

## INLEIDING

De bereidheid om bestuurders en toezichthouders persoonlijk aansprakelijk te stellen lijkt toe te nemen. Dit geldt niet alleen voor de commerciële sector maar ook voor maatschappelijke ondernemingen als zorginstellingen, woningcorporaties en goede doelenstichtingen. De brief van de (inmiddels demissionaire) Minister Van der Laan van 30 oktober 2009 spreekt in dit verband boekdelen.

Illustratief voor deze ontwikkeling zijn twee recente procedures tegen bestuurders van zorginstellingen. In beide gevallen werd de vordering van de zorginstelling tegen de bestuurder en/of raad van toezicht afgewezen.

In de zaak De Bruggen werd de bestuurder verweten niet de statutair vereiste goedkeuring van de raad van toezicht te hebben gevraagd bij de koop van onroerende zaken en het aangaan van een samenwerkingsovereenkomst.<sup>1</sup> Onder verwijzing naar vaste jurisprudentie zou dit in beginsel tot aansprakelijkheid van het bestuur moeten leiden, nu deze de in de statuten vastgelegde voorschriften die dienden ter bescherming van de zorginstelling had geschonden, aldus de raad van toezicht als eiser. De bestuurder was succesvol in zijn verweer dat van aansprakelijkheid geen sprake kon zijn, gelet op de omstandigheden van het geval, in het bijzonder de opstelling van de raad van toezicht. In de uitspraak overwoog het Scheidsgerecht Gezondheidszorg onder meer dat het goedkeuren op hoofdlijnen van het voorgenomen beleid - de raad van toezicht voorgelegd in de vorm van beleidsplannen en periodieke begrotingen - bij een instelling van een omvang als De Bruggen niet ongebruikelijk is en ook concreet werd toegepast. Het separaat vragen van toestemming was niet nodig nu de raad geïnformeerd was over de litigieuze overeenkomsten, deze pasten binnen het algemene door hem goedgekeurde beleid en hij niet op die algemene goedkeuring was teruggekomen.

In de Hestia zaak (Hestia was een zorginstelling) was de vordering gericht tegen de enig bestuurder, de leden van de raad van toezicht en de externe accountant.<sup>2</sup> De verwijten betroffen met name het financiële en personeelsbeleid van het onder de stichting Hestia vallende verpleeghuis De Braamberg. De bestuurder zou geen afdoende maatregelen hebben getroffen ter verbetering van de financiële situatie van De Braamberg en tot het terugdringen van het hoge ziekteverzuim en de daaraan verbonden kosten. De raad van toezicht zou daarop ook niet afdoende hebben toegezien. De rechtbank wijst alle vorderingen af en gaat in haar vonnis onder meer in op de specifieke context waarbinnen bestuurders van zorginstellingen in de relevante bestuursperiode van maart 1993 tot augustus 2001 moesten fungeren. Zij wijst op het sterk gereguleerde karakter van de zorgsector en de beperkte mogelijkheden voor de bestuurder om aanvullende financiering

---

<sup>1</sup> Scheidsgerecht Gezondheidszorg 20 augustus 2006, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2007, p. 160 e.v.

<sup>2</sup> Rechtbank Amsterdam 26 maart 2008, *JOR* 2008, 3. Van Doorne stond in deze procedure de bestuurder bij.

te verkrijgen en om loonkosten te beheersen. Ruimte voor het opvangen van tegenvallers - zoals een onvoorziene loonstijging als uitkomst van CAO-onderhandelingen, die ook niet (integraal) werd vergoed in de financiering - had Hestia niet.

Alhoewel deze bovenstaande procedures tegen bestuurders en/of leden van de raad van toezicht van zorginstellingen zijn gevoerd, is het denkbaar dat ook tegen bestuurders en/of leden van de raad van commissarissen van woningcorporaties in de toekomst procedures worden gevoerd. Deze notitie zet juridische uiteen wat de huidige stand van zaken is ten aanzien van het aansprakelijkheidsrecht voor bestuurders en/of leden van de raad van toezicht.

### **AANSPRAKELIJKHEIDSRISICO'S**

Onderstaand treft u een uiteenzetting op hoofdlijnen aan van aansprakelijkheidsrisico's voor commissarissen van woningcorporaties en mogelijkheden tot bescherming daartegen. Aan deze algemene uiteenzetting liggen de volgende uitgangspunten ten grondslag:

- De woningcorporatie is een stichting die is onderworpen aan de heffing van vennootschapsbelasting;
- De woningcorporatie heeft een raad van commissarissen, die uitsluitend een toezichthoudende rol en geen bestuurstaken vervult.

