

Verzekering en vrijwaring van bestuurders en commissarissen ten laste van de vennootschap

Hof Amsterdam (OK) 29 november 2001, JOR 2002, 7

Inleiding

Bestuurders en in mindere mate commissarissen staan in de uitoefening van hun taak bloot aan het risico dat zij op enig moment persoonlijk aansprakelijk worden gesteld voor handelingen die zij in het kader van hun bestuurs- of toezichtstaak hebben verricht. Hierbij kan het gaan om aanzienlijke bedragen die niet in verhouding staan met het privé-vermogen van betreffende bestuurder of commissaris. Dit is mede reden geweest voor veel bestuurders en commissarissen om zich te verzekeren tegen de financiële gevolgen van aansprakelijkheid die voortvloeit uit hun beroepsuitoefening. De vennootschap treedt dan op als verzekeringnemer, de betreffende bestuurder of commissaris is de verzekerde. Deze verzekeringen worden BCA (Bestuurders Commissarissen Aansprakelijkheid) of D&O (Directors & Officers) verzekeringen genoemd. Ook komt het voor dat vennootschappen hun bestuurders of commissarissen onder bepaalde voorwaarden vrijwaren voor deze gevolgen.

Dit artikel spitst zich toe op de vraag in hoeverre een zodanige verzekering of een dergelijke vrijwaring voor bestuurders- en commissaris aansprakelijkheid geoorloofd en wenselijk is. Eerst zal kort aandacht worden besteed aan de verschillende posities van de bestuurder en de commissaris, waarna zal worden overgegaan naar de algemene grenzen van voor verzekeraarbaarheid in aanmerking komende situaties van aansprakelijkheid voor enerzijds bestuurders en anderzijds commissarissen. Vervolgens komt de vraag aan de orde, voorzover een verzekering voor bestuurders- en commissaris aansprakelijkheid naar de heersende opvattingen toelaatbaar wordt geacht, of de premie voor deze verzekering ten laste mag komen van de vennootschap. Daarbij zal kort worden stilgestaan bij de betreffende regelingen en opvattingen in de ons omringende landen. Ten slotte zal de recente beschikking van de Ondernemingskamer in de Zwagerman-zaak belicht worden, waarin dit onderwerp aan de orde is gekomen.

Verschil bestuurders en commissarissen

De rechtsposities van bestuurders en commissarissen ten aanzien van aansprakelijkheidsrisico's verschillen. Dit vloeit voort uit de verschillende taakstellingen,

waarbij het bestuur het beleid van de vennootschap bepaalt en de commissaris daarop toezicht houdt, alsmede het bestuur met raad bijstaat (art. 2:140/250 BW). Deze andere uitgangssituatie komt terug in de in de wet opgenomen aansprakelijkheidsgrondslagen, waarin de toetssteen vaak geformuleerd is als onbehoorlijke taakvervulling (vergelijk art. 2:9, 138 en 248 BW). Wanneer het bestuur haar taak niet behoorlijk heeft vervuld, hoeft dit niet direct te betekenen dat ook het toezicht op het bestuur niet conform de geldende maatstaven is geweest. Een ander belangrijk verschil is dat bestuurders in dienst kunnen zijn van de vennootschap en als zodanig worden aangemerkt als ondergeschikte als bedoeld in artikel 6:170 BW (HR 4 november 1988, NJ 1989, 244). Uit lid 3 van dit artikel volgt, kort gezegd, dat indien de ondergeschikte en degene in wiens dienst hij stond, beiden voor de schade aansprakelijk zijn jegens een derde, de ondergeschikte in de onderlinge verhouding niet hoeft bij te dragen, tenzij hij de schade opzettelijk of door bewuste roekeloosheid heeft veroorzaakt. Dit is een belangrijk verschil met de commissaris, aangezien deze in het algemeen niet als ondergeschikte van de vennootschap wordt aangemerkt (F.T. Oldenhuis, *Onrechtmatige daad* (losbl.), art. 172, aant. 16). Wel is het zo dat artikel 6:172 BW naast de bestuurder ook in voorkomende gevallen de commissaris uitkomst biedt. In dit artikel is bepaald dat indien de bestuurder handelt in de uitvoering van de hem als zodanig toekomende bevoegdheden, daarnaast ook de vennootschap aansprakelijk is. Ten slotte is het zo dat de bestuurder werkzaam kan zijn voor de vennootschap op basis van een arbeidsovereenkomst, daar waar de commissaris zijn taak vervult op basis van een overeenkomst van opdracht. Een consequentie daarvan is dat de bestuurder ingevolge artikel 7:661 BW niet alleen niet hoeft bij te dragen aan de schadevergoeding jegens derden, maar ook niet jegens zijn werkgever, tenzij hij de schade opzettelijk of door bewuste roekeloosheid heeft veroorzaakt. Deze formulering is dus uitgebreider dan die van artikel 6:170 lid 3 BW, omdat niet alleen de externe aansprakelijkheid maar ook de interne aansprakelijkheid wordt gedekt. Overigens speelt dit niet indien gebruik wordt gemaakt van een constructie waar de bestuurstaak wordt waargenomen door een management-BV die diensten verleent in opdracht van de vennootschap. In

