

MR. O.L.M. HEUTS

De commissaris beschermd

Vrijwaring, exoneratie, verzekering en decharge als bescherming tegen aansprakelijkheid

De eisen die aan het functioneren van de commissaris gesteld worden nemen toe¹, het risico van persoonlijke aansprakelijkheid evenzeer. In deze bijdrage wordt ingegaan op nut en noodzaak van de meest voorkomende beschermingsmaatregelen tegen persoonlijke aansprakelijkheid van de commissaris: vrijwaring, exoneratie, verzekering en decharge.

Aansprakelijkheid van de commissaris

De commissaris houdt toezicht op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Ook heeft de commissaris een adviserende taak (artikel 2:140/250 BW). De wet kent de commissaris bovendien diverse specifieke taken toe. Naast de taken en bevoegdheden in het kader van de structuurregeling (artikel 2:158/268 en 2:162-164/272-274 BW) kan hierbij onder meer worden gedacht aan de vertegenwoordiging bij tegenstrijdig belang (artikel 2:146/256 BW), de bevoegdheid tot schorsing van bestuurders (artikel 2:147/257 lid 1 BW) en het bijeenroepen van een aandeelhoudersvergadering (artikel 2:109/219 BW). De statuten kunnen aanvullende bepalingen omtrent de taak en de bevoegdheden van de commissaris bevatten (artikel 2:140/250 lid 3). Voorbeelden hiervan zijn de voorafgaande goedkeuring van bestuursbesluiten en een regeling waarbij de commissaris bestuursbevoegdheid heeft bij belet of ontstentenis van het bestuur. Daarnaast staat de commissaris ook in een contractuele verhouding

tot de vennootschap: de commissaris vervult zijn taak op basis van overeenkomst van opdracht.

Binnen deze kaders kan de commissaris te maken krijgen met meerdere vormen van aansprakelijkheid. Daarbij kan onderscheid worden gemaakt naar interne aansprakelijkheid (dat wil zeggen: in relatie tot de vennootschap) en externe aansprakelijkheid (ten opzichte van derden).

Aansprakelijkheid ten opzichte van de vennootschap (interne aansprakelijkheid)

In de verhouding tussen commissaris en vennootschap is van belang artikel 2:9 BW, dat overeenkomstige toepassing vindt ten aanzien van de taakvervulling door de raad van commissarissen (artikel 2:149/259 BW). De commissaris is ten opzichte van de vennootschap derhalve gehouden om de hem opgedragen taak behoorlijk te vervullen. Schiet hij in de vervulling van de hem opgedragen taak tekort dan is hij voor het geheel aansprakelijk voor de schade die de vennootschap als gevolg hiervan lijdt. De behoorlijke taakvervulling is een collegiale verantwoordelijkheid. Indien sprake is van meerdere commissarissen, is ieder van hen dan ook hoofdelijk aansprakelijk. Een individuele commissaris kan zich disculperen indien hij aantoont dat de tekortkoming niet aan hem is te wijten en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.

1 L.Timmerman, Gedragsrecht, belangenpluralisme en vereenvoudiging van het vennootschapsrecht, *Ondernemingsrecht* 2005-1, p. 5; J.B. Wezeman en A.W. Dolphijn, Vrijwaring van bestuurders en commissarissen, *O&F*, nr. 57, 2003, p. 42.

2 Dit betoog geldt in grote lijnen ook voor de bestuurder; afwijkend zijn met name diens taakvervulling en diens positie als werknemer (zie ook voetnoot 16).

Een vordering op basis van artikel 2:9 BW wordt ingesteld door de vennootschap, die daarbij wordt vertegenwoordigd door het bestuur. Bij uitstek vindt aansprakelijkstelling op deze grond plaats tegen voormalige bestuurders, op initiatief van een nieuw aangetreden bestuur. In geval van faillissement kan deze vordering door de curator worden ingesteld.

