

MYRTHE STOLP EN WILLEM DE NIJS BIK¹

DE POSITIE VAN BESTUURDERS EN COMMISSARISSEN TER ZAKE VAN RISICOMANAGEMENT

1. INLEIDING

De aandacht voor compliance, als onderdeel van het raamwerk interne controle, is sinds de eeuwwisseling sterk toegenomen als gevolg van de boekhoudschandalen zoals die van Enron, Worldcom, Ahold en Parmalat, waarbij achteraf bleek dat de financiële verantwoording was gemanipuleerd. Het accent kwam toen vooral te liggen op de betrouwbaarheid van de financiële verslaggeving en de naleving van toepasselijke wet- en regelgeving (compliance). Het denken over risicomanagement kreeg met name een impuls door de financiële crisis in 2007-2008 die in belangrijke mate veroorzaakt bleek door falend risicobeleid en -management.² Aldus verbreedde zich de focus van de interne controle van risico's met betrekking tot verslaggeving en compliance, naar het identificeren, analyseren en beheersen van de risico's die het behalen van de doelstellingen van de onderneming kunnen beïnvloeden (risicomanagement). Nu risico's samenhangend met compliance een onderdeel vormen van het bredere concept 'risicomanagement', zullen wij in het vervolg gemakshalve slechts spreken van risicomanagement.

1 Mr. dr. M.M. Stolp en mr. W. de Nijs Bik zijn beiden advocaat bij Houthoff Buruma te Amsterdam.

2 Illustratief daarvoor is het Groenboek van de Europese Commissie van 2 juni 2010 waarin valt te lezen dat verschillende financiële instellingen ten onder zijn gegaan omdat zij de elementaire regels met betrekking tot de beheersing en het beheer van risico's hadden verwaarloosd. Het ging om de volgende gebreken: onvoldoende kennis van risico's door degenen die met het risicomanagement waren belast, onvoldoende autoriteit en bevoegdheden uit hoofde van de risicomanagementfunctie, onvoldoende deskundigheid en ervaring inzake risicobeheer waarbij de risicobeheerfunctie niet het gehele scala aan risico's bestreek waarop moest worden toegezien en het ontbreken van duidelijke, juiste en tijdige informatie met betrekking tot risico's. Europese Commissie, *Groenboek. Corporate Governance in financiële instellingen en het beloningsbeleid*, COM (2010) 284, 2 juni 2010, p. 7-8. Zie: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0284:FIN:NL:PDF>.

Risicomanagement dient onderdeel te zijn van de bedrijfsprocessen en de besluitvorming. Van bestuurders wordt verwacht dat zij anticiperen en tijdig reageren op risico's die relevant zijn voor de kracht en het voortbestaan van de organisatie. Daarom is het ook voor commissarissen van groot belang om toezicht te houden op de wijze waarop het bestuur omgaat met risicomanagement en op de vraag of sprake is van een integere en beheerste bedrijfsvoering. Het belang van risicomanagement kan dan ook niet snel worden overschat. In deze bijdrage gaan wij nader in op de rol en positie van het bestuur en van de raad van commissarissen (RvC) van een naamloze vennootschap ter zake van risicomanagement. Daartoe behandelen wij achtereenvolgens de wijze waarop het wettelijk kader, de Nederlandse Corporate Governance Code (CGC) en de rechtspraak invulling geeft aan deze belangrijke taak van het bestuur en de RvC.

2. TAKEN VAN HET BESTUUR: HET WETTELIJK KADER

De wet beperkt zich tot de summiere en algemene omschrijving dat het bestuur "belast [is] met het besturen van de vennootschap" (artikel 2:129 BW).³ Wat de precieze inhoud is van de bestuurlijke taakopdracht is afhankelijk van verschillende factoren zoals:

- (i) de aard en de omvang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming⁴ en van de eventuele positie van de vennootschap binnen een groep;⁵
- (ii) de inhoud van de statuten en reglementen,⁶ inclusief de statutaire doelomschrijving;⁷
- (iii) de voortdurend veranderende omstandigheden waaronder de vennootschap moet functioneren;⁸ en
- (iv) een eventuele specifieke invulling van de bestuurstaak.

3 Hoewel de wet dit niet expliciet noemt, moet onder 'vennootschap' ook worden verstaan de daarmee verbonden onderneming (vgl. art. 2:129 lid 5 BW); W.J. Slagter/B.F. Assink, *Compendium Ondernemingsrecht* (deel 1), Deventer: Kluwer 2013, § 51; P. van Schilfgaarde/J. Winter, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 42.

4 De taakopdracht van het bestuur van een beursgenoteerde onderneming wordt bijvoorbeeld mede gekleurd door financieelrechtelijke wet- en regelgeving (Wft) en gerelateerde plichten jegens de beleggers: Assink/Slagter 2013, § 51.

5 Als de vennootschap aan het hoofd van een groep staat, dan omvat de bestuurstaak (mede) het leidinggeven aan de groep of de daarvan deel uitmakende groepsmaatschappijen: C. Asser/S. Macijer/G. van Solinge & M. Nieuwe Weme, *De naamloze en besloten vennootschap* (Asser-serie 2-II*), Deventer: Kluwer 2009, nr. 827; S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteyn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2009, nr. IV.3.

6 Zo moet het bestuur bepaalde actoren binnen de vennootschap (bijvoorbeeld de RvC, *non-executives* of de *ava*) in de gelegenheid stellen tot het uitoefenen van bepaalde wettelijke of statutaire rechten, bijvoorbeeld een goedkeuringsrecht (vgl. art. 2:107a en 2:164 BW en zie principe IV.1 CGC en best practice II.1.2 en II.3.2 CGC).

