgens benoemt ze ook vijf categorieën risicobeheersingsfouten. Die indeling in categorieën is van belang om de vraag of een bestuurder in een concreet geval aansprakelijk is goed te kunnen beoordelen.

- Titel** : Aansprakelijkheid van bestuurders voor falend risicomanagement  
**Auteur** : Daniëlla Strik  
**Verschenen in** : Goed Bestuur & Toezicht (Goed Bestuur en Toezicht 2010 4)  
**Publicatiedatum** : 27-11-2010  
**Tags** : risicomanagementaansprakelijkheid bestuurders  
**Geselecteerd door** : Hein Griffioen (info@heingriffioen.nl) op 10-06-2020

Onlangs verscheen het proefschrift 'Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid – Een maatpak voor de boardroom' van Daniëlla Strik. In dit artikel gaat ze in op één van de vier delen van haar proefschrift, dat gaat over aansprakelijkheid van bestuurders voor falend risicomanagement, geïnspireerd door de gebeurtenissen in de aanloop naar de financiële crisis. Ze onderscheidt dertien valkuilen voor bestuurdersaansprakelijkheid en beschrijft hoe groot die valkuilen zijn. Vervolgens benoemt ze ook vijf categorieën risicobeheersingsfouten. Die indeling in categorieën is van belang om de vraag of een bestuurder in een concreet geval aansprakelijk is goed te kunnen beoordelen.

# AANSPRAKELIJKHEID VAN BESTUURDERS VOOR FALEND RISICOMANAGEMENT

Daniëlla Strik

**U**it jurisprudentie van onder meer de Ondernemingskamer en andere rechtelijke colleges heb ik een aantal valkuilen geformuleerd op het gebied van risicobeheersing voor wat betreft bestuurdersaansprakelijkheid. Het valt op dat rechters daarbij vooral toetsen op formele aspecten die betrekking hebben op de totstandkoming van besluiten en op het opvolgen van interne regels. Bijvoorbeeld of er voldoende onderzoek is gedaan naar mogelijke risico's voordat een beslissing werd genomen en of er criteria en richtlijnen worden opgesteld voor de beheersing van risico's.

Aan de ene kant is dat te verklaren doordat juristen in het algemeen erg op procedures en regels gericht zijn. Aan de andere kant is het ook zo dat het volgen van zorgvuldige besluitvormingsprocedures de kwaliteit van een genomen beslissing kan vergroten en dat het om die reden belangrijk is dat formele aspecten worden nageleefd.

Ik heb vastgesteld dat daarbij ook sprake is van een

paradox: als een bestuur helemaal geen risicobeheersingssysteem heeft ingesteld, is vaak sprake van onbehoorlijk bestuur. Maar indien er juist een gedetailleerd systeem is met interne regels en die regels vervolgens niet worden nageleefd, is dat ook een valkuil voor bestuurders. Bestuurders kunnen dan struikelen over de regels die ze zelf hebben opgesteld. Belangrijk is dus bij het opstellen van een risicobeheersingssysteem dat de op te stellen regels ook daadwerkelijk kunnen worden opgevolgd en gehandhaafd binnen de onderneming.

Sommige van de gesignaleerde valkuilen zijn niet zo gevaarlijk, omdat het bestuur op dat gebied beleidsvrijheid heeft en de rechter dat gedrag terughoudend dient te toetsen. Dan gaat het bijvoorbeeld om het kiezen voor een risicovol beleid, het maken van een verkeerde risico-inschatting en het kiezen voor de manier waarop op risico's wordt gereageerd. Het komt zelden voor dat bestuurders op die punten succesvol aansprakelijk worden gehouden.



## Dertien Valkuilen voor bestuurdersaansprakelijkheid

Hierna zal ik ingaan op de door mij gesignaleerde dertien risicobeheersingsvalkuilen.

