

Vrijwaring van bestuurders: zin of onzin?

Inleiding

Enige tijd geleden stond de vraag in de belangstelling of een vennootschap haar bestuurders kan vrijwaren voor aansprakelijkheid jegens de vennootschap, de curator of derden (zie onder andere de bijdragen van Van Olffen en De Savornin Lohman in Het Financieele Dagblad van respectievelijk 17 april 2003 en 8 mei 2003). Deze vraag wordt steeds actueler, omdat beleggers en schuldeisers assertiever worden en niet schromen om de in hun ogen 'verantwoordelijke' personen voor de rechter ter verantwoording te roepen. Om zich tegen dergelijke acties en schadeclaims te beschermen lijkt de roep om vrijwaringen toe te nemen. Een van de argumenten die door de voorstanders van een vrijwaring van bestuurders wordt aangevoerd, is dat het lastig is om goed gekwalificeerde mensen aan te trekken vanwege de risico's die aan de functie van bestuurder zijn verbonden. Bovendien zou een dergelijke vrijwaring voorkomen dat bestuurders risicomijdend gedrag gaan vertonen, hetgeen niet in het belang zou zijn van de vennootschap.

Alvorens de toelaatbaarheid en de effectiviteit van het vrijwaren van bestuurders te bespreken zal ik eerst in het kort de verschillende vormen van aansprakelijkheid bespreken waaraan bestuurders van een Nederlandse vennootschap blootstaan.

Aansprakelijkheid van bestuurders

In de literatuur wordt onderscheid gemaakt tussen de interne aansprakelijkheid, waarmee wordt bedoeld de aansprakelijkheid van bestuurders jegens de vennootschap, en externe aansprakelijkheid, welke ziet op de aansprakelijkheid van bestuurders jegens derden.

Interne aansprakelijkheid

Op grond van artikel 2:9 BW is de bestuurder jegens de vennootschap verplicht tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Uit het arrest Van de Ven (HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360) volgt dat van een bestuurder mag worden verwacht dat hij op zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult. Er kan slechts sprake zijn van aansprakelijkheid uit hoofde van artikel 2:9 BW indien er sprake is van een *ernstig verwijt*. Of sprake is van een *ernstig verwijt* dient volgens de Hoge Raad te worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval, waaronder: (1) de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten, (2) de

in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's, (3) de taakverdeling binnen het bestuur, (4) de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen, (5) de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen, alsmede (6) het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult. Volgens Maeijer is er sprake van een *ernstig verwijt* in geval van een onmiskenbare, duidelijke tekortkoming, waarover geen redelijk oordelend en verstandig ondernemer twijfelt (Asser-Maeijer 2-III, 2000, nr. 321). In een recent arrest (HR 4 april 2003, JOR 2003, 134, Skipper Club Charter) lijkt de Hoge Raad deze invulling van het begrip *ernstig verwijt* niet te onderschrijven. Volgens de Hoge Raad was de maatstaf die het hof hanteerde, zijnde dezelfde maatstaf als die Maeijer hanteert, te streng. Normale fouten of onjuiste beleidskeuzes leiden in beginsel niet tot aansprakelijkheid.

Naast de vennootschapsrechtelijke relatie bestaat er een contractuele relatie tussen de bestuurder en de vennootschap. Voorzover die contractuele relatie kan worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst, is artikel 7:661 BW van belang. Dit artikel bepaalt dat de bestuurder-werknemer voor schade die hij veroorzaakt jegens de vennootschap of een derde jegens wie de vennootschap tot vergoeding van de schade is gehouden, slechts aansprakelijk is jegens de vennootschap, voorzover er sprake is van *opzet of bewuste roekeloosheid*. De laatste volzin van artikel 7:661 BW bepaalt echter dat de omstandigheden van het geval, mede gelet op de aard van de overeenkomst, met zich kunnen brengen dat (ten nadele van de werknemer) van deze hoofdregel moet worden afgeweken. Tot dergelijke relevante omstandigheden behoren onder meer de aard van de opgedragen werkzaamheden, het risico dat de opgedragen taak meebrengt, de duur van de dienstverhouding en de hoogte van de beloning. De bijzondere positie van de bestuurder binnen een vennootschap lijkt een beroep op deze uitzonderingsregel eerder te rechtvaardigen dan in andere gevallen waar sprake is van een werkgever-werknemer-relatie. De advocaat-generaal, in zijn conclusie bij het arrest Skipper Club Charter (zie hiervoor), lijkt zelfs verder te gaan door te stellen dat artikel 7:661 BW niet per definitie op een bestuurder-werknemer van toepassing zou moeten zijn.