7 De wijze waarop het doel van de vennootschap in de statuten is omschreven, begrenst de handlingsvrijheid van de vennootschap en daarmee van haar bestuur (art. 2:7 BW).

8 Verkeert de vennootschap bijvoorbeeld in financieel zwaar weer en is sprake van dreigende insolventie dan zal het bestuur tot taak hebben het faillissement te vermijden.

Hoewel de wet dit niet met zoveel woorden vermeldt, wordt algemeen aangenomen dat onder 'besturen' in de zin van artikel 2:129 BW in ieder geval moet worden verstaan het dragen van de verantwoordelijkheid voor de dagelijkse gang van zaken,⁹ maar ook voor de doelstelling(en), de strategie,¹⁰ het (financieel) beleid alsmede de daaruit voortvloeiende resultatenontwikkeling¹¹ en voor risicomanagement/-beheersing.¹²

Behalve de verantwoordelijkheid voor de dagelijkse gang van zaken en (de uitvoering van) het beleid, heeft het bestuur van een vennootschap de wettelijke taak, of beter: de verplichting, om tijdig een jaarrekening en een jaarverslag op te maken (artikel 2:101 BW) en de daarmee samenhangende administratie- en publicatieverplichtingen van het bestuur (artikel 2:10 BW resp. artikel 2:394 BW).¹³ Artikel 2:10 BW verplicht het bestuur om op zodanige wijze administratie te voeren dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de vennootschap kunnen worden gekend en artikel 2:394 BW brengt mee dat het bestuur tijdig de jaarrekening moet publiceren.¹⁴ Deze administratie- en publicatieverplichtingen worden door de wetgever gezien als behorende tot de elementaire bestuurdersverplichtingen.¹⁵

2.1 Risicomanagement: kerntaak van het bestuur

Toegesplitst op het onderwerp van deze bijdrage is van belang op te merken dat algemeen wordt aangenomen dat het een kerntaak is van het bestuur om – ten minste op hoofdlijnen – toezicht te houden op de gang van zaken binnen de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming, in het bijzonder ter zake (i) van de naleving van wet- en regelgeving door de vennootschap en/of de onderneming en (ii) van de beheersing van risico's die voortvloeien uit de activiteiten van

- 9 Zie ook art. 2:9 lid 2 BW waarin is opgenomen dat een bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken.
- 10 Volgens vaste rechtspraak berust de strategiebepaling en -uitvoering bij het bestuur: HR 13 juli 2007, *NJ* 2007, 434 (*ABN AMRO*); OK 17 januari 2007, «JOR» 2007/42 (*Stork*); HR 9 juli 2010, *NJ* 2010, 544 (*ASMT*). Dit omdat het bestuur bij de vervulling van zijn taken het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming voorop behoort te stellen en de belangen van alle betrokkenen bij zijn besluitvorming dient te betrekken.
- 11 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 390 e.v. en Van Schilfgaarde/Winter 2009, nr. 42.
- 12 D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid. Een maatpak voor de Board Room* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2010, p. 275.
- 13 Aan deze bestuurstaken komt bijzonder gewicht toe als de betreffende vennootschap een beursgenoteerde vennootschap is: Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, «JOR» 2013/237.
- 14 Deze jaarrekening moet volgens de normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd, getrouw, duidelijk en stelselmatig het vermogen en resultaat van de vennootschap weergeven (art. 2:362 BW). Indien de jaarrekening, de tussentijdse cijfers of het jaarverslag een misleidende voorstelling van zaken geven, is het bestuur aansprakelijk voor de schade die derden hierdoor lijden (art. 2:139/249 BW).
- 15 Volgens de wetgever vormen deze verplichtingen namelijk de belangrijkste wettelijke waarborg dat er in de vennootschap een ordelijk, verantwoordelijk en nauwgezet bestuur wordt gevoerd: *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, 6, p. 27 (MvA).

de vennootschap, alsmede van de uitvoering daarvan.¹⁶ Dit betekent dat de vennootschap een daarop ingericht beheers- en controlesysteem kent waarop (door het bestuur) beleid gevoerd moet worden (vgl. artikel 2:141 lid 2 BW).

Kent de vennootschap een RvC dan moet het bestuur tevens de RvC tijdig van de voor diens taak noodzakelijke gegevens voorzien en de RvC minstens eenmaal per jaar schriftelijk informeren over de hoofdlijnen van het strategisch beleid, de algemene en financiële risico's en het beheers- en controlesysteem van de vennootschap (artikel 2:141 BW).

Boek 2 BW kent enkele specifieke bepalingen over risicomanagement.¹⁷ Deze bepalingen zien op de door de vennootschap (lees: het bestuur) te betrachten transparantie ter zake van de risico's en de beheersing daarvan in het bestuursverslag (jaarverslag). Zo moet het jaarverslag een beschrijving geven van de voornaamste risico's en onzekerheden waarmee de vennootschap wordt geconfronteerd (artikel 2:391 lid 1 BW).¹⁸ In het jaarverslag moeten mededelingen worden gedaan over de verwachte gang van zaken; daarbij moet, voor zover gewichtige belangen zich daartegen niet verzetten, in het bijzonder aandacht worden besteed aan de investeringen, de financiering en de personeelsbezetting en aan de omstandigheden waarvan de ontwikkeling van de omzet en de rentabiliteit afhankelijk is (artikel 2:391 lid 2 BW). Verder moeten in het jaarverslag de doelstellingen en het beleid van de vennootschap inzake risicobeheersing worden vermeld waar het gaat om het gebruik van financiële instrumenten en voor zover dat van betekenis is voor de beoordeling van haar activa, passiva, financiële toestand en resultaat. Daarbij moet aandacht worden besteed aan het beleid inzake de afdekking van risico's verbonden aan alle belangrijke soorten voorgenomen transacties en de door de vennootschap gelopen prijs-, krediet-, liquiditeits- en kasstroomrisico's (artikel 2:391 lid 3 BW).