Naast deze vennootschapsrechtelijke norm is de commissaris ook in contractueel opzicht gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn opdracht (artikel 7:401 e.v. BW). Een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van deze contractuele verplichting leidt tot aansprakelijkheid voor de schade die de opdrachtgever (de vennootschap) als gevolg hiervan lijdt (artikel 6:74 BW). De uit deze contractuele aansprakelijkheid voortvloeiende schade moet echter geacht worden geheel te worden beheerst door de regeling van artikel 2:9 BW.³

Een specifieke regeling voor vergoeding van door de vennootschap geleden schade is, ten slotte, te vinden in het enquêterecht (artikel 2:345 e.v.). De Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam kan beslissen dat de vennootschap de kosten van de enquête kan verhalen op (onder meer) de commissaris indien uit het verslag van de onderzoekers blijkt dat de commissaris verantwoordelijk is voor een onjuist beleid of een onbevredigende gang van zaken van de vennootschap (artikel 2:354 BW).

Aansprakelijkheid ten opzichte van derden (externe aansprakelijkheid)

Aansprakelijkheid van de commissaris kan zich ook voordoen in relatie tot derden.

a onrechtmatige daad

Om te beginnen kan de commissaris jegens derden aansprakelijk zijn wegens een handelen of nalaten dat kan worden aangemerkt als een onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW). Voor bestuurders bestaat op dit punt rechtspraak: de bestuurder die namens de vennootschap verplichtingen aangaat terwijl hij weet of behoort te weten dat de vennootschap niet zal kunnen nakomen handelt onrechtmatig en is jegens de benadeelde crediteur schadeplichtig.⁴ Van onrechtmatigheid is onder omstandigheden ook sprake

indien de bestuurder toelaat of bewerkstelligt dat de vennootschap haar verplichtingen niet nakomt⁵ of crediteuren ongelijk behandelt.⁶ Voor de commissaris die zich op soortgelijke wijze gedraagt ligt dit niet anders.

b Derde Misbruikwet

Bij een faillissement van de vennootschap geldt een bijzonder aansprakelijkheidsregime: indien sprake is van kennelijk onbehoorlijk toezicht op het gevoerde beleid in de periode van drie jaar voorafgaande aan het faillissement en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement, is de commissaris aansprakelijk voor het tekort in de boedel (de zogenaamde Derde Misbruikwet; artikel 2:138/248 jo. 2:149/259 BW). Aansprakelijkstelling geschiedt in dit geval door de curator, die hierbij optreedt namens de gezamenlijke crediteuren van de vennootschap. In de praktijk is deze grond voor aansprakelijkheid van groot belang, niet in de laatste plaats vanwege de bijzondere regels omtrent de bewijslast. Indien niet is voldaan aan de boekhoudplicht (artikel 2:10 BW) of de verplichting om tijdig de jaarrekening te publiceren (artikel 2:394 BW) treden twee wettelijke vermoedens in werking (artikel 2:138/248 lid 2 BW):

- i het onweerlegbare vermoeden dat sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijk toezicht (niet alleen voor wat betreft de boekhoud- en publicatieplicht, maar ook voor het overige gevoerde beleid); en
- ii het weerlegbare vermoeden dat dit een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement. De bewijspositie van de curator wordt zo aanmerkelijk versterkt.

Een onbelangrijk verzuim wordt bij de boekhoud- en publicatieplicht buiten beschouwing gelaten. Aan de boekhoudplicht is voldaan wanneer deze op enig moment snel inzicht verschaft in de debiteuren- en crediteurenposities en indien deze (samen met de liquiditeitspositie), gezien de aard en omvang van de onderneming, een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie.⁷ Voor de publicatieplicht geldt een termijn van dertien maanden na afloop van het boekjaar (artikel 2:394 lid 3 BW), ook indien geen aandeelhoudersbesluit is genomen om de wettelijke termijn voor het opmaken van de jaarrekening van vijf

3 J.B. Wezeman en A.W. Dolphijn, a.w., p. 44.

4 HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 286 (Beklamel); HR 15 januari 1993, NJ 1993, 301 (Henkel); HR 8 januari 1999, NJ 1999, 318 (Pelco/Sturkenboom).

5 HR 3 april 1992, NJ 1992, 411 (Van der Vliet); HR 18 februari 2002, NJ 2002, 295 (New Holland Belgium/Oosterhof).

6 HR 12 juni 1998, NJ 1998, 727 (Coral/Stalt).

7 HR 11 juni 1993, NJ 1993, 713 (Brens/Sarper).

maanden te verlengen met maximaal zes maanden. Een overschrijding van de dertienmaandentermijn met enkele dagen wordt als een onbelangrijk verzuim gezien. Of ook een langere overschrijding nog als onbelangrijk kan gelden, hangt af van de omstandigheden van het geval, zoals de redenen die tot de termijnoverschrijding hebben geleid.⁸

Indien de boekhoud- of publicatieplicht is geschonden, zal de commissaris aannemelijk moeten maken dat het faillissement niet in belangrijke mate te wijten is aan kennelijk onbehoorlijk toezicht. Het belang van met name een deugdelijke boekhouding wordt hiermee nog eens onderstreept: zonder deugdelijke boekhouding zal het voor de commissaris moeilijk zijn om het weerlegbare vermoeden te weerleggen.