Hetgeen hierna is opgemerkt ten aanzien van de aansprakelijkheid van commissarissen bij stichtingen is van overeenkomstige toepassing op commissarissen bij woningcorporaties die de rechtsvorm vereniging kennen. Bij verenigingen is echter ook een algemene ledenvergadering aanwezig, waardoor er een orgaan is dat ook toezicht uitoefent.

Vooropgesteld kan worden dat van aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen in privé slechts bij wijze van uitzondering sprake is. De hoofdregel is dat deze functionarissen voor en namens de woningcorporatie optreden en dat (de gevolgen van) dit handelen en nalaten voor rekening en risico van de woningcorporatie komt.

Bij aansprakelijkheid van commissarissen zal rekening worden gehouden met het gegeven dat hun taken verschillen van die van de bestuurders. Van aansprakelijkheid van commissarissen jegens de woningcorporatie zal pas sprake kunnen zijn indien de toezichthoudende taak niet naar behoren wordt vervuld. Vandaar dat aansprakelijkstelling van bestuurders niet gepaard hoeft te gaan met een vordering jegens de commissarissen, maar het tegelijkertijd zo is dat aansprakelijkstelling van toezichthouders in de regel voorafgegaan wordt of gepaard gaat met een aansprakelijkstelling van bestuurders.

Bij de bespreking van de aansprakelijkheidsrisico's voor bestuurders en commissarissen kunnen onder meer de volgende categorieën worden onderscheiden:

1. aansprakelijkheid ten opzichte van de woningcorporatie;
2. aansprakelijkheid ten opzichte van derden, zoals crediteuren, werknemers en huurders.

### AANSPRAKELIJKHEID JEGENS DE WONINGCORPORATIE

Elke commissaris is tegenover de woningcorporatie gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Als richtlijn geldt daarbij het statutaire doel van de woningcorporatie, waarbij de belangen van de bij de woningcorporatie betrokken belanghebbenden moeten worden meegewogen in de besluitvorming en niet onnodig of onevenredig mogen worden geschaad.

Het Burgerlijk Wetboek kent geen bepalingen over de taken van de raad van commissarissen bij stichtingen. Het Besluit beheer sociale-huursector kent slechts een bepaling die gaat over de inrichting van de raad van commissarissen maar niet over het functioneren als toezichthoudend orgaan. Voor sommige ingrijpende besluiten kan op grond van wet- of regelgeving wel voorafgaande goedkeuring van de Minister zijn vereist. Dit zijn veelal besluiten die ingrijpende gevolgen kunnen hebben voor de financiële positie van de woningcorporatie, zoals een besluit tot wijziging van de statuten of een besluit tot juridische fusie.

Wat onder meer onder een behoorlijke taakvervulling dient te worden verstaan, kan men aan de hand van enkele bepalingen uit de Governancecode Woningcorporaties afleiden. Echter deze code kent ook geen uitputtende regeling omtrent de taakuitoefening. Daarbij komt dat iedere woningcorporatie uniek is waardoor er binnen de raad van commissarissen andere specifieke vraagstukken kunnen spelen die doorgaans ook een andere taakvervulling van de raad van commissarissen vereisen.

Het behoorlijk vervullen van de toezichthoudende taak is een inspanningsverbintenis. Er is pas sprake van een tekortkoming indien de commissaris is tekortgeschoten in de inspanning die onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs van hem kon worden verlangd. Soms moeten er moeilijke afwegingen worden gemaakt, hiervoor moeten de commissarissen wel de ruimte krijgen.

Persoonlijke aansprakelijkheid ontstaat bij een duidelijke, onmiskenbare tekortkoming waarvan de commissaris een ernstig verwijt treft. Het gaat daarbij dus niet om onbehoorlijk in morele zin. Of een commissaris een dergelijk verwijt kan worden gemaakt, moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval en naar het moment waarop de commissaris heeft gehandeld of moest handelen. Hierbij is onder meer relevant de aard van de activiteiten van de woningcorporatie, bijvoorbeeld het risico management bij een bepaald project en de voor de raad van commissarissen geldende richtlijnen.

Uit de rechtspraak volgt dat het niet naleven van wettelijke of statutaire bepalingen die de woningcorporatie beogen te beschermen - denk bijvoorbeeld aan het vragen van goedkeuring aan de Minister - in beginsel aansprakelijkheid vestigt. Ook disloyaal handelen - de bestuurder of commissaris stelt zijn eigen belang of dat van bevriende relaties boven dat van de woningcorporatie - vergroot het aansprakelijkheidsrisico.

