

## Een gewaarschuwd commissaris telt voor twee

### *Governance en aansprakelijkheid van de commissaris*

Governance kan worden omschreven als het stelsel van procedures dat betrekking heeft op de besluitvoorbereiding, de besluitvorming en de besluituitvoering binnen een corporatie, alsook op de controle en de verantwoording daarop. Gaat het mis in dit geheel van “checks en balances”, dan kan aansprakelijkheid voor commissarissen een issue worden.

Van commissarissen wordt steeds meer verwacht. Tegelijkertijd neemt het risico van (persoonlijke) aansprakelijkheid toe. Commissarissen zijn onder omstandigheden aansprakelijk in het geval zij zijn tekort geschoten in de uitoefening van hun taken. Wanneer is daarvan sprake, welke vuistregels kan een commissaris in acht nemen en hoe kan een commissaris zich beschermen tegen de risico's van aansprakelijkheid?

### *Taken van de commissaris*

De wettelijke/statutaire taken van een commissaris betreffen:

1. het uitoefenen van toezicht op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de corporatie en de daarmee verbonden onderneming;
2. het invulling geven aan de adviesfunctie richting het bestuur en
3. de vervulling van aan individuele commissarissen opgedragen taken.

Daarnaast is de relatie van de commissaris ten opzichte van de corporatie contractueel van aard en aan te merken als een overeenkomst van opdracht.

Bij de vervulling van zijn taken kan een commissaris geconfronteerd worden met diverse vormen van aansprakelijkheid. Daarbij dient een onderscheid gemaakt te worden tussen *interne* en *externe* aansprakelijkheid.

### *Interne aansprakelijkheid*

Volgens de wet is elke *bestuurder* tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Datzelfde geldt voor een *commissaris*, hetgeen met de inwerking-treding van de Herzieningswet ook voor de commissaris een wettelijke basis zal krijgen. Vervult een commissaris zijn taak onbehoorlijk, dan kan hij voor schade die daarvan het gevolg is aansprakelijk worden gesteld door de corporatie zelf. Deze *interne aansprakelijkheid* is aan de orde als een commissaris een “*ernstig verwijt*” kan worden gemaakt. Of dat ook zo is, zal steeds afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval. Omstandigheden die op dit moment een rol spelen bij het construeren van een “ernstig verwijt” -en dus aansprakelijkheid van een commissaris- zijn:

- Raad acteert op te grote afstand van bestuur
- Raad is niet kritisch ten opzichte van bestuur
- Raad heeft geen zicht op ontwikkelingen
- Raad krijgt niet of onvoldoende informatie van het bestuur
- Raad vraagt te weinig om toelichting door het bestuur
- Het toezicht van de Raad op treasurybeleid en risicobeheersing is onvoldoende
- Integriteitsvraagstukken
- Gebrek aan risicosignalering/risicobeheersing
- Bestuurder eigent zich onrechtmatig financiële en andere voordelen toe in combinatie met falend toezicht

- Inname onverantwoorde grondposities en projectontwikkeling door bestuur met onvoldoende tegenwicht tegen dit risicovolle gedrag
- Bedrijfsmatig: gebrek aan interne administratie, risicobeheersing en onafhankelijke controle
- Raad heeft op financieel terrein onvoldoende kennis
- Raad is op financieel terrein onvoldoende geïnformeerd over risico's
- Niet naleven statutaire verplichtingen
- Aangaan verplichtingen die bij wanbetaling continuïteit onderneming in gevaar brengen
- Waarschuwingen accountant niet opvolgen.

Zijn er meerdere commissarissen, dan is ieder van hen ook in beginsel *hoofdelijk aansprakelijk*.

Ook als opdrachtnemer is de commissaris tot de corporatie tot een behoorlijke vervulling van zijn opdracht gehouden. Schiet de commissaris toerekenbaar tekort in de nakoming van zijn opdracht, dan is schade die de corporatie als gevolg daarvan lijdt voor zijn rekening.

Met de inwerkingtreding van de Herzieningswet wordt bovendien het enquêterecht van toepassing op woningcorporaties verklaard, waarin een bijzondere regeling is opgenomen. Deze houdt in dat de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam kan beslissen dat de corporatie de kosten van de enquête kan verhalen op de commissaris indien uit het verslag van de onderzoekers blijkt dat de commissaris verantwoordelijk is voor *een onjuist beleid of een onbevredigende gang van zaken in de corporatie*. Dit lijkt nog een lagere drempel in te houden dan het "ernstig verwijt" zoals hierboven geschetst en zal dus eerder leiden tot "aansprakelijkheid" van de commissaris.