dat geval is er geen sprake van ondergeschiktheid en ook niet van een arbeidsovereenkomst (zie ook W.W. de Nijs Bik, TVVS 1998, p. 33 e.v.).

Grenzen aan verzekering en vrijwaring

In het Bierglas-arrest (HR 30 mei 1975, NJ 1976, 572) heeft de Hoge Raad de algemeen aanvaarde rechtsregel bevestigd dat een verzekering tegen opzettelijk veroorzaakte schade in strijd is met de goede zeden en de openbare orde. Om vergelijkbare redenen wordt aangenomen dat het door de vennootschap afgeven van een vrijwaring tegen opzettelijk aangerichte schade niet toelaatbaar is (J.R. Glasz, *Verzekering en vrijwaring*, in: *Bestuur en toezicht*, Deventer 1994, p. 363). Voor schade die wordt veroorzaakt door voorwaardelijk opzet, ligt dit enigszins anders. Hierbij gaat het niet om het opzettelijk toebrengen van schade, maar om het willens en wetens aanvaarden van de aanmerkelijke kans dat door bepaalde gedragingen schade wordt veroorzaakt. Uit ditzelfde Bierglas-arrest bleek dat dekking tegen op deze wijze veroorzaakte schade in een verzekering tegen wettelijke aansprakelijkheid wel geoorloofd was. De gedachte hierachter was, aldus B. Wachter in de noot onder dit arrest, dat deze verzekering specifiek van aard was. De verzekering beschermt derden tegen eventueel betalingsonvermogen van degene die de schade heeft veroorzaakt. Volgens Netten (TVVS 1985, p. 29 e.v.) gaat het hierbij niet alleen om derdenbescherming, maar speelt ook het aspect mee dat wettelijke aansprakelijkheid vaak berust op onrechtmatige daad, waardoor de schuldeiser de schadeveroorzaker opgedrongen krijgt als schuldenaar. Hij concludeert hieruit dat een verzekering tegen op de voet van voorwaardelijk opzet aangerichte schade alleen mogelijk is wanneer de schuldeiser en de schuldenaar op toevallige wijze in een juridische relatie terecht zijn gekomen en de schuldeiser dus niet impliciet een betalingsrisico heeft aanvaard (wat het geval zou zijn bij een contractuele relatie). Inmiddels wordt echter algemeen aanvaard dat het verzekeren van voorwaardelijk opzet niet in strijd is met de goede zeden en de openbare orde (D.M. Sutorius, *S&V* 1991, p. 124 e.v.). Logischerwijze volgt hieruit ook dat voor lichtere schuldgraden dan voorwaardelijk opzet geen bezwaren bestaan tegen verzekeraarbaarheid van daaruit voortvloeiende schade.

Verzekeringspremie ten laste van de vennootschap

In theorie is dus alle schade, buiten die door opzet is veroorzaakt, te verzekeren. In de praktijk bedienen verzekeringsmaatschappijen zich echter wel van een aanzienlijke lijst uitsluitingen, maar deze zullen hier buiten beschouwing blijven (zie hiervoor J.B. Wezeman, *Prak-*