De aansprakelijkheid van de leden van de raad van commissarissen is in beginsel een collectieve aansprakelijkheid. De wet gaat ervan uit dat als de raad van commissarissen aansprakelijk is, dat voor al zijn leden geldt, omdat zij gezamenlijk verantwoordelijk worden geacht voor een juiste taakvervulling. Het enkele feit dat een 'fout' door een andere commissaris is gemaakt, ontslaat de medecommissarissen niet van aansprakelijkheid. Daarvoor is nodig dat de medecommissaris aantoont dat een eventuele tekortkoming niet aan hem is te wijten én dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. In dat geval kan de commissaris zich disculperen. Dit bewijs is vaak moeilijk te leveren.

Een vordering wegens onbehoorlijk toezicht kan namens de woningcorporatie worden ingesteld door (opvolgend) bestuurders of, naar gelang de omstandigheden, commissarissen en bij een faillissement door de curator.

Voorbeelden van terreinen die in het kader van aansprakelijkheid uw bijzondere aandacht verdienen:

#### *Informatievoorziening raad van commissarissen*

Om hun taak naar behoren te kunnen uitoefenen hebben de commissarissen informatie nodig. Het is in beginsel aan het bestuur om die informatie te verstrekken. Dat doet er niet aan af dat de raad van commissarissen er zelf op dient toe te zien dat hij over afdoende informatie beschikt om zijn toezichthoudende taak naar behoren uit te oefenen. Overwogen kan worden de informatievoorziening statutair (beter) te borgen door bijvoorbeeld goedkeuringsrechten in de statuten op te nemen. Gezien de debacles waarmee sommige woningcorporaties door riskante beleggingen zijn geconfronteerd, kan het bijvoorbeeld verstandig zijn dat het beleggingsbeleid, indien dat niet is onderworpen aan goedkeuring van de raad van commissarissen, wel aan de raad wordt voorgelegd. Hoe is dit in uw organisatie geregeld en beschikt u over voldoende informatie?

#### *Risico's bij projectontwikkeling*

Is er binnen de raad van commissarissen voldoende aandacht voor het toezicht op een adequate invulling van het risicomanagement? Welke risico's zijn verbonden aan de lange termijn verplichtingen van de woningcorporaties? Bij de beantwoording van deze vragen kan de externe accountant ook een belangrijke rol vervullen. Zijn oordeelsvorming omtrent de risicobeheersingssystemen kan hierbij een rol spelen.

### *Toezicht op verbindingen*

Heeft u zich de vraag gesteld of er voldoende toezicht is op dochterondernemingen, samenwerkingsvehikels en joint ventures? Gebruikmaking van een toezichthoudend orgaan op het niveau van de woningcorporatie zelf, kan leiden tot de vraag hoe de invloed van de raad van commissarissen is geregeld ten aanzien van bijvoorbeeld dochtervennootschappen. Heeft de raad van commissarissen ook advies, informatie, en goedkeuringsrechten ten aanzien van de dochtervennootschappen en hoe zijn deze rechten juridisch verankerd?

### **AANSPRAKELIJKHEID TEN OPZICHTE VAN DERDEN**

Indien een commissaris onrechtmatig jegens derden handelt, is hij voor de daaruit voortvloeiende schade aansprakelijk.

Door de taak en de hoofdzakelijk interne rol van de raad van commissarissen zal in de praktijk minder snel sprake zijn van een dusdanig contact met een derde. Dit maakt dat een commissaris minder snel een persoonlijk, voldoende ernstig verwijt te maken valt. Als regel onderhoudt het bestuur immers het contact met de buitenwereld en niet de commissarissen. Is de commissaris bekend met het onrechtmatig handelen van een bestuurder jegens een derde en de schadelijke gevolgen daarvan of zou hij daarmee bekend moeten zijn, dan ligt een aansprakelijkstelling van de commissaris eerder voor de hand indien hij nalaat in te grijpen en aldus persoonlijk onrechtmatig jegens de derde handelt. Van hoofdelijke aansprakelijkheid is bij deze vorm van aansprakelijkheid geen sprake.

Aan de hand van rechtspraak kunnen twee categorieën van onrechtmatig handelen tegenover een crediteur onderscheiden worden:

- de bestuurder weet ten tijde van het aangaan van een overeenkomst namens de woningcorporatie of had redelijkerwijs moeten begrijpen, dat deze haar verplichtingen niet of niet binnen een redelijke termijn zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden voor de schade die de crediteur ten gevolge van die wanprestatie zou lijden;
- een bestuurder verhindert feitelijk dat de woningcorporatie bestaande verplichtingen jegens en crediteur nakomt (betalingsonwil).