Externe aansprakelijkheid

Een bestuurder van een vennootschap kan daarnaast aansprakelijk zijn uit hoofde van onrechtmatige daad voor schade toegebracht aan derden, de zogenoemde externe aansprakelijkheid. Daarbij dient te worden opgemerkt dat het handelen van een bestuurder in eerste instantie wordt toegerekend aan de vennootschap. Voor persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder uit hoofde van onrechtmatige daad – naast de vennootschap – kan slechts sprake zijn in geval van een *persoonlijk verwijt*. Uit de jurisprudentie kan worden afgeleid dat een dergelijk *persoonlijk verwijt* onder meer gemaakt kan worden indien de bestuurder een overeenkomst aangaat waarvan hij wist of althans behoorde te begrijpen, dat de vennootschap niet of niet binnen een redelijke termijn aan haar verplichtingen onder deze overeenkomst zou kunnen voldoen en bovendien geen verhaal zou bieden voor de ingevolge die wanprestatie door de wederpartij geleden schade (HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 286, Beklamel), of indien de bestuurder verhindert dat de vennootschap bestaande verplichtingen jegens een schuldeiser nakomt als gevolg waarvan die schuldeiser schade lijdt (zie o.a. HR 3 april 1992, NJ 1992, 411, Van Waning/Van der Vliet).

De Hoge Raad heeft in het arrest Shell/Van Dooren (HR 4 november 1988, NJ 1989, 244) uitgemaakt dat een bestuurder van een vennootschap moet worden aangemerkt als een ondergeschikte in de zin van artikel 1403 lid 3 (oud) BW (nu: art. 6:170 BW). In tegenstelling tot artikel 7:661 BW is artikel 6:170 BW mijns inziens zowel van toepassing op de bestuurder-werknemer als op de bestuurder die geen arbeidsovereenkomst met de vennootschap heeft. De Hoge Raad heeft in voornoemd arrest namelijk daartussen geen onderscheid gemaakt. Bovendien stelt artikel 6:170 BW zelf ook niet de eis dat er voor ondergeschiktheid sprake moet zijn van een dienstverband uit arbeidsovereenkomst. In deze zienswijze is de bestuurder in de onderlinge verhouding met de vennootschap in beginsel slechts gehouden bij te dragen in de vergoeding van de door hem toegebrachte schade aan een derde, voorzover sprake is van *opzet of bewuste roekeloosheid*. Gelijk aan artikel 7:661 BW bepaalt ook artikel 6:170 BW dat van deze hoofdregel kan worden afgeweken in geval van bijzondere omstandigheden (zie art. 6:170 lid 3 BW).

Daarnaast bestaan er bijzondere wettelijke aansprakelijkheidsbepalingen, welke als *lex specialis* worden beschouwd van artikel 6:162 BW. De belangrijkste is wellicht de aansprakelijkheid van een bestuurder voor een tekort in een faillissement in geval van onbehoorlijke taakvervulling (art. 2:138/248 BW). Van onbehoorlijke

taakvervulling is sprake indien *geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus gehandeld zou hebben* (zie o.a. HR 8 juni 2001, NJ 2001, 454). Er wordt in dit verband veelvuldig gesproken over onbezonnen, roekeloos en onverantwoord gedrag. Met het begrip ‘kennelijk’ in artikel 2:138/248 BW heeft men tot uitdrukking willen brengen dat van onbehoorlijke taakvervulling niet alleen sprake hoeft te zijn in geval van *grove schuld* of *grove nalatigheid*, maar dat ook een lichtere schuldgraad voldoende kan zijn. Uit het veelvuldig gebruik van de termen onbezonnen, roekeloos en onverantwoord gedrag leidt Maeijer af dat er wel minstens sprake moet zijn van een *ernstig verwijt*, wil de gedraging gekwalificeerd kunnen worden als onbehoorlijke taakvervulling (Asser-Maeijer 2-III, 2000, nr. 328).

Andere vormen van bijzondere aansprakelijkheid waar Boek 2 uitdrukkelijk in voorziet, zijn onder andere aansprakelijkheid van een bestuurder voor een misleidende jaarrekening (art. 2:139/249 BW) en aansprakelijkheid in geval van handelen namens een vennootschap in oprichting (art. 2:93/203 BW).