Nu risicomanagement een kerntaak van het bestuur is, geldt dat alle bestuurders daarvoor collectief verantwoordelijk zijn.¹⁹

16 Strik 2010, p. 275; B.F. Assink, 'Facetten van verantwoordelijkheid in hedendaags ondernemingsbestuur', in: B.F. Assink & D.A.M.H.W. Strik, *Ondernemingsbestuur en risicobeheersing op de drempel van een nieuw decennium: een ondernemingsrechtelijke analyse* (Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht'), Deventer: Kluwer 2009, p. 82.

17 Voor financiële instellingen gelden daarnaast specifieke regelingen die primair voortvloeien uit de Wet op het financieel toezicht (Wft) en verwante wet- en regelgeving, waaronder de Code Banken.

18 Er moet een evenwichtige en volledige analyse worden gegeven waarbij aandacht moet worden geschonken aan de resultaten en de positie van de vennootschap, maar ook aan niet-financiële essentiële prestatie-indicatoren, zoals milieu- en personeelsaangelegenheden: *Kamerstukken II* 2003/04, 29737, nr. 3, p. 24 (MvT).

19 Net als geldt voor de strategie en het financiële beleid. Dit neemt niet weg dat onder omstandigheden disculpatie mogelijk is, bijvoorbeeld als de bestuurder ten tijde van de onbehoorlijke vervulling van de taken ter zake van risicomanagement nog niet was aangetreden dan wel gezien de op het gebied van (operationeel) risicobeleid gemaakte taakverdeling: zie nader Strik 2010, p. 319-327.

3. TAKEN VAN HET BESTUUR: CODE EN REGLEMENTEN

De Corporate Governance Code (CGC)²⁰ bevat formeel slechts voor beursgenoteerde nv's *principes* en *best practice*-bepalingen, maar onomstreden is dat de CGC een bredere werking heeft. Zo speelt de CGC ook buiten de kring van beursgenoteerde ondernemingen een duidelijke rol bij opvattingen over de vraag hoe invulling te geven aan het vraagstuk van corporate governance, terwijl steeds meer grote niet-beursgenoteerde ondernemingen en familiebedrijven de code op vrijwillige basis volgen (reflexwerking).

Volgens principe II.1 CGC is het bestuur belast met het besturen van de vennootschap. Anders dan in de wet wordt door de CGC wel nader aangegeven wat zoal onder "besturen" dient te worden verstaan. Zo bepaalt principe II.1 CGC dat het besturen van de vennootschap onder meer inhoudt dat het bestuur verantwoordelijk is voor de realisatie van de doelstellingen van de vennootschap, de strategie met het bijbehorende risicoprofiel, de resultatenontwikkeling en de voor de onderneming relevante maatschappelijke aspecten van ondernemen. Het bestuur legt hierover verantwoording af aan de RvC en aan de algemene vergadering van aandeelhouders, en het bestuur verschaft de RvC tijdig alle informatie die nodig is voor de uitoefening van de taak van de RvC.

Voorts bepaalt principe II.1 CGC expliciet dat het bestuur verantwoordelijk is voor de naleving van alle relevante wet- en regelgeving, voor het beheersen van risico's verbonden aan de ondernemingsactiviteiten en voor de financiering van de vennootschap. Het bestuur rapporteert hierover aan en bespreekt de interne risicobeheersings- en controlesystemen met de RvC en de auditcommissie.

3.1 *Risicomanagement: best practices*

Met het oog op de taken van het bestuur ter zake van de naleving van alle relevante wet- en regelgeving (compliance) en ter zake van de risicobeheersing bevat de CGC diverse best practices. Daaruit volgt, kort samengevat, het volgende.

Ten eerste is in de vennootschap een op de vennootschap toegesneden intern risicobeheersings- en controlesysteem aanwezig, met als instrumenten in ieder geval (i) risicoanalyses van de operationele en financiële doelstellingen van de vennootschap, (ii) een gedragscode die op de website van de vennootschap wordt geplaatst, (iii) handleidingen voor de inrichting van de financiële verslaggeving en de voor de opstelling daarvan te volgen procedures en (iv) een systeem van monitoring en rapportering (best practice II.1.3 CGC).

20 De CGC (uit 2003) is op 1 januari 2004 in werking getreden en een herziene versie (uit 2008) trad in werking op 1 januari 2009. Veel andere governancecodes die voor bepaalde sectoren (zoals het onderwijs, de zorg, woningcorporaties, het bankwezen, verzekeraars en voor product- en bedrijfsschappen) zijn opgesteld, zijn mede gebaseerd op de systematiek en een aantal uitgangspunten van de CGC.

Daarnaast geeft het bestuur in het jaarverslag (i) een beschrijving van de voornaamste risico's gerelateerd aan de strategie van de vennootschap,²¹ (ii) een beschrijving van de opzet en werking van de interne risicobeheersings- en controlesystemen met betrekking tot de voornaamste risico's in het boekjaar en (iii) een beschrijving van eventuele belangrijke tekortkomingen in de interne risicobeheersings- en controlesystemen die in het boekjaar zijn geconstateerd, welke eventuele significante wijzigingen in die systemen zijn aangebracht, welke eventuele belangrijke verbeteringen van die systemen zijn gepland en dat een en ander met de auditcommissie en de RvC is besproken (best practice II.1.4 CGC²²).