Een belangrijke voorwaarde voor aansprakelijkheid is dat het verweten handelen voorzienbaar schade voor de desbetreffende crediteur met zich zou brengen.

Voorbeelden van mogelijk onrechtmatig handelen van bestuurders jegens derden zijn:

- Schending statutaire of contractuele rechten van stakeholders;

- Failliet laten gaan van een werkgever zonder het betalen van een ontbindingsvergoeding aan een werknemer;
- Bijdrage pensioenpremie als werkkapitaal gebruiken;
- Gewekt vertrouwen bij crediteur dat stichting schuld zal voldoen;
- Onttrekken verpande auto als object pandrecht leasemaatschappij;
- Voortzetten onderneming wanneer niet langer een reële overlevingskans bestaat met voorzienbare schade voor crediteuren als gevolg;
- De samenwerkingspartner bewegen een garantstelling ten behoeve van een financier af te geven door bij deze samenwerkingspartner het vertrouwen te wekken dat de stichting dit ook zal doen, weten de dat dit niet gebeurt en/of de stichting de garantstelling niet kan nakomen.

Bij faillissement van de woningcorporatie kent de wet ook een specifieke grond van hoofdelijke aansprakelijkheid jegens derden wegens onrechtmatig handelen. Commissarissen van een woningcorporatie zijn in dat geval hoofdelijk aansprakelijk jegens derden voor schade die het gevolg is van een misleidende voorstelling van de toestand van de woningcorporatie in de jaarrekening. Een commissaris die bewijst dat de misleidende voorstelling niet aan hem te wijten is, is niet aansprakelijk. Een commissaris die zich onder opgave van redenen in het openbaar distantieert van de in zijn visie onware jaarrekening, is in beginsel gedisciplineerd. Hiervan dient dan wel op het moment van de niet-ondertekening melding te worden gemaakt.

#### **AANSPRAKELIJKHEID IN GEVAL VAN FAILLISSEMENT**

Een faillissement van een woningcorporatie is tot nu toe niet uitgesproken. Het Centraal Fonds Volkhuysvesting heeft geen wettelijke plicht een woningcorporatie van een dreigend faillissement te redden. In de toekomst kan een faillissement van een woningcorporatie een reële optie zijn.

Hiervoor kwam al aan de orde dat de curator bevoegd is de commissarissen namens de woningcorporatie wegens onbehoorlijk toezicht aan te spreken. Oordeelt een rechtbank dat die vordering voor toewijzing in aanmerking komt, dan dient vervolgens nog de vraag beantwoord te worden welke schade in causaal verband staat tot de verweten gedraging en daarmee voor vergoeding in aanmerking komt.

De wet voorziet daarnaast in de mogelijkheid voor de curator om bestuurders en commissarissen aan te spreken voor het gehele tekort in de faillissementsboedel. Dit kan indien (i) het bestuur c.q. de raad van commissarissen zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld, en (ii) aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Bestuurders en commissarissen kunnen

op deze grondslag alleen aansprakelijk worden gesteld voor kennelijk onbehoorlijke taakvervulling in de periode drie jaar voorafgaand aan het faillissement.

Van kennelijk onbehoorlijk toezicht kan slechts worden gesproken indien geen redelijk denkend commissaris - onder vergelijkbare omstandigheden - op dezelfde wijze gehandeld zou hebben.

Het aansprakelijkheidsrisico neemt aanzienlijk toe indien het bestuur niet heeft zorggedragen voor een behoorlijke boekhouding of niet heeft voldaan aan de, in voorkomend geval, verplichting tot het (tijdig) deponeren van de jaarrekening en de commissarissen niet hebben toegezien op de nakoming van deze verplichtingen. In dat geval wordt het bestuur c.q. de raad van commissarissen geacht zijn taak onbehoorlijk te hebben vervuld. Tegenbewijs staat niet open. Ook wordt in dat geval vermoed dat die onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Tegen dit vermoeden staat wel tegenbewijs open.

Een commissaris is niet aansprakelijk indien hij bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling door de raad van commissarissen niet aan hem is te wijten en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.

#### **OPTREDEN ALS BESTUURDER**

In de Governancecode Woningcorporaties is de mogelijkheid dat een commissaris tijdelijk een bestuursfunctie kan vervullen uitdrukkelijk verwoord: *"het lid van de raad van commissarissen dat tijdelijk voorziet in het bestuur bij belet en ontstentenis van leden van het bestuur treedt voor deze periode uit de raad van commissarissen om de bestuurstaak op zich te nemen"*.

