

ANNOTATIE

Declaratiefraude en de aansprakelijkheid van de (zorg)bestuurder ex artikel 6:162 BW.

mr. K.M. Volker

Annotatie bij Rechtbank Midden-Nederland, 29-07-2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:2915 (OR-2020-0338, GZR-2020-0279)

1. Inleiding

Het declareren van niet-verleende zorg is helaas geen onbekend fenomeen. De zorgaanbieder/zorgverlener kan alsdan worden geconfronteerd met een tuchtklacht,[1] strafrechtelijke vervolging[2] en een civiele aansprakelijkstelling. Om tot vergoeding van de als gevolg van fraude ontstane schade te komen, zal een zorgverzekeraar immers in het algemeen moeten aankloppen bij de civiele rechter.[3]

In de uitspraak die de aanleiding is tot deze noot heeft een zorgverzekeraar (ASR Basis Ziektekostenverzekeringen; hierna ASR) de bestuurders van een stichting voor de rechtbank Midden-Nederland gedaagd in verband met onrechtmatige declaraties voor (niet-verleende) verpleging en persoonlijke verzorging aan een verzekerde van ASR. ASR was de fraude op het spoor gekomen door een melding van Zorgverzekeraars Nederland. Die melding is destijds waarschijnlijk ook bij Zilveren Kruis (thans Achmea Zorgverzekeringen) gedaan. Na een onderzoek op verdenking van fraude heeft Zilveren Kruis de gedeclareerde zorg als onrechtmatig aangemerkt. De stichting is vervolgens een kort geding gestart. Dit heeft voor de stichting niet goed uitgepakt. De voorzieningenrechter heeft geoordeeld dat er voldoende reden was voor de gegronde verdenkingen van Zilveren Kruis dat bij de stichting sprake was

van fraude.[4] Ook ASR is een onderzoek gestart en heeft geconcludeerd tot fraude. De stichting bood evenwel geen verhaalsmogelijkheid meer voor ASR. Bij gebrek aan bekende baten was de stichting inmiddels ontbonden en had zij opgehouden te bestaan. ASR heeft vervolgens haar pijlen gericht op de (voormalig) bestuurders van de stichting en hen persoonlijk aansprakelijk gesteld, waarna ASR de procedure voor de rechtbank Midden-Nederland is gestart.

De maatstaf die wordt gehanteerd bij aansprakelijkheid van bestuurders is een andere dan die bij een 'gewone' onrechtmatige daad. In paragraaf 2 geef ik de achtergrond van deze maatstaf alsmede de aan te leggen toets weer aan de hand van de jurisprudentie van de Hoge Raad. Vervolgens bekijk ik in paragraaf 3 hoe de rechtbank Midden-Nederland dit heeft aangepakt, waarna ik in paragraaf 4 wat meer duiding geef aan deze uitspraak in het licht van de te hanteren maatstaf.

2. Maatstaf bestuurdersaansprakelijkheid

Naast aansprakelijkheid van de rechtspersoon kan ook sprake zijn van persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurders. 'Kan zijn', want aansprakelijkheid van een bestuurder volgt niet automatisch uit de vaststelling dat de door hem bestuurde rechtspersoon onrechtmatig heeft gehandeld. De grondslag van de bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad is erin gelegen dat de bestuurder de op hem rustende verplichting tot een behoorlijke taakvervulling heeft geschonden. De Hoge Raad heeft de maatstaf ter beoordeling van de aansprakelijkheid van bestuurders jegens derden voor het eerst geformuleerd in het arrest *Ontvanger/Roelofsen*.^[5] De maatstaf uit dit arrest is nadien bevestigd in een reeks van arresten.^[6]