tijkboek verzekeringsrecht (losbl.), Bestuurdersaansprakelijkheid en bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering, p. D-IV-19 e.v.). Aan bepaalde gedragingen is dwingendrechtelijk de sanctie van persoonlijke aansprakelijkheid verbonden. De vraag is of hieraan niet alle werking wordt ontnomen door het afsluiten van een verzekering of het geven van een vrijwaring door de vennootschap. Van der Grinten (NV 1989, p. 85 e.v.) heeft deze bedenking geuit, maar Glasz heeft daartegen onder meer ingebracht dat in de praktijk bestuurders en commissarissen hun verantwoordelijkheden niet minder serieus nemen indien zij voor de financiële gevolgen van een aansprakelijkstelling verzekerd of gevrijwaard zouden zijn. Naast de financiële gevolgen is een dergelijke procedure immers uiterst beschadigend voor de reputatie (J.R. Glasz, a.w., p. 340). Dit gaat overigens in mindere mate op voor bestuurders en commissarissen die niet veelvuldig in de publieke belangstelling staan. Een ander belangrijk argument van Van der Grinten is dat tegen het door de vennootschap verzekeren van de bestuurders en commissarissen niet in het belang van de vennootschap is. De vennootschap heeft immers slechts baat bij deze verzekering voorzover de dekking zich strekt tot claims van de vennootschap, dus voor interne aansprakelijkheid en dan nog alleen voorzover de bestuurder of commissaris niet solvabel zou zijn (voor een bespreking van het onderscheid tussen interne en externe aansprakelijkheid, zie Asser-Maeijer 2-III, 2000, nr. 319 e.v.). Volgens Glasz is het verzekeren van bestuurders en commissarissen echter wel in het belang van de vennootschap, omdat hierdoor voorkomen wordt dat angst voor aansprakelijkheid zou kunnen leiden tot overdreven voorzichtigheid en inactiviteit. In faillissementssituaties zou overigens nog een ander argument te vinden kunnen zijn waarom een dergelijke verzekering wel in het belang is van de vennootschap. Curatoren maken in de praktijk makkelijker gebruik van de wettelijke mogelijkheden om bestuurders en commissarissen aansprakelijk te stellen wanneer zij zich van verhaal verzekerd weten. Dit is overigens een niet geheel onbedenkelijke ontwikkeling (zie A.S. Franssen van de Putte, *TvI* 1997, p. 43 e.v.). Voor wat betreft vrijwaringen gaat het argument dat de vennootschap zich verzekert van een solvante schuldenaar niet op, en de vrijwaring is als zodanig dus niet in het belang van de vennootschap. Bovendien heeft een vrijwaring ook een beperktere strekking. In het geval van faillissement van de vennootschap levert het de bestuurder of commissaris niet meer op dan een concurrente vordering. Deze vordering is, in het geval de vordering door derden of door de curator namens dezen wordt ingesteld, ook niet voor verrekening vatbaar (W.W. de Nijs Bik, a.w.).

Regelingen in het buitenland

België

In België is de praktijk algemeen geaccepteerd dat de vennootschap een verzekering afsluit ten behoeve van het aansprakelijkheidsrisico van haar bestuurders (het Belgische rechtssysteem kent geen raad van commissarissen). De grens van verzekerbaarheid ligt evenals bij ons bij opzettelijk aangerichte schade. In vroegere versies van bestuurdersaansprakelijkheidsverzekeringen was het gebruikelijk om schadeclaims door de vennootschap zelf uit te sluiten. Dit kwam voort uit angst voor collusie tussen de vennootschap en haar bestuurders, maar deze praktijk is nu verdwenen (M. de Roeck, *VENA* afl. 1 (mei 2000), II.1-70 e.v.).

Duitsland

In Duitsland is premiebetaling door de vennootschap voor de aansprakelijkheidsverzekering voor bestuurders en commissarissen algemeen aanvaard voor de *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (Baumbach/ Hueck, *GmbHG*, 17.A., 2000, § 43, Rn. 74) en ook voor de *Aktiengesellschaft* (K. Kästner, *Aktienrechtliche Probleme der D&O-Versicherung*, AG 2000, p. 113 e.v.). Wel wordt algemeen aangenomen dat een dergelijke verzekering of vrijwaring moet zijn voorzien van een zeker eigen risico dat de betreffende bestuurder of commissaris in geval van aansprakelijkheid moet dragen (zie ook de *Deutscher Corporate Governance Kodex*, art. 3.8).

Engeland

Op 1 april 1990 is de *Companies Act 1985* gewijzigd, waardoor het vennootschappen uitdrukkelijk werd toegestaan om hun bestuurders te verzekeren tegen aansprakelijkheid. Het betalen van de premie door de vennootschap maakt vaak deel uit van het arbeidsvoorwaardenpakket van de bestuurder. Vrijwaringen mogen overigens slechts voor zeer beperkte situaties van aansprakelijkheid worden afgegeven.