In het jaarverslag verklaart het bestuur voorts ten aanzien van financiële verslaggevingsrisico's (i) dat de interne risicobeheersings- en controlesystemen een redelijke mate van zekerheid geven, dat de financiële verslaggeving geen onjuistheden van materieel belang bevat, en (ii) dat de risicobeheersings- en controlesystemen in het verslagjaar naar behoren hebben gewerkt. Het bestuur geeft hiervan een duidelijke onderbouwing (best practice II.1.5 CGC).

Tevens rapporteert het bestuur in het jaarverslag over de gevoeligheid van de resultaten van de vennootschap ten aanzien van externe omstandigheden en variabelen (best practice II.1.6 CGC).

Voor deze best practice-bepalingen geldt het *comply or explain*-principe; het bestuur mag ervan afwijken mits op afdoende gemotiveerde wijze.

3.2 Belang van statuten, reglementen, interne richtlijnen, criteria en besluiten

Het vorenstaande toont dat de wet en de code slechts een algemeen raamwerk geven dat in grote lijnen de verplichtingen voor het bestuur uiteenzet ten aanzien van risicomanagement en externe mededelingen over risico's en risicobeheersing. Het bevat geen concrete richtlijnen voor bestuurders hoe zij hun taken op het gebied van risicomanagement behoorlijk moeten vervullen en welke normen, methoden en richtsnoeren hierbij gehanteerd moeten worden.

In de praktijk zijn de meest concrete regels op het gebied van risicomanagement dan ook de interne regels en criteria die binnen een onderneming, via vastlegging daarvan in de statuten, reglementen of anderszins, worden opgesteld. In deze interne regelgeving kan ook een verdeling van de taken, bevoegdheden, verantwoordelijkheden en rapportagelijnen met betrekking tot (het toezicht op) de operationele en financiële risicofunctie worden opgenomen.

Zoals hierna nader wordt toegelicht, volgt uit de rechtspraak dat bij de beoordeling van bestuurshandelen op het gebied van risicomanagement en het toezicht hierop door de RvC, met name wordt aangehaakt bij intern geldende regels, criteria, richtlijnen en besluiten. Een ander belangrijk gezichtspunt in de recht-

21 Blijkens de toelichting die de CGC op p. 93 bij dit onderdeel geeft, worden daaronder operationele en strategische risico's, financiële risico's, wet- en regelgevingsrisico's en financiële verslaggevingsrisico's begrepen.

22 Zie voor een klokkenluidersregeling best practice II.1.7 CGC.

spraak bij de beoordeling van de taakvervulling ter zake van risicomanagement is het belang van de proceszorgvuldigheid; zijn risicoafwegingen en belangrijke besluiten op zorgvuldige wijze verricht respectievelijk tot stand gekomen?²³

4. JURISPRUDENTIE EN RECENTE ONTWIKKELINGEN

Het beeld in de rechtspraak op het gebied van risicomanagement is tamelijk versnipperd, nu daarin vaak slechts onderdelen van risicomanagement spelen en de problematiek niet altijd expliciet als zodanig wordt benoemd.²⁴ Eén ding is zeker, de lat voor persoonlijke aansprakelijkheid wegens falend risicomanagement ligt hoog. Zo heeft de Hoge Raad overwogen dat voor het aannemen van aansprakelijkheid van een bestuurder van een vennootschap hogere eisen gelden dan in het algemeen het geval is. Voor bestuurdersaansprakelijkheid is namelijk vereist dat de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.²⁵ De rechtvaardiging van deze hoge aansprakelijkheidsdrempel is volgens de Hoge Raad gelegen (i) in de omstandigheid dat ten opzichte van de getroffen wederpartij primair sprake is van handelingen van de vennootschap en (ii) in het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen.²⁶ Er moet, kortom, ruimte zijn om te ondernemen en om risico's te nemen zonder dat aansprakelijkheid ontstaat.²⁷ Voor de vervulling van de taken ter zake van risicomanagement kan de aard van het (af te wegen) risico overigens wel van groot belang zijn. Zo valt een onderscheid te maken tussen compliance- en financiëleverslaggevingsrisico's enerzijds en operationele en strategische risico's anderzijds.²⁸ Bij compliance- en financiëleverslaggevingsrisico's gaat het om het voldoen aan door de overheid opgelegde wet- en regelgeving. In dat geval bestaat voor het bestuur (veel) minder beleidsvrijheid om een bereidheid aan te nemen tot het aanvaarden van het risico om niet te voldoen aan wet- en regelgeving; de risicobereidheid moet gering zijn. Dit geldt met name als het gaat om compliance van wet- en regelgeving met duidelijke normen en specifieke criteria.

23 Strik 2010, p. 310-311.

24 Strik 2010, p. 278.

25 Dit criterium geldt zowel voor interne aansprakelijkheid jegens de vennootschap (art. 2:9 BW) als voor de mogelijke externe aansprakelijkheid jegens derden (art. 6:162 BW). Een belangrijk verschil daarbij is dat de interne aansprakelijkheid een collectieve (hoofdelijke) aansprakelijkheid betreft. Voor de externe aansprakelijkheid geldt dit niet.

26 HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 21 (*Hezemans/Van der Meer*); HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 22 (*RCIIKastrop*). Vgl. ook HR 10 oktober 2014, «JOR» 2014/297 (*Pommé c.s./mr. Bisscheroux q.q.*) en HR 6 februari 2015, «JOR» 2015/102 (*Crane Services/Antea c.s.*) waarin naar de 5 september-arresten wordt verwezen. Reeds eerder: HR 20 juni 2008, *NJ* 2009, 21 (*Willemsen/NOM*).

27 Dit is ook de opvatting van de wetgever: *Kamerstukken II* 2008/09, 31763, 3, p. 9-10; *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, 6, p. 34; *Kamerstukken II* 1985/86, 16631, p. 6337.