Commissarissen die gevraagd of ongevraagd bestuurstaken vervullen, lopen een vergroot aansprakelijkheidsrisico, in die zin dat zij in voorkomend geval als bestuurders zullen worden beoordeeld. Commissarissen die bestuurstaken vervullen lopen derhalve in beginsel hetzelfde aansprakelijkheidsrisico als bestuurders. Uit het voorgaande volgt al dat bestuurders - doordat zij zowel intern als extern namens de woningcorporatie handelen en in eerste instantie haar koers bepalen - de facto een groter aansprakelijkheidsrisico lopen.

Van (on)gevraagd bestuurstaken verrichten kan sprake zijn indien een lid van de raad van commissarissen gedurende een bepaalde periode het beleid van de woningcorporatie feitelijk bepaalt. Het bestuur wordt als het ware terzijde geschoven. Het optreden als de facto bestuurder brengt in geval van faillissement bij kennelijk onbehoorlijk bestuur het aansprakelijkheidsrisico jegens de boedel met zich, als hiervoor beschreven.

Daarnaast kunnen feitelijk bestuurders hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor bepaalde belastingschulden en sociale lasten van de woningcorporatie, indien het niet betalen van die

schulden het gevolg is van aan de feitelijk bestuurder te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur. In dit verband is van groot belang dat tijdig, op de voorgeschreven wijze, melding wordt gemaakt van betalingsonmacht. In het geval het (feitelijk) bestuur niet heeft voldaan aan deze verplichting, geldt een wettelijk vermoeden van kennelijk onbehoorlijk bestuur en kunnen alle (feitelijk) bestuurders hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld. Dit vermoeden kan weerlegd worden door de (feitelijk) bestuurder die aannemelijk maakt dat het niet aan hem is te wijten dat de belastingplichtige rechtspersoon niet aan zijn (meldings)verplichtingen heeft voldaan. In de praktijk slaagt een bestuurder hier zelden in.

### **BESCHERMING**

Ook de commissaris die zijn taak naar eer en geweten heeft vervuld, kan geconfronteerd worden met een aansprakelijkstelling. Bescherming tegen het aansprakelijkheidsrisico's is dan ook op zijn plaats, alleen al omdat de kosten van verweer in de regel aanzienlijk zijn. Dit geldt te meer voor een specifieke, sterk gereguleerde sector als de woningbouw.

Deze bescherming kan geboden worden door een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering, vrijwaring en vrijtekening. Een combinatie van deze drie - mits goed op elkaar afgestemd - biedt in de praktijk de beste oplossing.

### **Vrijtekening**

De woningcorporatie kan de aansprakelijkheid van de commissaris wegens onbehoorlijk toezicht uitsluiten of beperken. Een dergelijke vrijtekening kan statutair en/of contractueel worden vastgelegd. Een vrijtekening wordt niet rechtsgeldig geacht voor gevallen waarin de commissaris opzettelijk of bewust roekeloos heeft gehandeld. Daarnaast is het de vraag of de woningcorporatie bij voorbaat afstand kan doen van haar recht de commissaris voor onbehoorlijk toezicht aansprakelijk te stellen, gelet op het dwingendrechtelijk karakter van de norm van behoorlijke taakvervulling. Dit brengt onzekerheid met zich mee of een commissaris in een concreet geval daadwerkelijk een beroep op de vrijtekening toekomt.

### **Vrijwaring**

Ten aanzien van vorderingen van derden jegens de commissaris kan de woningcorporatie zich verbinden de commissaris voor de gevolgen daarvan te vrijwaren. Een vrijwaring kan statutair en/of contractueel worden vastgelegd. Ook voor de vrijwaring geldt dat het onzeker is in hoeverre deze in een concreet geval bij opzettelijk of bewust roekeloos gedrag standhoudt en/of de commissaris daarop een beroep toekomt indien het verweten handelen als onbehoorlijk toezicht kwalificeert. Een ander nadeel van de vrijwaring is dat de commissaris er bij een faillissement weinig aan heeft; hij is een concurrent schuldeiser en moet afwachten of de boedel tot een uikering komt. Daar staat tegenover dat een vrijwaring een afschrikwekkend effect kan hebben (de sigaar uit eigen doos) en voorschotbetalingen aan raadslieden voor het voeren van



verweer zijn toegestaan, zolang niet vaststaat dat van opzettelijk of bewust roekeloos gedrag sprake is.