Frankrijk

Onder Frans recht is het mogelijk om bestuurders (ook het Franse systeem kent geen commissarissen) zowel te verzekeren als te vrijwaren. De dekking kan zich niet uitstrekken tot opzet, bedrog en zware nalatigheid. De mogelijkheden onder Frans recht zijn in dit opzicht dus meer gelimiteerd. Een toets aan het vennootschappelijk belang is hier overigens niet aan de orde.

De Zwagerman-zaak

De Nederlandse rechtspraak heeft zich naar mijn weten niet eerder beziggehouden met de vraag of het verzeke-

ren tegen of vrijwaren van bestuurdersaansprakelijkheid geoorloofd is. Tot recentelijk, omdat de situatie aan de orde is geweest in de beschikking van de Ondernemingskamer in de Zwagerman-zaak (Hof Amsterdam (OK) 29 november 2001, *JOR* 2002, 7). Daar is namelijk een bijzondere voorziening getroffen waarbij de vennootschap verplicht werd een commissaris te verzekeren tegen aansprakelijkheid waarmee hij eventueel geconfronteerd zou kunnen worden in verband met de uitoefening van zijn taak. Daarbij werd expliciet bepaald dat de kosten die gemoeid waren bij deze verzekering ten laste moesten komen van de vennootschap. Toch zou hier niet al te gemakkelijk de conclusie aan mogen worden verbonden dat het groen licht voor verzekeren (en vrijwaren) van bestuurders en commissarissen ten laste van de vennootschap gegeven is. Ten eerste omdat het gaat om een door de Ondernemingskamer getroffen ordemaatregel waarvan slechts een beperkte precedentwerking uitgaat. Ten tweede gaat het in de Zwagerman-zaak om een vrij atypische situatie. De Ondernemingskamer had op 8 oktober 1998 (*JOR* 1998, 167) een verzoek tot het gelasten van een enquête bij Zwagerman Beheer B.V. (hierna: de Vennootschap) toegewezen en op 30 november 2000 (*JOR* 2001, 4) geconcludeerd dat er sprake was van wanbeleid. Dit wanbeleid lag in het feit dat de belangen van de minderheidsaandeelhouders (twee broers Zwagerman) veronachtzaamd waren door de meerderheidsaandeelhouder (Barnhoorn & Zwagerman B.V., waar de directie gevoerd wordt door zus Zwagerman en zwager Barnhoorn) en door de directie van de Vennootschap (waarvan zwager Barnhoorn naast één andere bestuurder deel uitmaakt). De reden voor deze beslissing was onder meer dat er enkele dubieuze transacties plaats hadden gevonden tussen de Vennootschap en haar grootaandeelhouder, waarbij sprake was van belangenverstrengeling. Naast het vernietigen van de transacties besloot de Ondernemingskamer ook tot de bijzondere voorziening waarbij een commissaris werd aangesteld bij Zwagerman Beheer B.V. Deze commissaris werd begiftigd met de bevoegdheden van een commissaris van een structuurvennootschap. Bovendien werden deze bevoegdheden uitgebreid met de voorziening dat voor transacties tussen de Vennootschap en haar meerderheidsaandeelhouder of daaraan gelieerde vennootschappen de goedkeuring van de door de Ondernemingskamer aangewezen commissaris vereist zou zijn. Gesteld mag worden dat, gezien de verhoudingen tussen de onderscheidenlijke aandeelhouders en de directie van de Vennootschap, deze door de Ondernemingskamer aangewezen commissaris zich in een uiterst precaire positie bevindt. Hieraan heeft bijgedragen de

ongeclausuleerde weigering van de Vennootschap om tegenover haar commissaris te verklaren dat zij hem niet in verband met zijn functioneren zal aanspreken.

Conclusie

Tegenover het betalen van de premie door de vennootschap voor de aansprakelijkheidsverzekering van bestuurders of commissarissen, of het vrijwaren voor aansprakelijkheid zou een bepaalde vorm van rechtvaardiging moeten staan. De reden hiervoor is niet in de eerste plaats dat de persoonlijke aansprakelijkheid zou moeten functioneren als stok achter de deur. Het moet te verdedigen zijn dat de verzekering of vrijwaring in het belang van de vennootschap is. In de praktijk is inmiddels overigens duidelijk geworden dat er weinig bezwaren worden gezien tegen het betalen van de premie door de vennootschap, aangezien de meeste bestuurders en commissarissen (zeker bij grotere en beursgenoteerde vennootschappen) door de vennootschap verzekerd zijn tegen persoonlijke aansprakelijkheid.

*Mr. L.S. van Dis LL.M.
Allen & Overy*