28 Strik 2010, p. 244.

Betreft het daarentegen operationele en strategische risico's, en daarmee de uitgezette strategie, dan beschikt het bestuur wel over een grote mate van beleidsvrijheid. Dit brengt mee dat het bestuurshandelen met betrekking tot de beheersing van deze risico's terughoudend wordt getoetst en van aansprakelijkheid niet snel sprake is.²⁹

De beleidsvrijheid van het bestuur is evenwel niet onbegrensd. Zo wordt deze vrijheid beïnvloed door onder meer de aard van de onderneming, het doel van de vennootschap, de aard van de activiteiten, de statuten en overige interne richtlijnen, de mate waarin de diverse stakeholders en – eventueel – de samenleving als geheel belang hebben bij de resultaten van het risicobeleid³⁰ alsmede de (gecommuniceerde) risicobereidheid (*risk appetite*).³¹

Uit de rechtspraak volgt dat bij de beoordeling van het risicobeleid de zorgvuldigheid van het besluitvormingsproces van groot belang is; heeft het bestuur zich afdoende laten informeren en is desnoods verder onderzoek ingesteld naar de mogelijke risico's en de waarschijnlijkheid en effecten daarvan en heeft een afgewogen besluitvorming plaatsgevonden?³² Bij de beoordeling hiervan wordt niet alleen gekeken naar de daadwerkelijke kennis en vaardigheden waarover een bestuurder in het concrete geval beschikte, maar gaat het om wat van een redelijk bekwame bestuurder aan vaardigheden en inzicht verwacht mag worden op het gebied van risico-identificatie en -analyse.³³ Ook bij het schatten van de waarschijnlijkheid of gevolgen van een (geïdentificeerd) risico wordt het bestuur door de rechtspraak een ruime marge verleend, mits deze risicoschatting gebaseerd is op weloverwogen gronden.³⁴

Als risicobeheersings- en controlesystemen ontbreken of als sprake is van een gebrekkige inrichting en werking van deze systemen dan wel als de besluitvorming ter zake van risicobeheersing niet gebaseerd is op adequate informatie en/of

29 OK 5 april 2012, «JOR» 2013/41 (*Fortis*), r.o. 4.3: “De beoordeling en afweging van de risico's is voorwerp van het beleid van het bestuur.” en OK 2 september 2004, *ARO* 2004, 107 en OK 16 oktober 2003, «JOR» 2003/260 (*Laurus*) waarin de keuze voor de risicovolle strategie als zodanig nog geen wanbeleid opleverde. Het primaat van de strategiebepaling en -uitvoering rust bij het bestuur (evt. onder toezicht van de RvC): HR 13 juli 2007, *NJ* 2007, 434 (*ABN AMRO*); OK 17 januari 2007, «JOR» 2007/42 (*Stork*); HR 9 juli 2010, *NJ* 2010, 544 (*ASMT*).

30 HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 (*Staleman Van de Ven*); OK 5 april 2012, «JOR» 2013/41 (*Fortis*), r.o. 4.3.

31 Strik 2010, p. 280.

32 OK 18 februari 2013, «JOR» 2013/41 (*Fortis*) waar geoordeeld werd dat bij de solvabiliteitsplanning onvoldoende rekening is gehouden met relevante onzekerheden en te lang werd gewacht met het concretiseren van voldoende alternatieven en additionele maatregelen. Het wanbeleidoordeel werd door de Hoge Raad in stand gelaten: HR 6 december 2013, *NJ* 2014, 167 (*Fortis*); Rb. Utrecht 12 december 2007, «JOR» 2008/10 (*Ceteco*); OK 21 januari 2002, «JOR» 2002/28 (*HBG*).

33 HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 (*Staleman Van der Ven*); HR 8 april 2005, *NJ* 2006, 443 (*Laurus*); HR 8 juni 2001, *NJ* 2001, 454 (*Panmo*).

34 HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 270 (*Henkel*); Rb. Utrecht 12 december 2007, «JOR» 2008/10 (*Ceteco*), r.o. 5.165; Rb. Rotterdam 9 mei 2007, «JIN» 2007/321 (*Tamoil*).

een zorgvuldige risicoanalyse ontbreekt, kan wanbeleid en/of persoonlijke aansprakelijkheid in beeld komen.³⁵

De vereisten die aan de risicobeheersings- en controlesystemen mogen worden gesteld, zullen overigens afhangen van de aard, omvang, complexiteit en levensfase van de onderneming, gebruiken binnen de branche en de aard van de gelopen risico's.³⁶ Ten aanzien van de kwaliteit en werking van de systemen geldt dat het bestuur actief en alert moet zijn. Zo moeten de systemen worden aangepast als de organisatie groeit of anderszins wijzigingen ondergaat.³⁷

Evenzo ligt aansprakelijkheid op de loer als de bestuurder in strijd handelt met (interne) beleidsregels, afspraken en uitgangspunten die ten doel hebben de processen en beslissingen binnen de organisatie inzichtelijk te houden en de risico's zichtbaar te maken en binnen beheersbare grenzen te houden.³⁸ Ook kan een bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt worden gemaakt als hij in strijd met het (vastgestelde) risicomanagementbeleid handelt en aldus bezien onverantwoorde risico's aangaat.³⁹

Het is daarom van belang dat bij het opstellen van interne regels ter zake van risicomanagement de implementatie- en nalevingsmogelijkheden ervan goed onder ogen worden gezien en dat onderzocht wordt of de opgestelde interne regelgeving wordt nageleefd, opdat vervolgens kan worden bijgestuurd of ingegrepen.⁴⁰ Daarbij moet worden bedacht dat "kennis over misstanden verplicht tot ingrijpen".⁴¹

35 OK 9 juli 2014, «JOR» 2014/298 (*Greenchoice*) waar de OK bij haar oordeel dat sprake was van wanbeleid onder meer in aanmerking nam dat ondanks dat de vennootschap opereerde op een sterk gereguleerde markt (de energiemarkt) er weinig aandacht was voor wet- en regelgeving. Het ontbreken van een *compliance officer* en een compliancesysteem werd als een belangrijk gebrek gezien; HR 6 december 2013, *NJ* 2014, 167 (*Fortis*); OK 15 februari 2013, «JOR» 2013/102 (*Van der Moolen*); Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, «JOR» 2013/237 (*Landis*); Rb. Utrecht 12 december 2007, «JOR» 2008/10 (*Ceteco*); OK 6 januari 2005, «JOR» 2005/6 (*Ahold*); OK 28 december 2006, ARO 2007, 7 (*KPNQwest*); HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 466 (*Ogem*).