### **Verzekering**

Omdat een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering in de regel ook dekking biedt voor bewust roekeloos gedrag, biedt deze de commissaris meer (zekerheid omtrent) bescherming dan de vrijtekening en vrijwaring. Ook in faillissementssituaties kan de verzekering bescherming bieden. De vrijtekening en vrijwaring kunnen aanvullende bescherming bieden voor uitsluitingen in de polis - bijvoorbeeld voor een bepaald geografisch gebied, milieuschade of schade door asbest houdende zaken - of bij uitputting van de polis bij schade die het verzekerd bedrag te boven gaat.

De bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering is een vermogensschadeverzekering (de verzekering biedt géén dekking tegen letselschade of zaakschade). Enerzijds bestaat dekking voor een schadevergoedingsverplichting van verzekerden jegens derden, waartoe ook de woningcorporatie gerekend wordt (inclusief wettelijke rente). Anderzijds zijn gedekt de kosten van verweer en advies, ook als de vorderingen ongegrond blijken. De laatste post vormt in de praktijk wellicht de belangrijkste reden om de verzekering aan te schaffen.

De verzekering wordt in de regel afgesloten door de woningcorporatie als verzekeringnemer, die de premie betaalt. Niet (tijdige) betaling van de premie kan tot gevolg hebben dat niet langer dekking wordt geboden of een gat in de dekking ontstaat.

De verzekerden zijn, naast de (oud en toekomstig) bestuurders en commissarissen, vaak ook feitelijk leidinggevend, vereffenaars en zij die op grond van de wet of statuten bestuurstaken uitoefenen. De meeste verzekeringen bieden ook dekking aan de verzekeringnemer, indien deze verzekerde bestuurders en commissarissen vrijwaart ter zake van aanspraken van derden, zonder dat de verzekeringnemer zelf ook voor die schade aansprakelijk is.

Laat u over het afsluiten van een toereikende polis adviseren door een deskundig makelaar. Ten aanzien van de hoogte van de verzekerde som is van belang te weten dat dit bedrag in de regel zowel de kosten van rechtsbijstand, als enige veroordeling tot betaling van schadevergoeding als de daarover verschuldigde wettelijke rente omvat. Daarnaast beseffen verzekerden zich niet altijd dat de verzekerde som het maximum aan c.q. ten behoeve van hen gezamenlijk uit te keren bedrag betreft.

Gelijk elke verzekering kent de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering uitsluitingen. Afhankelijk van hun karakter en achtergrond bestaat de mogelijkheid om tegen verhoging van de premie aanvankelijk van dekking uitgesloten schades mee te verzekeren. In overleg met uw makelaar of juridisch adviseur kunt u bepalen of dat de moeite waard is.

De verzekering beperkt de dekking ook in de tijd. Voor het bestaan van dekking is in de regel bepalend dat de vordering tot vergoeding van schade tijdens de looptijd van de verzekering is

ontvangen. Dit heeft als mogelijk nadeel voor verzekerden dat claims die na afloop van de verzekeringstermijn binnenkomen van dekking worden uitgesloten.

De bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering voorziet daarom in de regel in een omstandighedendekking: bij een melding aan de verzekeraar tijdens de looptijd van omstandigheden die tot een aanspraak zouden kunnen leiden, wordt de aanspraak die op een later moment uit die omstandigheden voortvloeit, geacht op het moment van melding van die omstandigheden te zijn ontvangen. Daarnaast kent de verzekering in de regel bij voorbaat het recht toe een zogenaamde uitloop in te kopen. Claims die tijdens de overeengekomen uitlooptermijn binnenkomen en betrekking hebben op verweten handelen/nalaten dat zich gedurende de looptijd van de verzekering heeft voorgedaan, kunnen door melding binnen die termijn alsnog onder de dekking worden gebracht.

Een bijzondere situatie is faillissement. Vrijwel alle bestuurdersaansprakelijkheidsverzekeringen eindigen bij faillissement. Ook dan wordt in de regel de mogelijkheid tot inkoop van een uitloop geboden, maar deze dient wel separaat schriftelijk te worden aangevraagd en wordt eerst na betaling van een bij voorbaat overeengekomen aanvullende premie verkregen. De bestuurders, commissarissen en curator van een (bijna) failliete woningcorporatie dienen dus alert te zijn op de voorwaarden voor instandhouding van de dekking.