Vrijwaring voor interne en externe aansprakelijkheid

De literatuur is verdeeld over de toelaatbaarheid en reikwijdte van zogenoemde exoneratie- en vrijwaringsclausules in overeenkomsten met bestuurders.

Vrijwaring voor interne aansprakelijkheid

Een vrijwaring voor interne aansprakelijkheid zal veelvuldig zijn geformuleerd als een exoneratiebeding, inhoudende dat een bestuurder aansprakelijkheid uitsluit voor bepaalde soort handelingen. Uit de aard van een exoneratiebeding volgt dat deze slechts kan zien op de interne aansprakelijkheid.

Zoals ik hiervoor reeds heb aangegeven, wordt de bestuurder uit hoofde van de wet reeds beschermd voor schade die voortvloeit uit ‘normale’ fouten. Slechts in geval van een *ernstig verwijt*, *opzettelijk handelen* of *bewuste roekeloosheid* kan de bestuurder jegens de vennootschap aansprakelijk zijn. Er wordt dan ook wel gesproken van wettelijke exoneraties. Een bestuurder heeft aldus slechts wat aan een vrijwaring indien hij daardoor beschermd zou zijn voor aansprakelijkheid in gevallen dat er sprake is van een *ernstig verwijt* en zwaardere schuldgradaties.

In de literatuur wordt algemeen aangenomen dat uitsluiting van aansprakelijkheid voor eigen *opzettelijk handelen* of *grove schuld* (welk laatste begrip in het NBW is vervangen door *bewuste roekeloosheid*) in strijd is met de goede zeden en dus nietig is in de zin van artikel 3:40 BW

(Asser-Hartkamp 4-I, 2000, nr. 342). Uitsluiting van aansprakelijkheid voor schade als gevolg van een *ernstig verwijt* van een bestuurder stuit mijns inziens af op het dwingendrechtelijk karakter van artikel 2:9 BW (zie ook Asser-Maeijer 2-III, 2000, nr. 321). De wetgever heeft voor het handelen van de bestuurder enige richtsnoeren uitgevaardigd, waarbij slechts in geval van een ernstige tekortkoming de bestuurder door de vennootschap kan worden aangesproken. Een vrijwaring van de bestuurder voor aansprakelijkheid uit hoofde van artikel 2:9 BW in geval van een *ernstig verwijt*, zou betekenen dat bepaalde handelingen die de wetgever uitdrukkelijk voor rekening en risico van de bestuurder heeft willen laten – onder andere ter bescherming van de belangen van andere partijen die bij de vennootschap betrokken zijn, zoals aandeelhouders – via de achterdeur van een vrijwaring (of exoneratie) weer voor rekening en risico van de vennootschap komen. Dit is naar mijn mening in strijd met de ratio van artikel 2:9 BW.

Een vrijwaring zou in beginsel wel de aansprakelijkheid van de bestuurder-werknemer jegens de vennootschap kunnen afdekken ingeval er sprake is van bijzondere omstandigheden, zoals bedoeld in artikel 7:661 BW laatste volzin, met als gevolg dat de bestuurder ondanks het ontbreken van *opzet of bewuste roekeloosheid* aansprakelijk is voor de schade die is toegebracht aan de vennootschap. Voorzover er echter weer geen sprake is van een *ernstig verwijt*, kan de bestuurder-werknemer naar mijn mening niet door de vennootschap aansprakelijk worden gesteld, aangezien hij voor dergelijk handelen beschermd wordt uit hoofde van artikel 2:9 BW. Dit is slechts anders indien de redelijkheid en de billijkheid (art. 2:8 BW) met zich brengt dat een bestuurder wel aansprakelijk zou moeten zijn uit hoofde van artikel 2:9 BW ondanks het ontbreken van een *ernstig verwijt*. Overigens is Maeijer van oordeel dat het criterium *ernstig verwijt* aansluit bij het criterium (*opzet of*) *bewuste roekeloosheid* (Asser-Maeijer 2-III, 2000, nr. 321). Uit het arrest Skipper Club Charter zou anders kunnen worden afgeleid.

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat de bestuurder op grond van de wet reeds een vergaande mate van bescherming geniet. Slechts in geval van *opzet, bewuste roekeloosheid* of *ernstig verwijt* is de bestuurder jegens de vennootschap schadelijkt. Juist voor deze schuldgradaties kan een contractuele vrijwaring echter geen uitkomst bieden wegens strijd met de wet of goede zeden.