### 1) Bestuur kiest voor te risicovol beleid;

De keuze voor een risicovol beleid is een beoordeling waarbij het bestuur een grote mate van (ondernemers) beleidsvrijheid heeft om te kiezen voor de zogenaamde risk appetite van de activiteiten. Risk appetite is de mate van risico die een onderneming bereid is te accepteren bij het nastreven van haar doelstellingen. Dit is dus een niet zo'n gevaarlijke valkuil voor bestuurders. Grenzen aan de vrijheid om te kiezen voor een grote risk appetite zijn wet- en regelgeving en situaties waarin activiteiten van de onderneming gevaar zetten voor derden.

Een voorbeeld van de beoordeling van deze valkuil is de Laurus-zaak (2003). Hoewel de Ondernemingskamer zware kritiek had op de implementatie van de Operatie Groenland (het omzetten van de supermarkten naar de Konmar-formule), werd geoordeeld dat de keuze voor die risicovolle strategie in beginsel verantwoord was. De Ondernemingskamer vond dat het geen wanbeleid was om een dergelijke risicovolle strategie te kiezen.

### 2) Bestuur neemt beslissing zonder onderzoek naar mogelijke risico's;

Dit is een valkuil die ziet op de procedurele kant van de besluitvorming: zijn de besluiten die leiden tot het nemen van een bepaalde ondernemingsbeslissing wel gebaseerd op voldoende onderzoek? Voorbeelden zijn dan of van te voren de financiële betrouwbaarheid van contractspartners is gecontroleerd, of het bestuur bij belangrijke transacties zich heeft laten bijstaan met voldoende deskundige voorlichting, etc. Dit is een valkuil

die snel tot aansprakelijkheid kan leiden. Een voorbeeld is de Ceteco-zaak, waarin de rechtbank Utrecht in 2007 oordeelde dat bij het maken van een belangrijke beleidskeuze over uitbreiding van activiteiten in Zuid-Amerika in het geheel geen acht was geslagen op de daaraan voor de organisatie verbonden risico's.

### 3) Vennootschap beschikt niet over systemen van risicobeheersing en interne controle of bestuur neemt belangrijke beslissing zonder over systemen te beschikken die daarop zijn berekend;

Het ontbreken van bijvoorbeeld een adequate boekhouding en interne controle is een belangrijke valkuil die snel tot aansprakelijkheid zal leiden. Dit speelde onder meer in de enquêteprocedures rond Air Holland (2008) en Vie d'Or (1998).

Bijzondere aandacht dienen bestuurders te geven in de situatie waarin hun onderneming een andere onderneming overneemt of indien de onderneming snel groeit. Zo speelde in de Ahold-zaak (2005) dat een explosieve groei van de onderneming door overnames maatregelen vereist die een goed beheer door de moedervenootschap van de nieuw verworven ondernemingen waarborgen.

### 4) Mogelijke risico's worden wel onderzocht, maar het gewraakte risico wordt niet geconstateerd of onvoldoende materieel geacht – verkeerde inschatting van het risico;

Op dit punt heeft het bestuur aanzienlijke beleidsvrijheid: het bestuur kan een afweging maken welke risico's belangrijk zijn en welke niet. Rechters komen in dit geval niet snel tot het oordeel dat bestuurders aansprakelijk zijn. Vooral als het gaat om *black swans* – een bekende kreet op het gebied van risicobeheersing, die staat voor moeilijk te voorspellen zeldzame gebeurtenissen

\*\*\*\*\*

## HET ONVOLDENDE OPVOLGING GEVEN AAN INTERNE REGELS IS EEN BELANGRIJKE BRON VAN ONBEHOORLIJK BESTUUR

met extreem grote effecten, die buiten het normale verwachtingskader vallen – zal bestuurders niet snel een verwijt gemaakt kunnen worden dat zij een dergelijk risico over het hoofd hebben gezien.

**5) Keuze voor inadequate risicoreactie;**

Het bestuur heeft beleidsvrijheid om te bepalen op welke wijze het op gesignaleerde risico's zal reageren. Bestuurders zijn niet zonder meer verplicht om bijvoorbeeld verzekeringen af te sluiten tegen allerlei soorten bedrijfsschaden. Zij kunnen een afweging maken of bijvoorbeeld het vermogen van de onderneming dergelijke schade (bijvoorbeeld door brand) zelf kan dragen.