Het is zaak de verzekeraar na het afsluiten van de verzekering op de hoogte te houden van relevante ontwikkelingen ten aanzien van de woningcorporatie en, in het bijzonder, haar structuur. Vaak geeft de polis aan over welke ontwikkelingen de verzekeraar in ieder geval geïnformeerd wil worden. Daarnaast bepaalt de polis vaak al op voorhand of dekking ongewijzigd blijft voortbestaan bij bepaalde gebeurtenissen, bijvoorbeeld een herstructurering van de groep door fusie. In de regel is dat niet het geval en wordt de dekking beperkt.

Zowel bij het afsluiten van de polis als tijdens de looptijd is het daarnaast van belang na te gaan of alle relevante bestuurs- c.q. toezichthoudersfuncties onder de dekking zijn gebracht. Dekking wordt geregeld beperkt tot bestuurders en commissarissen van de rechtspersoon die de verzekering afsluit en van dochterondernemingen waarover zij controle uitoefent. Bekleedt een bestuurder of commissaris op verzoek van de woningcorporatie als verzekeringnemer een functie bij een andere rechtspersoon waarover geen controle wordt uitgeoefend, dan is het aansprakelijkheidsrisico in verband met die andere functie niet gedekt (maar mogelijk wel onder de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering van die entiteit).

Hiervoor kwam al kort aan de orde dat alle (oud) bestuurders en commissarissen zijn aangewezen op dezelfde dekking. Gelet op de mogelijke tegenstrijdige belangen tussen bestuurders en commissarissen en onderling, ligt het voor hen echter niet altijd direct voor de hand om samen te werken bij het voeren van verweer tegen vorderingen wegens onbehoorlijk

bestuur en toezicht. Alleen al het gegeven dat zij uit een en dezelfde verzekeringspot moeten putten kan echter op een belang duiden om zoveel mogelijk gezamenlijk op te trekken bij het voeren van verweer. Het zal niet altijd mogelijk zijn, maar het loont hierbij stil te staan alvorens de pijlen op elkaar te richten. Dit overigens ook omdat vorderingen tussen verzekerden onderling - bijvoorbeeld voor onderling verhaal bij de aanname van hoofdelijke aansprakelijkheid - niet altijd gedekt zijn onder de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering.

### Decharge

De decharge kwam in het voorgaande nog niet aan de orde. Dit omdat de decharge - anders dan de verzekering, vrijwaring en vrijtekening - niet bij voorbaat maar pas achteraf bescherming kan bieden. Ook als beschermingsmiddel achteraf is haar reikwijdte in de regel vrij beperkt. Dit in de eerste plaats omdat de décharge een gewezen commissaris hooguit kan beschermen tegen vorderingen van de woningcorporatie en niet tegen vorderingen van derden. In de tweede plaats geldt de decharge in beginsel alleen voor zaken die het dechargerend orgaan kenbaar zijn uit de jaarrekening en toelichting daarop. De commissaris die is gedechargeerd voor het door hem gevoerde beleid, is dus niet gevrijwaard van aansprakelijkheid.

<b>Van Doorne N.V.</b> Nathalie Aalbers <i>Kandidaat-Notaris</i>	<b>Van Doorne N.V.</b> Annemieke Hendrikse <i>Advocaat</i>
T +31 (0) 20 6789 648/543 F +31 (0) 20 7954 648 M +31 (0) 6 11 388 554 <a href="mailto:aalbers@van-doorne.com">aalbers@van-doorne.com</a>  <a href="http://www.van-doorne.com">www.van-doorne.com</a>	T +31 (0) 20 6789 365 F +31 (0) 20 7954 365 M +31 (0) 6 11 388 608 <a href="mailto:hendrikse@van-doorne.com">hendrikse@van-doorne.com</a>  <a href="http://www.van-doorne.com">www.van-doorne.com</a>

## **Casus**

Woningcorporatie X heeft tien mensen in vaste dienst die het onderhoud aan alle huurwoningen verrichten. Omdat de kwaliteit van de woningen steeds beter wordt en een aantal grote restauratietrajecten achter de rug is, is niet altijd meer genoeg werk voor het onderhoudsbedrijf voorhanden. Mede gelet op het langdurig dienstverband van de tien werknemers is hun ontslag (financieel) geen optie. Bovendien zal de woningcorporatie in de toekomst weer een beroep op hen moeten doen. Het bestuur denkt van de nood een deugd te kunnen maken door het onderhoudsbedrijf zelfstandig in de markt te zetten; huurders en derden kunnen voortaan voor al hun klussen een beroep doen op het onderhoudsbedrijf tegen betaling van marktconforme prijzen. Het bestuur legt het plan aan de raad van commissarissen voor die aan zijn goedkeuring de voorwaarden verbindt dat : (i) het aantal werknemers niet wordt uitgebreid; en (ii) de woningcorporatie altijd voor gaat bij het plannen van werk. Het onderhoudsbedrijf krijgt als snel de nodige opdrachten van derden binnen en maakt het eerste jaar zelfs een kleine winst. Die winst kan de woningcorporatie goed gebruiken om exploitatietekorten op te vangen. Door middel van een lening, waaraan de raad van commissarissen zijn goedkeuring verleent, wordt het wagenpark van het onderhoudsbedrijf uitgebreid. Daarnaast sluit de bestuurder een 10-jarige huurovereenkomst voor een bedrijfsloods. De raad van commissarissen stelt hij daarvan niet op de hoogte. Het bestuur berekent dat al deze investeringen de moeite waard zijn gelet op de daarmee te behalen winst in de komende tien jaar, zodat exploitatieverliezen gecompenseerd kunnen worden en mogelijk zelfs wat reserves opgebouwd kunnen worden.