Van kennelijk onbehoorlijk toezicht kan worden gesproken als geen redelijk denkend commissaris onder dezelfde omstandigheden aldus gehandeld zou hebben.⁹ Een individuele commissaris kan zich disculperen indien hij bewijst dat het onbehoorlijk toezicht niet aan hem is te wijten en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden (artikel 2:138/248 lid 3 BW). De rechter kan het bedrag waarvoor de commissarissen aansprakelijk zijn matigen gelet op de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling door de commissarissen, de andere oorzaken van het faillissement, alsmede de wijze waarop het faillissement wordt afgewikkeld. Individuele matiging is mogelijk gelet op de tijd die de betreffende commissaris in functie is geweest (artikel 2:138/248 lid 4 BW).

c de commissaris als quasi-bestuurder

Een bijzonder risico loopt de commissaris die de facto het beleid van de vennootschap bepaalt als ware hij bestuurder. Op grond van de Tweede Misbruikwet¹⁰ zijn de bestuurder en de quasi-bestuurder hoofdelijk aansprakelijk voor niet-betaalde belasting-schulden, socialeverzekeringspremies en pensioen-premies indien betaling hiervan door de vennootschap achterwege is gebleven en aannemelijk is dat niet-betaling het gevolg is van kennelijk onbehoorlijk bestuur in de periode van drie jaar voorafgaande aan de melding van betalingsonmacht. Deze melding

moet onverwijld (dat wil zeggen: binnen twee weken) nadat de schuld is ontstaan worden gedaan aan de ontvanger of het uitvoeringsorgaan. De meldingsplicht heeft niet te onderschatten consequenties: blijft (tijdige en volledige) melding achterwege dan kunnen bestuurders en quasi-bestuurders aansprakelijkheid enkel ontlopen door aannemelijk te maken dat hun van de te late melding geen verwijt kan worden gemaakt (hetgeen in de praktijk zelden lukt) en dat de niet-betaling niet aan hun kennelijk onbehoorlijk bestuur is te wijten. De Tweede Misbruikwet is dan ook een gevreesde bron van aansprakelijkheid voor bestuurders en feitelijke beleidsbepalers.

Commissarissen die daden van bestuur verrichten (artikel 2:151/261 BW) kunnen als quasi-bestuurders tevens aansprakelijk zijn voor de gevolgen van het nemen van eigen aandelen door de vennootschap (artikel 2:95 lid 2 BW) en het verkrijgen van niet-volgestorte aandelen door de NV (artikel 2:98a leden 2 en 3/2:207a lid 2 BW). De beleidsbepalende commissaris kan bovendien strafrechtelijk worden aangesproken, hetgeen hier verder buiten beschouwing blijft.

d misleidende jaarrekening

Indien door de openbaar gemaakte jaarrekening een misleidende voorstelling van zaken wordt gegeven van de toestand van de vennootschap, zijn de commissarissen naast de bestuurders tegenover derden hoofdelijk aansprakelijk voor de als gevolg hiervan geleden schade. De commissaris die bewijst dat zulks niet aan een tekortkoming zijnerzijds in het toezicht is te wijten, is niet aansprakelijk (artikel 2:150/260 BW).

Het voorgaande overzicht laat zien dat het risico van aansprakelijkheid niet gering is. Een ongeluk schuilt daarbij in een klein hoekje: bij de belangrijkste bronnen van aansprakelijkheid (de Derde en Tweede Misbruikwet) hebben formele verzuimen (schendingen van boekhoud-, publicatie- en meldingsverplichtingen) vergaande consequenties. Vanaf circa medio jaren '90 is het aantal juridische procedures op dit terrein sterk toegenomen. Dat commissarissen en bestuurders zich in toenemende mate afvragen of zij hiertegen voldoende zijn beschermd verbaast dan ook niet.