**6) Er worden geen criteria en richtlijnen opgesteld voor de beheersing van geconstateerde risico's;**

Dit is een valkuil waarbij het opstellen van juiste procedures – het stellen van criteria en richtlijnen – centraal staat. Hierbij geldt ook dat dit belangrijke randvoorwaarden zijn voor de naleving van het door het bestuur geformuleerde beleid en wenselijk geachte risicoprofiel van de onderneming. Het ontbreken van dergelijke randvoorwaarden op belangrijke gebieden zal snel tot aansprakelijkheid kunnen leiden. In de Air Holland-zaak (2008) werd het bestuur door de Ondernemingskamer op de vingers getikt omdat er onvoldoende met vaste indicatoren werd gewerkt om te zien of vluchten winstgevend waren.

**7) Er vindt geen periodieke beoordeling plaats van de feitelijke exposure aan het risico ten opzichte van de gestelde criteria;**

Het onvoldoende opvolging geven aan interne regels is een belangrijke bron van onbehoorlijk bestuur. Zowel in de zaak Laurus (2003) als Ceteco (2007) speelde dat er onvoldoende evaluaties plaatsvonden van de gestelde randvoorwaarden. Doordat er onvoldoende controlemomenten waren, kon de desastreuze strategie niet tijdig worden bijgesteld.

**8) Er is geen contingency plan;**

Uit de regel dat er criteria en richtlijnen opgesteld moeten worden, dat er opvolging moet plaatsvinden of deze worden opgevolgd, volgt ook dat er een plan B moet zijn

voor het geval belangrijke risico's zich verwezenlijken en het oorspronkelijke plan niet op die manier kan worden uitgevoerd. In de Laurus-zaak (2003) speelde onder meer dat er geen noodscenario's konden worden getoond.

**9) Er wordt niet doorgevraagd over of geen onderzoek ingesteld naar vermoede incidenten;**

Het sluiten van de ogen voor incidenten is ook een belangrijke bron voor aansprakelijkheid. Dit speelde onder meer in Ceteco (2003) en de Tilburgsche Hypotheek-bank (1990). Als het bestuur waarschuwingssignalen ontvangt, mag het daar niet de ogen voor sluiten.

**10) Er vindt geen correctie plaats in geval van overschrijding van gestelde criteria en richtlijnen.**

Als zich misstanden voordoen, dan moet ook worden ingegrepen. Hier loopt het bestuur ook aan tegen de interne regels die zij zelf hebben ingesteld. Het bestuur is het hoogste orgaan dat die regels behoort te handhaven.

**11) In geval van overschrijding van gestelde criteria en richtlijnen worden deze genegeerd of omgebogen zonder nader onderzoek en beleidsafweging.**

Al in de enquêteprocedure rond de deconfiture van Ogem (1990) werd geoordeeld dat indien bestuurders het in hun macht hebben om in te grijpen, zij dat moeten doen. Dat speelde ook in de Ceteco-zaak (2007) waarbij werd geoordeeld dat bestuurders weliswaar de beleidsvrijheid hebben om van hun eigen regels af te wijken, maar dat daar wel grenzen aan zitten indien de onderneming daardoor grote risico's loopt. In ieder geval dient aan een wijziging van richtlijnen na een incident een nieuwe belangenafweging plaats te vinden.

**12) Het nalaten om mede-bestuurders en commissarissen te informeren over mogelijke incidenten en *material weaknesses* in systemen van risicobeheersing en interne controle**

Dit is vooral een risico voor de onderlinge verhoudingen binnen het bestuur. Indien een bestuurder weet dat er een incident heeft plaatsgevonden, maar dat nalaat aan zijn mede-bestuurders te berichten, kan het zijn dat die mede-bestuurders niet aansprakelijk zijn. De betreffende bestuurder moet dan de volledige schade dragen.