Na twee jaar breekt de kredietcrisis uit. Het aantal opdrachten voor het onderhoudsbedrijf neemt dramatisch af. Bestuur en raad van commissarissen maken de balans op en besluiten dat het onderhoudsbedrijf voortaan alleen nog in opdracht van de woningcorporatie zal werken. De aangeschafte bestelwagens en de over de lening aan de bank te betalen rente blijken nu zwaar op de balans te drukken. Die ziet er plotsklaps toch al een stuk slechter uit nu de exploitatietekorten over de woningverhuur zichtbaar worden. De raad van commissarissen ziet zich nu ook geconfronteerd met de huurovereenkomst én de weigering van de verhuurder deze voortijdig te beëindigen (althans niet zonder vergoeding van de nog uitstaande huurtermijnen). Tot overmaat van ramp blijkt het onderhoudsbedrijf een onderaannemer te hebben ingeschakeld die failliet is gegaan. De onderaannemer is in de arm genomen om de tijdige oplevering van opdrachten van derden te waarborgen, zodat de tien werknemers de klussen van de woningcorporatie konden klaren.

De opdrachtnemer houdt de woningcorporatie aan de tijdige oplevering van het werk en stelt haar bij voorbaat aansprakelijk voor de slechte kwaliteit van het reeds door de onderaannemer verrichte werk. En passant breidt zij haar aansprakelijkstelling uit tot de bestuurders en commissarissen in privé. Dit niet alleen omdat zij hen verwijt haar belangen niet afdoende te hebben bewaakt maar ook omdat de door de woningcorporatie gepubliceerde cijfers een vertekend beeld zouden hebben getoond door de opbrengsten van het onderhoudsbedrijf. De

opdrachtnemer realiseert zich ook dat de woningcorporatie er weinig rooskleurig voorstaat en de boedel bij een faillissement niet toereikend zal zijn voor haar schade. Zo heeft de bank al een pandrecht op de bestelwagens bedongen.

Bestuur en raad van commissarissen zitten om de tafel en al snel lopen de gemoederen hoog op. Waarom had de bestuurder de raad van commissarissen niet beter geïnformeerd? Hoezo moest de bestuurder begrijpen dat de raad van commissarissen nooit haar akkoord aan de 10-jarige huurovereenkomst zou hebben gegeven? Waarom had de bestuurder zich op basis van het resultaat over slechts één jaar rijk gerekend? Hoezo hoorde de bestuurder deze kanttekening bij de financiële planning nu voor het eerst en niet bij de eerdere bespreking daarvan? Waarom had de bestuurder het onderhoudsbedrijf uitgebreid door het huurcontract en de onderaannemer terwijl dat gelet op de gestelde voorwaarden duidelijk niet de bedoeling was? Hoezo moest de bestuurder begrijpen dat dit de strekking van de voorwaarden zou zijn en had de raad van commissarissen niet altijd enthousiast gereageerd op het behaalde resultaat zonder naar naleving van de voorwaarden te informeren?

De raad van commissarissen verliest het vertrouwen in de bestuurder, die vertrekt. Hij is bereid van een vertrekpremie af te zien maar houdt vast aan een finale kwijting en vrijwaring voor de claim van de onderaannemer. De raad van commissarissen stemt daarmee in omdat hij dit hoofdstuk zo snel mogelijk wil afsluiten. Een nieuwe bestuurder treedt aan en stroopt zijn mouwen op om een einde aan de financiële problemen te maken. Hij kan daarbij niet om het functioneren van zijn voorganger en de raad van commissarissen heen. Hoe hebben zij hun taak als bestuurder respectievelijk toezichthouder vervuld? Zou hij hen aansprakelijk moeten stellen?