36 Strik 2010, p. 284.

37 Vgl. OK 9 juli 1998, «JOR» 1998/112 (*Vie d'Or*), r.o. 6.4.3; Rb. Utrecht 12 december 2007, «JOR» 2008/110 (*Ceteco*), r.o. 5.74 en 5.99; OK 6 januari 2005, «JOR» 2005/6 (*Ahold*), r.o. 3.40.

38 Rb. Utrecht 12 december 2007, «JOR» 2008/10 (*Ceteco*) en zie ook HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 455 (*Schwandt/Berghuizer Papierfabriek*) waar de bestuurder in strijd met een statutaire bepaling had gehandeld die de vennootschap beoogde te beschermen hetgeen volgens de Hoge Raad als een zwaarwegende omstandigheid moet worden aangemerkt die in beginsel de aansprakelijkheid van de bestuurder vestigt. In zelfde zin HR 20 juni 2008, *NJ* 2009, 21 (*Willemsen/NOM*) met betrekking tot de door de statuten beschermde belangen van derden.

39 Rb. Rotterdam 21 november 2012, «JOR» 2013/69 (*Blauwhoed*).

40 Strik 2010, p. 300-301 en zie HR 8 april 2005, «JOR» 2005/119 (*Laurus*), r.o. 3.4, 3.8-3.9; Rb. Utrecht 12 december 2007, «JOR» 2008/110 (*Ceteco*), r.o. 5.52, 5.54-5.55 en 5.96.

41 *Kamerstukken II* 2008/09, 31763, 6.

5. CONCLUSIE: ZORGVULDIG BESTUUR OP HET GEBIED VAN RISICOMANAGEMENT

De eisen waaraan een zorgvuldig bestuurder op het gebied van risicomanagement blijkens het voorgaande moet voldoen, kunnen als volgt samengevat worden.⁴²

- (i) Een bestuurder moet ervoor zorgen dat er op de aard en omvang van de onderneming en haar activiteiten toegesneden processen aanwezig zijn die zorgen dat belangrijke risico's binnen de onderneming worden gesignaleerd, dat deze transparant worden gemaakt binnen de organisatie en worden gerapporteerd aan het bestuur, waardoor het bestuur in staat wordt gesteld om:
 - (a) goed geïnformeerde beslissingen te nemen;
 - (b) zo veel mogelijk verrassingen te voorkomen opdat verliezen zo veel mogelijk worden geleden daar waar het bestuur dit heeft ingecalculiseerd en in de omvang waarmee het bestuur rekening heeft gehouden;
 - (c) tijdig in te grijpen als risico's zich verwezenlijken; en
 - (d) de juiste informatie openbaar te maken over risico's en risicobeheersing binnen de onderneming.
- (ii) Het bestuur moet verder erop toezien dat er een interne controle is die erop toeziet dat deze processen worden geïmplementeerd, nageleefd en gehandhaafd.
- (iii) Als er aanwijzingen zijn dat sprake is van een belangrijke zwakte in de (werking van de) systemen dan moet het bestuur daarnaar onderzoek (laten) instellen.
- (iv) Bij materiële incidenten (overtreding van wet- en regelgeving, interne richtlijnen, fraude of corruptie) moet het bestuur handelen door óf de regels te handhaven óf na een afgewogen besluitvorming te beslissen niet te handhaven of procedures aan te passen.

6. TAKEN VAN DE RvC: HET WETTELIJK KADER

De RvC heeft twee wettelijke kerntaken: (i) het houden van toezicht op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming en (ii) het met raad ter zijde staan van het bestuur (artikel 2:140 lid 2 BW).⁴³ Het gaat bij het toezicht en het advies in principe om de algemene lijnen van het bestuursbeleid. Het toezicht door een RvC dient zich niet te beperken tot een toetsing achteraf van het gevoerde beleid, maar moet zich ook uitstrekken tot de algemene lijn van nog te voeren beleid op langere termijn (toezicht vooraf).⁴⁴ In concernverhoudingen houdt het toezicht tevens in het toezicht op het concernbeleid van het bestuur; de RvC van de moeder houdt dus geen rechtstreeks toezicht op de organen van de dochter.

42 In deze zin: Strik 2010, p. 311-312.

43 Bij de vervulling van hun taken dienen de commissarissen zich te richten tot het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming (art. 2:140 lid 2 BW).

44 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 487.

Onder toezicht op het bestuursbeleid en de algemene gang van zaken dient in ieder geval te worden verstaan: het toezicht op hoofdlijnen van het strategisch beleid, de algemene risico's en de financiële risico's alsmede de beheers- en controlesystemen van de vennootschap. Dit zijn immers punten waarop het bestuur de RvC dient te informeren op grond van artikel 2:141 lid 2 BW.

Het bestuur is, zoals in het voorgaande al is toegelicht, verantwoordelijk voor de kwaliteit en de volledigheid van de openbaar gemaakte financiële berichten en de RvC ziet erop toe dat het bestuur deze verantwoordelijkheid vervult.