Voor aansprakelijkheid van bestuurders geldt een verzwaarde maatstaf. In een uitspraak uit 2018 heeft de Hoge Raad het nog eens mooi op een rij gezet.^[7] Indien een vennootschap tekortschiet in de nakoming van een verbintenis of een onrechtmatige daad pleegt, dan is uitgangspunt dat alleen de vennootschap aansprakelijk is voor de daaruit voortvloeiende schade. Onder bijzondere omstandigheden is evenwel, naast aansprakelijkheid van die vennootschap, ook ruimte voor aansprakelijkheid van een bestuurder van de vennootschap. Voor het aannemen van zodanige aansprakelijkheid is vereist dat die bestuurder persoonlijk een 'ernstig verwijt' kan worden gemaakt. Aldus gelden voor het aannemen van aansprakelijkheid van een bestuurder naast de vennootschap hogere eisen dan in het algemeen het geval is. Een hoge drempel voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover een derde wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat ten opzichte van de wederpartij

primair sprake is van handelingen van de vennootschap en door het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen. Het antwoord op de vraag of de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt, is afhankelijk van de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval.[8] Uit het persoonlijke karakter van het ernstige verwijt dat de bestuurder moet kunnen worden gemaakt, volgt dat voor het aannemen van aansprakelijkheid voor iedere bestuurder afzonderlijk moet worden vastgesteld dat hij in zijn hoedanigheid onrechtmatig heeft gehandeld en dat dit handelen (waaronder is begrepen nalaten) aan hem kan worden toegerekend.[9]

Kortom, een bestuurder is eerst dan, naast de vennootschap, aansprakelijk indien hem een (voldoende)[10] ernstig verwijt kan worden gemaakt van de wijze waarop hij jegens een derde heeft gehandeld in het kader van zijn bestuurstaakvervulling. Bij de aan te leggen toets ter beoordeling van deze aansprakelijkheid moeten alle omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen.[11] Bovendien is er geen sprake van een collectieve (hoofdelijke) aansprakelijkheid, maar moet aansprakelijkheid voor iedere bestuurder apart worden vastgesteld.[12]

3. De zaak voor de rechtbank Midden-Nederland

In de zaak voor de rechtbank Midden-Nederland oordeelde de kantonrechter dat de stichting onrechtmatig had gehandeld en wel op drie manieren.[13] Ten eerste kon niet rechtmatig zorg gedeclareerd zijn over een bepaalde periode, omdat de ontvanger van de zorg in die periode op vakantie was. In de tweede plaats had de stichting voor het verlenen van de zorg een verpleegkundige niveau 4 ingeschakeld, terwijl de polisvoorwaarden van ASR voor dit soort zorg een verpleegkundige niveau 5 vereisten. Ten slotte handelde de stichting onrechtmatig omdat was gebleken dat het overzicht van de ingediende declaraties een regelmatig patroon vertoonde, terwijl de verzekerde van ASR had verklaard dat hij met regelmaat geen zorg ontving.

Helaas had ASR weinig aan de – enkele – vaststelling van aansprakelijkheid van de stichting, nu op de stichting geen verhaal meer kon worden genomen. Het was ASR er in de procedure bijgevolg vervolgens om te doen dat óók de bestuurders aansprakelijk zouden worden geacht.

De kantonrechter verwijst naar de uitspraak van de Hoge Raad uit 2006 (*Ontvanger/Roelofsen*)[14] en overweegt in lijn met de vaste rechtspraak dat voor aansprakelijkheid van degene die als bestuurder namens de rechtspersoon heeft gehandeld dan wel heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de rechtspersoon haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt, is vereist dat de bestuurder daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Uit

hetgeen de kantonrechter in het vonnis overweegt onder het kopje '*Persoonlijke aansprakelijkheid van [gedaagde sub 1] en [gedaagde sub 2]*' wordt echter niet duidelijk dat en waarom de kantonrechter deze bestuurders persoonlijk aansprakelijk acht. De overwegingen hebben voornamelijk betrekking op de vraag of deze bestuurders – anders dan zij betogen – ten tijde van het onrechtmatig handelen door de stichting als feitelijk bestuurder(s) hebben gefungeerd. Nadat de kantonrechter dit heeft vastgesteld, volgt direct het oordeel dat het handelen en nalaten van twee van de gedaagde bestuurders zodanig onzorgvuldig is geweest dat hen persoonlijk van het onrechtmatig handelen van de stichting jegens ASR een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

4. Bemerkingen

De concrete omstandigheden

Zoals opgemerkt, hangt het van de concrete omstandigheden van het geval af of het aan de bestuurder te maken verwijt voldoende ernstig is om de bestuurder persoonlijk aansprakelijk te houden. Zoals hierna zal blijken, zijn deze concrete feiten en omstandigheden (op zich) wel uit de uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland te destilleren. In de uitspraak zijn evenwel geen overwegingen te vinden op basis waarvan de kantonrechter tot de conclusie komt dat de bestuurders persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. In een uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 17 juli 2013 werd dit wel gedaan.[15]