### 13) Het doen van misleidende publieke mededelingen over risicobeheersing

Het doen van publieke mededelingen over risico's en risicobeheersing is gevaarlijk, nu daarmee niet alleen de vennootschap zelf, maar ook bijvoorbeeld aandeelhouders direct benadeeld kunnen worden. Bestuurders kunnen zo direct bloot gesteld worden aan claims van aandeelhouders. In deze situatie kunnen bestuurders persoonlijk aansprakelijk zijn voor mededelingen van het bestuur als collectief, ook als de individuele bestuurder niet wist van de misleidendheid.

#### Vijf categorieën risicobeheersingsfouten

Ik heb vervolgens ook de verschillende soorten risicobeheersingsfouten ingedeeld in verschillende categorieën, en deze categorieën geïllustreerd aan de hand van gebeurtenissen die tijdens de financiële crisis aan het licht zijn gekomen.

*Systeemfouten* zijn fouten in de opzet van de systemen van risicobeheersing en interne controle. Voorbeelden uit de financiële crisis zijn:

- ★ Er waren onvoldoende controlemechanismen aanwezig om de risk appetite van de onderneming te overzien;
- ★ Risicomanagement was veeleer gericht op specifieke activiteiten ('silo-approach') dan op de onderneming als een geheel;
- ★ Er werden onvoldoende geschikte middelen toegepast om de implementatie van de gekozen strategie te monitoren;
- ★ Risicobeheersingssystemen werden onvoldoende aangepast aan veranderde omstandigheden en nieuwe 'forward looking' of hypothetische methodes – er werd voornamelijk vertrouwd op de maatstaf 'Value at Risk' – die onder meer werd gebruikt met historische gegevens uit het relatief recente verleden en de kansen van gebeurtenissen met een lage waarschijnlijkheid maar met grote gevolgen systematisch te laag inschatte – terwijl *stress testing* werd niet of inadequaats toegepast;
- ★ Remuneratiestructuren droegen bij aan het overmatig nemen van risico's door kortetermijnexpansie van het volume van risicovolle handel in plaats van winst-

gevendheid van investeringen op de lange termijn te belonen;

- ★ Het belang van de risicomanagementfunctie werd miskend door commerciële functies binnen financiële instellingen: risicomangers werden soms gezien als blok aan het been en niet als essentieel onderdeel van de ondernemingsstrategie. Zij opereerden vaak gescheiden van het management.

Van *systeemfouten* dienen *werkingsfouten* te worden onderscheiden. *Werkingsfouten* zijn fouten in de werking van de systemen van risicobeheersing en interne controle. Hiervan is sprake indien de systemen voor risicobeheersing en interne controle goed zijn opgezet, maar de procedures en maatregelen die daarvan deel uitmaken niet zijn toegepast. Te denken valt aan menselijke fouten of vergissingen bij de uitvoering van protocollen, het niet tijdig en op begrijpelijke wijze doorgeven van belangrijke risicobeheersingsinformatie aan het bestuur, het opzettelijk ontwijken van de systemen door personeel om bepaalde handelingen te verbergen of gerapporteerde resultaten hoger te doen lijken en '*management override*' – het overrulen van beleid of procedures door hoger management voor ongeoorloofde doeleinden. In de financiële wereld manifesteerden deze fouten zich als volgt:

- ★ Informatie werd niet op effectieve wijze verspreid binnen de organisatie, waardoor gegevens over risico's, exposures en waarschuwingssignalen in sommige gevallen niet het bestuur of de raad van commissarissen bereikten;
- ★ Veel bestuurders en toezichthouders begrepen de kenmerken van de nieuwe, complexe financiële producten die door hun ondernemingen werden gevoerd niet;
- ★ Veel bestuurders en toezichthouders hadden onvoldoende zicht op de exposure en financiële impact van bepaalde (geaggregeerde) risico's, zoals het liquiditeitsrisico verbonden aan kortetermijnfinanciering van (handels)activiteiten en het risico verbonden aan de kredietwaardigheid van wederpartijen bij gesecuriseerde producten;
- ★ Veel bestuurders en toezichthouders begrepen de intern gebruikte ingewikkelde wiskundige risicomodel-

len voor handel en exposure voor bankiersactiviteiten onvoldoende.