#### *Externe aansprakelijkheid*

In geval van *externe aansprakelijkheid* wordt de commissaris door een derde aansprakelijk gesteld op basis van onrechtmatige daad wegens onbehoorlijk handelen. Gedacht kan worden aan de situatie dat een bestuurder namens de corporatie een substantiële lening aangaat met een derde, terwijl de bestuurder weet of redelijkerwijze moet begrijpen dat de corporatie deze lening niet zal (kunnen) aflossen. Indien de Raad van Commissarissen bij het aangaan van een dergelijke lening is tekort geschoten in zijn toezichthoudende taak, kan dit onder omstandigheden leiden tot aansprakelijkheid van de commissaris jegens de derde.

Deze externe aansprakelijkheid van commissarissen kan weer worden onderverdeeld in de aansprakelijkheid die het gevolg is van een handelen (of nalaten) van commissarissen en de aansprakelijkheid die het gevolg is van een wettelijk vermoeden van een aansprakelijkheid. In dit verband zijn te noemen aansprakelijkheid ten opzichte van de Belastingdienst, aansprakelijkheid bij faillissement en strafrechtelijke aansprakelijkheid.

In beginsel geldt ook hier een collectieve aansprakelijkheid.

#### *Vuistregels commissarissen*

De volgende vuistregels dienen commissarissen in acht te nemen om zich te wapenen tegen aansprakelijkheid:

- Zorg dat de governance binnen de corporatie op orde is (zie voorbeelden hiervoor genoemd onder "Interne aansprakelijkheid")
- Leef de Governancecode na
- Wees en blijf onafhankelijk ten opzichte van het bestuur
- Hou kritisch toezicht op bestuur
- Voorkom belangenverstremming
- Zorg dat de informatieverstrekking van bestuur, interne controller en accountant op orde is
- Vraag zelf om informatie van bestuur, interne controller en accountant als nodig
- Beperk nevenfuncties tot een aanvaardbaar aantal
- Spreid kennis binnen de Raad en de corporatie
- Sta open voor geluiden van stakeholders, middenveld, Ondernemingsraad en huurdersorganisaties
- Zorg dat de Raad niet gaat besturen
- Zorg voor zelfevaluatie/toetsen toezicht

- Hou deskundigheid op peil.

#### *Decharge, vrijwaring en verzekering*

De risico's van aansprakelijkheid kunnen voorts worden afgedekt door decharge, vrijwaring of verzekering.

De Raad van Commissarissen kan op basis van de jaarstukken constateren dat bestuurders of gewezen commissarissen hun taak behoorlijk hebben vervuld en een *besluit tot decharge* nemen. De corporatie kan bestuurders of gewezen commissarissen dan later niet meer aansprakelijk stellen voor handelen dat in die periode heeft plaatsgevonden. Een dechargebesluit kan echter alleen betrekking hebben op *interne aansprakelijkheid* en heeft alleen effect voor zover *het feiten betreft waarover door het bestuur rekening en verantwoording is gedaan*.

Door *verzekering* worden de risico's van aansprakelijkheid afgewenteld op een verzekeringsmaatschappij tegen betaling van een periodieke premie. Het is de woningcorporatie die de verzekering aangaat en de premies voldoet, terwijl de commissarissen aanspraak kunnen maken op (uitkering op grond van) de verzekering.

Een aansprakelijkheidsverzekering voor commissarissen is algemeen aanvaard; van groot belang daarbij is wel *voor welke risico's of vormen van aansprakelijkheid* een dergelijke verzekering dekking hoort te bieden en de eventuele exoneraties, hetgeen per situatie kan verschillen.

Bij *vrijwaring* worden de risico's van aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen afgewenteld op de woningcorporatie doordat deze verklaart haar commissarissen vrij te zullen houden van nadelige (financiële) gevolgen van acties van derden.

Hoewel vanuit juridische optiek wordt aangenomen dat vrijwaring in beginsel mogelijk moet zijn als aanvulling op een verzekering, gaat het Ministerie van BZK niet (meer) akkoord met de opname van vrijwaringsbepalingen in statuten of reglementen van een corporatie.

Wilt u meer weten over governancevraagstukken, aansprakelijkheid, uw verzekering laten beoordelen of een toelichting binnen uw Raad van Commissarissen verzorgen? Neem dan contact met ons op onder telefoonnummer 06 – 53832435 of per e-mail: [mieke.bastiaanssen@pontefix.nl](mailto:mieke.bastiaanssen@pontefix.nl).

*Jaargang 3, nummer 1*