Vrijwaring voor externe aansprakelijkheid

Hiervoor heb ik al opgemerkt dat slechts onder zeer bijzondere omstandigheden een bestuurder persoonlijk jegens derden aansprakelijk is uit hoofde van onrechtmatige daad. In beginsel moeten immers de gedragingen van de bestuurder worden toegerekend aan de vennootschap. Een schuldeiser zal dan ook in eerste instantie zijn pijlen richten op de vennootschap.

Mocht een gedraging van de bestuurder jegens een derde ook een onrechtmatige daad opleveren van de bestuurder zelf, dan volgt uit het bepaalde in artikel 6:170 BW dat de bestuurder slechts in de interne verhouding met de vennootschap hoeft bij te dragen voorzover er sprake is van *opzet of bewuste roekeloosheid*. Dit heeft tot gevolg dat ook hier geldt dat een vrijwaring op het eerste gezicht alleen zinvol is indien deze ook de schade zou dekken als gevolg van *opzet of bewuste roekeloosheid*.

In zijn algemeenheid geldt voor een vrijwaring voor schade toegebracht aan derden dat deze geoorloofd is met uitzondering van schade als gevolg van *opzet of bewuste roekeloosheid*. Volgens Glasz (Bestuur en toezicht, Recht en praktijk nr. 71, Deventer 1994, p. 362) is een vrijwaring voor schade jegens derden veroorzaakt door fouten van de bestuurder echter wel mogelijk indien er sprake is van *grove schuld* of *bewuste roekeloosheid*, mits ditzelfde feitencomplex niet tevens jegens de vennootschap een ontoelaatbare schuldgraad oplevert. Dit laatste zal echter veelal het geval zijn.

Een contractuele vrijwaring voor schade toegebracht aan een derde voor een bestuurder is slechts zinvol in die gevallen waarin de bestuurder, gelet op de bijzondere omstandigheden van het geval, geen beroep toekomt op het wettelijke regresrecht, zoals geformuleerd in de artikelen 6:170 lid 3 en 7:661 lid 1 BW, en dus op grond van de wet de schade dient te dragen.

In de literatuur wordt aangenomen dat ook een curator niet gebonden is aan een exoneratie- of vrijwaringsbeding indien hij de bestuurder aansprakelijk stelt voor het tekort in faillissement op grond van artikel 2:138/248 BW. De curator treedt in dergelijke gevallen immers op als vertegenwoordiger van alle schuldeisers (zie o.a. Kortmann & Faber, WPNR (1996) 6249, p. 903 en De Nijs Bik, TVVS 1998, p. 34). Bovendien kan in dat geval aan het praktische nut van de vrijwaring worden getwijfeld, omdat de bestuurder een concurrente vordering krijgt op een failliete vennootschap. Aangenomen wordt dat de bestuurder geen beroep op verrekening (art. 53 Faillisse-

mentswet) toekomt, omdat de schuld van de bestuurder uit hoofde van artikel 2:138/248 BW geen schuld is aan de vennootschap, maar aan de gezamenlijke schuldeisers.

Een vrijwaring voor aansprakelijkheid uit hoofde van bijvoorbeeld artikel 2:139/249 BW (aansprakelijkheid voor misleidende jaarrekening) lijkt mij in strijd met het dwingendrechtelijk karakter van deze bepaling. Op grond van artikel 2:139/249 BW kan bijvoorbeeld een aandeelhouder een bestuurder aanspreken ingeval er door de jaarrekening een welbewuste onjuiste voorstelling van de financiële toestand van de vennootschap wordt gegeven. Een vrijwaring voor dergelijke schade zou betekenen dat uiteindelijk de aandeelhouder zelf indirect de schade betaalt, nu de vermogenstoestand van de vennootschap door een betaling uit hoofde van vrijwaring wordt aangetast. Dit lijkt mij onwenselijk.