6.1 Informatievoorziening aan de RvC

Commissarissen zijn bij hun taakuitoefening goeddeels afhankelijk van de door het bestuur te verschaffen informatie.⁴⁵ Op het bestuur rust een informatieplicht; het bestuur moet de RvC immers tijdig de voor uitoefening van zijn taak noodzakelijke gegevens verstrekken, waaronder (ten minste één keer per jaar) gegevens betreffende de algemene en financiële risico's en het beheers- en controlesysteem (artikel 2:141 BW). De RvC mag afgaan op de betrouwbaar voorkomende informatie die hem wordt verstrekt.⁴⁶ Soms zullen de omstandigheden (met het oog op de continuïteit van de onderneming) meebrengen dat de RvC het toezicht moet intensiveren en niet langer genoeg mag nemen met de informatie die het bestuur normaliter aan hem verstrekt. De RvC zal dan kritische vragen moeten stellen, adequate (vervolg)informatie moeten verlangen en zo nodig zelf (nadere) noodzakelijke informatie vergaren.⁴⁷ Wij zouden willen aannemen dat ook bij *key employees* van dochterondernemingen informatie kan worden ingewonnen; alhoewel, als gezegd, het toezicht niet direct ziet op deze functionarissen. Soms zal het echter voor de uitoefening van de toezichtstaak op holdingniveau, zeker wanneer er bijvoorbeeld ook verdenkingen zijn ten aanzien van de holdingbestuurders, noodzakelijk zijn om via een 'lager echelon' aan de juiste informatie te komen.

Voorts moet de jaarrekening mede door de commissarissen worden ondertekend (artikel 2:101 lid 2 BW). Met het ondertekenen van de jaarrekening aanvaarden de commissarissen een medeverantwoordelijkheid voor de juistheid ervan. Van de RvC mag (daarom) worden verwacht dat hij de conceptjaarrekening indringend bespreekt met het bestuur, het liefst in aanwezigheid van de accountant. Daarbij zullen de algemene lijnen (zoals grondslagen waardebeoordeling, reserveringen, voorzieningen, afschrijvin-

45 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 514.

46 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 487 (met verwijzing naar Rb. Breda 1 mei 1990, *NJ* 1990, 740 (*Tilburgse Hypotheekbank*)), 492 en 514; M.L. Lennarts, *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 2013, art. 2:141 BW, aant. 2 (met verwijzing naar HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 466 (*Ogem*) en OK 16 oktober 2003, «*JOR*» 2003/85 (*Laurus*)).

47 HR 28 juni 1996, *NJ* 1996, 85 (*Bodam Jachtservice*); Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 487 en nr. 492; A-G Timmerman in zijn conclusie onder nr. 3.39 vóór HR 8 april 2005, *NJ* 2006, 443 (*Laurus*).

gen) en de eventuele knelpunten van de conceptjaarrekening expliciet aan de orde moeten worden gesteld.

Daarnaast laat de RvC zich ter zake informeren en adviseren door de externe accountant. De accountant brengt omtrent zijn onderzoek van de jaarrekening verslag uit aan de RvC. Dit verslag is het voornaamste hulpmiddel voor de RvC bij het uitoefenen van zijn toezicht.⁴⁸ In het accountantsverslag maakt de accountant ten minste melding van zijn bevindingen met betrekking tot de betrouwbaarheid en continuïteit van de geautomatiseerde gegevensverwerking (artikel 2:393 lid 4 BW). De RvC mag in beginsel vertrouwen op het oordeel van de accountant over (de naleving door het bestuur van) de administratieplicht van artikel 2:10 BW.⁴⁹ De accountant is erbij wanneer de RvC besluit over de goedkeuring van de jaarrekening. Overigens neemt het accountantsverslag niet weg dat de commissarissen de gang van zaken kritisch moeten blijven volgen, terwijl bovendien van hen geëist mag worden dat zij de informatie die door de accountant wordt aangedragen ook kritisch bezien.⁵⁰

7. DE TAKEN VAN DE RvC: CODE EN REGLEMENTEN

Het wettelijk kader biedt de RvC dus weinig houvast, zeker waar het het toezicht op de risicobeheersings- en controlesystemen betreft. Nadere invulling van de toezichtstaak vindt men in de CGC.

De CGC bepaalt dat het toezicht – onder andere – omvat (i) de strategie en de risico's verbonden aan de ondernemingsactiviteiten, (ii) de opzet en de werking van de interne risicobeheersings- en controlesystemen en (iii) de naleving van de wet- en regelgeving (best practice III.1.6). Hiervoor is dus bijzondere aandacht geboden, onder andere door deze onderwerpen ten minste één keer per jaar te bespreken en daarvan verslag te doen (best practice III.1.8 CGC). Zoals gezegd, kan de RvC desgewenst informatie inwinnen van functionarissen, de ondernemingsraad en externe adviseurs (waaronder de accountant) van de vennootschap. Om het begrip van de leden van de RvC ten opzichte van de risico's van de onderneming te vergroten dienen zij een introductieprogramma te volgen (best practice III.3.3).

48 *Kamerstukken II 1979/80*, 15304, 6, p. 38: "Omdat over de tussentijdse cijfers geen accountantsverslag wordt opgemaakt, ontbreekt het voornaamste hulpmiddel voor de commissarissen bij het uitoefenen van hun toezicht."

49 Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, 459 (c) ("Naar ons oordeel mag het bestuur ervan uitgaan dat het aan deze eisen heeft voldaan in geval de jaarrekening door een registeraccountant is goedgekeurd (...)", met verwijzing naar Hof Den Bosch 13 juli 2004, «JOR» 2004/292 (*Faast/Luchtman*). Nu het bestuur mag vertrouwen op de goedkeurende accountantsverklaring, geldt dat zeker (ook) voor de RvC.