De rechtbank Rotterdam ging uitgebreid in op de omstandigheden ('*componenten*') waaruit zij afleidt dat aan de zorgverlener/enig bestuurder van de zorginstelling een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. De zorgverlener had zorg aan de verzekerde van DSW verleend, terwijl zij geen psycholoog was. Juist vanwege het feit dat de zorgverlener óók bestuurder was, rekende de rechtbank Rotterdam het haar aan dat zij bij de zorgverzekeraar (DSW) zorg heeft gedeclareerd die zich niet voor vergoeding leende. Als bestuurder had zij behoren te weten welke zorg wel en welke niet bij de zorgverzekeraar kan worden gedeclareerd. Voorts achtte de rechtbank relevant dat de zorgverlener/bestuurder de declaraties op basis van foute gegevens had opgemaakt waardoor DSW niet direct kon achterhalen dat deze facturen niet voor vergoeding in aanmerking kwamen. De rechtbank achtte verder relevant dat de zorgverlener/bestuurder niet (voldoende) had meegewerkt aan een dossiercontrole, terwijl de stichting (waarvan zij dus enig bestuurder was) hiertoe verplicht was. Een en ander in onderlinge samenhang bezien leidde tot het oordeel dat de bestuurder jegens DSW onrechtmatig had gehandeld, omdat haar, mede gelet op haar verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Op welke concrete omstandigheden heeft de rechtbank Midden-Nederland haar oordeel

gebaseerd? Het is even goed lezen, maar aan het oordeel van de rechtbank lijken de volgende omstandigheden ten grondslag te hebben gelegen. In de uitspraak is vermeld dat een van de bestuurders tevens voorzitter is geweest van de stichting, [gedaagde sub 1]. De andere bestuurder is in de relevante periode secretaris/penningmeester geweest van de stichting, [gedaagde sub 2], en deze bestuurder was tegelijkertijd als verpleegkundige niveau 4 aan de stichting verbonden. In die laatste hoedanigheid wordt [gedaagde sub 2] ervan verdacht, hetgeen door de kantonrechter vervolgens wordt aangenomen, onrechtmatig de indicatie te hebben gesteld bij en voor de verzekerde van ASR. ASR heeft in dit verband bij de stichting het zorgplan opgevraagd, maar de stichting is nalatig geweest om de opgevraagde informatie te verstrekken. De kantonrechter leidt uit in het geding gebrachte brieven af dat [gedaagde sub 1] en [gedaagde sub 2] hebben verhinderd dat de stichting in het kader van de op haar rustende wettelijke verplichting^[16] heeft kunnen meewerken aan een controle dan wel fraudeonderzoek door ASR. Uit de uitspraak volgt niet eenduidig of [gedaagde sub 2] zelf de declaraties bij ASR heeft ingediend. Het blijkt echter dat de verzekerde van ASR deze bestuurder aanduidt als ‘*administratief medewerker*’ van de stichting. Alsdan kan er (wellicht) van uit worden gegaan dat deze bestuurder ook de onjuiste declaraties bij ASR heeft ingediend.

Persoonlijk ernstig verwijt

Het voorgaande heeft de kantonrechter (waarschijnlijk) tot het oordeel geleid dat het handelen en nalaten van gedaagde sub 1 (bestuurder 1) en gedaagde sub 2 (bestuurder 2) als fungerend bestuurders van de stichting zodanig onzorgvuldig is dat hen persoonlijk van het onrechtmatige handelen van de stichting jegens ASR een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Voor het aannemen van aansprakelijkheid van een bestuurder naast aansprakelijkheid van de vennootschap is inderdaad alleen dan ruimte indien de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Het ‘persoonlijke’ zit hem erin dat voor iedere bestuurder in principe afzonderlijk moet worden vastgesteld dat hij in zijn hoedanigheid onrechtmatig heeft gehandeld en dat dit handelen hem kan worden toegerekend.^[17] In de uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland wordt dit ten aanzien van de twee aansprakelijk gehouden bestuurders niet als zodanig gedaan.