Het is mijns inziens wel mogelijk om een bestuurder te vrijwaren voor eventuele kosten die hij moet maken om zich te verdedigen tegen een aansprakelijkstelling. In een dergelijk geval wordt immers niet het gehele financiële risico van onrechtmatig handelen bij de vennootschap neergelegd, maar stelt de vennootschap de bestuurder slechts in staat om zich te verdedigen tegen een eventuele aansprakelijkstelling. De toelaatbaarheid van een dergelijke contractuele afspraak kan worden afgeleid uit HR 4 oktober 2002, NJ 2002, 556, waarin de Hoge Raad oordeelde dat de Ondernemingskamer, op voet van het bepaalde in artikel 2:357 lid 2 BW, mag beslissen dat een vennootschap verplicht is een commissaris die bij wijze van voorziening wordt benoemd, te vrijwaren voor kosten die redelijkerwijs gemoeid zijn met het voeren van verweer tegen een eventuele aansprakelijkstelling (zie ook Van Dis, V&O 2002, p. 62 e.v., die de uitspraak van de Ondernemingskamer bespreekt waartegen cassatie was ingesteld). Alhoewel het hier een vrijwaring betrof ten behoeve van een door de Ondernemingskamer benoemde commissaris, meen ik hieruit te mogen afleiden dat de Hoge Raad een vrijwaring voor dergelijke kosten in ieder geval niet op voorhand afwijst.

Wie is bevoegd een vrijwaring af te geven?

Mocht een bestuurder ondanks de beperkte reikwijdte daarvan om een vrijwaring verzoeken, dan doet de vraag op welk orgaan daartoe zou moeten besluiten en wie de vennootschap bij een dergelijke overeenkomst zou moeten vertegenwoordigen. Het is evident dat de betreffende bestuurder een tegenstrijdig belang heeft met de vennootschap. In een dergelijk geval zijn, zo volgt uit artikel 2:146/256 BW, de commissarissen

bevoegd om de vennootschap te vertegenwoordigen. Dit artikel bepaalt echter ook dat de algemene vergadering van aandeelhouders steeds bevoegd is om één of meer personen aan te wijzen die de vennootschap moeten vertegenwoordigen. De Hoge Raad heeft onlangs beslist dat in geval van een tegenstrijdig belang de aandeelhouders hiervan op de hoogte moeten worden gesteld, zodat de aandeelhouders in de gelegenheid kunnen worden gesteld om één of meer vertegenwoordigers aan te wijzen (HR 3 mei 2002, NJ 2002, 393). Ik zou menen dat de aandeelhouders op andere gronden ook moeten worden betrokken bij de besluitvorming omtrent het vrijwaren van een bestuurder. De aandeelhoudersvergadering is immers bij uitsluiting bevoegd om decharge te verlenen aan bestuurders en commissarissen. Een decharge wordt aangemerkt als een kwijting achteraf. Het is mijns inziens dan ook verdedigbaar dat nu de algemene vergadering van aandeelhouders hiertoe bij uitsluiting bevoegd is, zij ook bij de besluitvorming omtrent het al dan niet vrijwaren van bestuurders een prominente rol zou moeten spelen in de vorm van een verplichte goedkeuring vooraf, omdat een vrijwaring eigenlijk niets meer is dan een kwijting bij voorbaat. Dit geldt in ieder geval voor een vrijwaring voor interne aansprakelijkheid, alhoewel een dergelijke vrijwaring mijns inziens overbodig is, evenals voor een vrijwaring voor externe aansprakelijkheid, omdat dat immers de vermogenspositie (en dus de positie van de aandeelhouders) van de vennootschap kan aantasten.

Conclusie

Gelet op het voorafgaande kom ik dan ook tot de conclusie dat een vrijwaring ten behoeve van een bestuurder alleen zinvol is voor het geval dat de bestuurder aan een derde schade toebrengt, welke schade het gevolg is van een gedraging van de bestuurder die *niet* het gevolg is van *opzet of bewuste roekeloosheid*, maar voor welke schade de bestuurder geen regres heeft op de vennootschap, omdat er sprake is van bijzondere omstandigheden die het wettelijk regresrecht van de bestuurder uit hoofde van artikel 6:170 lid 3 en/of 7:661 lid 1 BW in dit specifieke geval uitsluiten.

Daarbij merk ik ten overvloede wel op dat een vordering tot vrijwaring waardeloos wordt indien de vennootschap insolvent blijkt te zijn, terwijl de kans voor een bestuurder om persoonlijk aansprakelijk te worden gesteld nu juist het grootst is indien de vennootschap geen verhaal biedt.

Mocht de bestuurder onder het motto 'baat het niet, dan schaadt het niet' aandringen op een vrijwaring, dan doet de vennootschap er verstandig aan het al dan niet vrijwaren van een bestuurder aan de algemene vergadering van

Vennoot
&
Onder

aandeelhouders ter goedkeuring voor te leggen, voorzover deze vrijwaring verder gaat dan de wettelijke bescherming die de bestuurder reeds geniet.

Mr. M.M. van den Broek
Stibbe