50 Rb. Breda 1 mei 1990, *NJ* 1990, 740 (*THB*). Zie Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 487.

De CGC bepaalt verder dat wanneer de RvC uit méér dan vier leden bestaat, er drie kerncommissies moeten worden ingesteld, waaronder de voor ons onderwerp belangrijke auditcommissie (principe III.5).

De auditcommissie richt zich, kort gezegd, op de werking van de risicobeheersings- en controlesystemen, naleving van wet- en regelgeving en accounting aspecten.

Belangrijk is dat de auditcommissie ook het eerste aanspreekpunt is van de accountant bij onregelmatigheden. In de praktijk vormt de auditcommissie bij bijvoorbeeld fraudegevallen een belangrijke en controlerende rol. Binnen de auditcommissie zal altijd financiële expertise aanwezig zijn (best practice III.5.7). Daarnaast is het raadzaam ook een jurist in de auditcommissie op te nemen vanwege het feit dat de commissie ook op naleving van relevante wet- en regelgeving moet toezien. Daarbij kan worden gedacht aan de Wft (publicatieverplichtingen, *insider trading issues*, etc.), het Wetboek van Strafrecht en antifraude- en corruptieregelingen, zowel nationaal als internationaal.

De CGC en de wet erkennen de mogelijkheid voor het vormen van een *one-tier board*, waarbij zowel dagelijkse bestuurders (CEO, CFO, et cetera) als *non-executives* zitting hebben. De code bepaalt dat de one-tier board de hiervoor beschreven bepalingen van hoofdstuk III.5 toepast (best practice III.8.3).

Tot slot een kort woord over de reglementen. De RvC en zijn kerncommissies stellen voor hun functioneren elk een reglement op. Daarin wordt de rol en de verantwoordelijkheid van het betreffende 'orgaan' nader beschreven. Daarnaast wordt iets gezegd over de samenstelling en op welke wijze de taken worden uitgeoefend. Een rooster van aftreden en vergaderfrequentie worden meestal ook opgenomen.

Geconcludeerd kan dus worden dat uit de wet en de code volgt dat risicobeheersing een belangrijk onderdeel is van het toezicht. Daarbij moet worden bedacht dat de RvC uiteindelijk het laatste toetsingsorgaan is. In de jurisprudentie, die hierna wordt besproken, valt de trend te ontwaren dat commissarissen nadrukkelijker dienen te sturen op het maken van risicoafwegingen.

8. JURISPRUDENTIE EN RECENTE ONTWIKKELINGEN

Evenals geldt voor bestuurders ligt de lat voor persoonlijke aansprakelijkheid ook voor commissarissen hoog. Er moet sprake zijn van een ernstig persoonlijk verwijt dat een commissaris bij de uitoefening van het toezicht kan worden gemaakt.

Doorgaans zal deze aansprakelijkheid aan de orde komen indien ook het bestuur een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Voor ons onderwerp (risicomanagement) geldt dat de aansprakelijkheid van de RvC pas in beeld komt indien er

onverantwoorde risico's worden genomen zonder dat de RvC ingrijpt.⁵¹ Ook mag van een RvC worden verwacht dat hij oog heeft voor de professionalisering van de risicobeheersings- en controlesystemen bij een sterke groei van de onderneming.⁵²

Verder kan worden gedacht aan een situatie waarbij de RvC onvoldoende aandacht heeft voor het ontbreken van een effectief risicoraamwerk of voor falende controlesystemen⁵³ dan wel nalaat het toezicht te verscherpen in een geval van fraude. Bij dergelijke gevallen mag van de RvC een zeer actieve rol worden verwacht, zeker indien bestuurders of ex-bestuurders voorwerp van onderzoek zijn. Daarnaast zal de RvC erop moeten toezien dat interne richtlijnen worden nageleefd.⁵⁴ Ook zal de RvC waar nodig erop moeten toezien dat noodscenario's worden ontwikkeld⁵⁵ of tussentijdse evaluaties plaatsvinden.⁵⁶ De RvC zal tevens voldoende en tijdig maatregelen moeten treffen tegen een kwalijke bestuurscultuur en structuur.⁵⁷

- 51 Rb. Utrecht 12 december 2007, «JOR» 2008/10 (*Ceteco*); OK 14 september 1998, *NJ* 1998, 122 (*Vie d'Or*), r.o. 6.7.2; Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, «JOR» 2013/237 (*Landis*); OK 10 november 2003, «JOR» 2003/260 (*Laurus*). Vgl. OK 28 december 2006, ARO 2007, 7 (*KPN-Qwest*). De RvC zal zich voldoende moeten verdiepen in de levensvatbaarheid van de strategie van het bestuur op de lange termijn: OK 14 september 1998, *NJ* 1998, 122 (*Vie d'Or*).
- 52 OK 10 november 2003, «JOR» 2003/260 (*Laurus*); Rb. Utrecht 12 december 2007, «JOR» 2008/10 (*Ceteco*).
- 53 OK 15 februari 2013, «JOR» 2013/102 (*Van der Moolen*).
- 54 OK 17 april 1997, «JOR» 1997/81 (*Bobel*).
- 55 OK 10 november 2003, «JOR» 2003/260 (*Laurus*). r.o. 3.9.
- 56 Rb. Utrecht 12 december 2007, «JOR» 2008/10 (*Ceteco*); HR 8 juni 2001, «JOR» 2001/171 (*Panmo*).
- 57 OK 19 juni 1997, «JOR» 1997/83 (*VEB/Bobel*), r.o. 4.15; OK 15 februari 2013, «JOR» 2013/102 (*Van der Moolen*).