De vaststelling of sprake is geweest van een ‘ernstig verwijt’ is sowieso geen sinecure.^[18] De rechtspraak biedt op dit punt weinig handvatten. Voor de onderhavige zaak kan voor wat betreft het handelen/nalaten van bestuurder 2 aangesloten worden bij de uitspraak van de rechtbank Rotterdam uit 2013. Wanneer de ‘*componenten*’ van het handelen van bestuurder 2 worden vergeleken met het handelen van de zorgverlener/enig bestuurder uit die zaak, én gelet op de overwegingen die de rechtbank Rotterdam destijds aan haar oordeel ten grondslag

legde, valt te begrijpen dat de rechtbank Midden-Nederland heeft geoordeeld dat het aan bestuurder 2 te maken verwijt (voldoende) ernstig is om deze bestuurder aansprakelijk te achten.

Ter zake bestuurder 1 is lastiger te achterhalen waarom de rechtbank oordeelt dat deze bestuurder (ook) een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Wellicht heeft hier een rol gespeeld dat bestuurder 1 enige tijd voorzitter is geweest en gedurende het grootste deel van de periode dat aan de verzekerde van ASR zorg is verleend (althans is gedeclareerd) (enig) bestuurder is geweest. Voorts wordt ook deze bestuurder verweten niet te hebben meegewerkt aan c.q. te hebben tegengewerkt dat de stichting kon voldoen aan haar wettelijke verplichting tot gegevensverstrekking zodat ASR – kort gezegd – de rechtstreeks ingediende declaraties kon controleren. Het ziet ernaar uit dat die normschending de bestuurder(s) zwaar wordt aangerekend. Dit lijkt mij terecht.

5. Tot slot

Waarschijnlijk kunnen de meesten zich wel vinden in de uitkomst van de procedure voor de rechtbank Midden-Nederland. Gelet op de onduidelijkheid die het begrip ‘ernstig ‘verwijt’ oproept en de terughoudendheid die uitgangspunt is bij aansprakelijkheid van een bestuurder in privé, zou het evenwel goed zijn als rechters een helder inzicht geven op basis van welke omstandigheden zij al dan niet tot persoonlijke aansprakelijkheid van de betreffende bestuurder(s) oordelen.

mr. K.M. Volker

[1] Zie bijv. RTG 's-Gravenhage 27 augustus 2019, GZR 2019-0238.

[2] Zie bijv. Rb. Overijssel, locatie Almelo 10 juli 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:2355 (waarbij overigens door de rechtbank tot vrijspraak werd gekomen).

[3] Zie bijv. Rb. Rotterdam 17 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5587, GJ 2013/127.

[4] Rb. 's-Gravenhage 7 maart 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:2628, GJ 2018/81.

[5] HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659 (*Ontvanger/Roelofsen*).

[6] Zie bijvoorbeeld HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5881, m.nt. P. van Schilfgaarde, NJ 2013/302 (*Spaanse Villa*); HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, NJ 2015/21, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Hezemans Air*); HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627, NJ 2015/22, m.nt. P. van Schilfgaarde (*RCI*).

- [7] HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470, *NJ* 2018/330, m.nt. P. van Schilfgaarde.
- [8] HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470, *NJ* 2018/330, m.nt. P. van Schilfgaarde, r.o. 3.3.2.
- [9] HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470, *NJ* 2018/330, m.nt. P. van Schilfgaarde, r.o. 3.3.3.
- [10] In eerdere jurisprudentie wordt ook wel gewag gemaakt van een ‘voldoende ernstig verwijt’. Hiermee lijkt evenwel geen onderscheid te worden beoogd. Zie ook de noot van P. van Schilfgaarde bij HR 23 november 2012, *NJ* 2013/302 (*Spaanse Villa*).
- [11] M. Stolp, ‘Enkele belangrijke aspecten van bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW belicht’, *NJB* 2013/1344, en de in dat artikel onder noot 39 genoemde jurisprudentie.
- [12] HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470, *RAV* 2018/53, zie wenk.
- [13] Zie ook *GZR* 2020-0279.
- [14] Zie noot 5.
- [15] Rb. Rotterdam 17 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5587, *GJ* 2013/127.
- [16] Overeenkomstig art. 87 Zorgverzekeringswet en art. 7.1 Regeling zorgverzekering.
- [17] HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275.
- [18] Bijv. A. Karapetian, ‘Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad’, *R&P* 2019/2.7.4.