Een derde categorie zijn de beoordelingsfouten, die ziet op de inschattingen die door het management gemaakt moeten worden gedurende de werking van het risicobeheersingssysteem:

- ★ Er werd voor gekozen om geen of onvoldoende maatregelen te nemen om bepaalde geïdentificeerde risico's, die niet waarschijnlijk of materieel werden geacht, te beheersen;
- ★ Er werden onvoldoende of ontijdig stappen genomen om de feitelijke verwezenlijking van bepaalde risico's te controleren;
- ★ Na verwezenlijking van bepaalde risico's werden onvoldoende maatregelen genomen om de effecten daarvan te beperken.

Een laatste categorie is die *van onvoldoende transparantie aan de markt over risico's en risicobeheersing*. In de financiële crisis ging het dan om een gebrek aan transparantie aan de markt over de risk appetite in relatie tot de daadwerkelijk gelopen risico's, voorzienbare risicofactoren, hun omvang en de opzet en werking van risicobeheersingssystemen van banken liet te wensen over.

De indeling in de hiervoor behandelde categorieën is van belang om de vraag of een bestuurder in een concreet geval aansprakelijk is goed te kunnen beoordelen. Voor beoordelingsfouten geldt bijvoorbeeld dat bestuurders beleidsvrijheid hebben en dat rechters dat soort zaken terughoudend toetsen. Bij werkingsfouten die door ondergeschikten zijn gemaakt moet de vraag worden gesteld of een bestuurder daarvoor wel verantwoordelijk kan worden gehouden.

### Mededeling over reden vroegtijdig aftreden bestuurder

Een speciale situatie die zich kan voordoen op het gebied van transparantie is indien een bestuurder onverwacht aftreedt, bijvoorbeeld in geval van een verschil van inzicht over risicobeheersing of de inhoud van financiële verslaggeving. In de Verenigde Staten moet

de onderneming bepaalde gegevens openbaar maken indien een *director* na de laatste algemene vergadering van aandeelhouders onverwacht aftreedt of wordt ontslagen. Over de omstandigheden die daartoe aanleiding gaven moet dan openheid van zaken worden gegeven in een zogenaamde *Form 8-K*. De *director* kan daar ook nog publiekelijk op reageren. Dit gebeurde bijvoorbeeld bij het aftreden van *director* Jerome York van de board van General Motors in 2006. In zijn ontslagbrief uitte hij stevige kritiek op de strategie van de onderneming en het functioneren van de board.<sup>1</sup>

Het Nederlandse recht kent niet een dergelijke regel. In persberichten rond het aftreden van bijvoorbeeld cfo's of commissarissen wordt vaak vermeld dat de betreffende persoon een wens had om een andere wending aan zijn carrière te geven of meer tijd aan zijn privé-leven te besteden. Veelal liggen echter hoogoplopende conflicten ten grondslag liggen aan een dergelijk vertrek, waarvan zelden iets naar buiten komt. Dit soort informatie kan wel degelijk belangrijk zijn voor aandeelhouders. Denk aan het aftreden van commissaris Van den Brink van Van der Molen en het aftreden van verschillende cfo's bij DSB Bank. Als er een verplichting was geweest om openheid van zaken te geven over de verschillen van mening die daaraan ten grondslag lagen, waren bepaalde misstanden bij die ondernemingen veel eerder aan het licht gekomen. Het zou nuttig zijn als een zelfde soort regeling ook in Nederland zou worden ingevoerd.

#### Noot

1. Zie [www.msnbc.nsn.com/id/15160176](http://www.msnbc.nsn.com/id/15160176).

#### Over de auteur

Daniella A.M.H.W. Strik is advocaat en partner bij Linklaters LLP te Amsterdam.