8 HR 11 juni 1993, *NJ* 1993, 713 (Brens/Sarper) en HR 2 februari 1996, *NJ* 1996, 406 (Pfenning/Niederer).

9 HR 8 juni 2001, *JOR* 2001/171 (Panmo).

10 De regeling is neergelegd in respectievelijk artikel 36 lid 5 sub b en 36a Invorderingswet 1990, artikel 16d lid 6 sub b Coördinatiewet Sociale Verzekering (deze bepaling gaat per 1 januari 2006 op in de Invorderingswet 1990) en artikel 23 lid 6 sub b Wet verplichte deelneming in een Bedrijfstakpensioenfonds 2000.

Bescherming van de commissaris op grond van de wet

Alvorens die bescherming te zoeken in bijzondere regelingen, is het zinvol na te gaan in hoeverre de commissaris aansprakelijkheid reeds kan afwenden op basis van het wettelijk kader.

Wettelijke exoneratie tegen interne aansprakelijkheid

De commissaris heeft een zekere marge bij het uitoefenen van zijn taak. Het nemen van risico's is immers inherent aan ondernemen; fouten maken mag. De commissaris dient zijn taak dan ook te vervullen overeenkomstig hetgeen van een redelijk handelend commissaris die voor zijn taak berekend is onder dezelfde omstandigheden mag worden verwacht. 'Gewoon' nalatig handelen is dan ook onvoldoende voor aansprakelijkheid wegens onbehoorlijke taakvervulling jegens de vennootschap. Om te komen tot aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW moet volgens vaste jurisprudentie sprake zijn van ernstig verwijtbaar handelen.¹¹ Of sprake is van een ernstig verwijt moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval, rekening houdend met de aard van de door de vennootschap uitgeoefende activiteiten en de risico's die daarmee samenhangen.

Een voorbeeld van ernstig verwijtbaar handelen is het aangaan van een grote financiële transactie in weerwil van een statutaire bepaling die voorafgaande goedkeuring van een ander vennootschapsorgaan voorschrijft.¹²

Artikel 2:9 BW biedt de commissaris dus al een wettelijke exoneratie tegen schadeclaims van de vennootschap.

Verhaal van schade en kosten op vennootschap bij externe aansprakelijkheid

Anders ligt het bij schadeclaims van derden. De commissaris heeft er belang bij dat hij de schade die hij moet vergoeden aan derden of kosten die hij maakt ter afwering van hun claims kan verhalen op

de vennootschap. De wettelijke regels omtrent de overeenkomst van opdracht bieden de commissaris slechts een regeling met betrekking tot verhaal van 'onkosten verbonden aan de uitvoering van de opdracht' (artikel 7:406 lid 1 BW). Volgens de wetgever moet daarbij gedacht worden aan onkosten die voor de uitvoering van de opdracht zelf nodig zijn en deze lijkt daarbij niet het oog te hebben gehad op de kosten die de commissaris maakt voor zijn verdediging tegen claims. Het lijkt er dus niet op dat de commissaris deze kosten op de vennootschap kan verhalen.

Min of meer hetzelfde geldt voor de schade die de commissaris aan derden moet betalen: alleen de schade die het gevolg is van 'aan de opdracht verbonden bijzondere gevaren' komt voor vergoeding door de opdrachtgever in aanmerking (artikel 7:406 lid 2 BW). Deze regeling wordt zeer beperkt uitgelegd; in beginsel moet de beloning immers mede als contra-prestatie worden gezien van het dragen van risico's die aan de uitvoering van de opdracht zijn verbonden.¹⁴

Kortom: de commissaris is op grond van artikel 2:9 BW en de daarop gebaseerde jurisprudentie beschermd tegen aansprakelijkheid jegens de vennootschap als gevolg van 'gewone' tekortkomingen. Wet en jurisprudentie bieden hem echter geen of nauwelijks mogelijkheden om zijn schade of kosten ter zake van aanspraken van derden vergoed te krijgen door de vennootschap.^{15,16}

Aanvullende bescherming: exoneratie en vrijwaring

Gezien het voorgaande zal de commissaris vaak behoefte hebben aan bescherming die verder gaat dan hetgeen de wet hem biedt.

Exoneratie

Contractuele uitsluiting of beperking van aansprakelijkheid lijkt een voor de hand liggende methode om ervoor te zorgen dat de commissaris niet wordt

11 O.a. HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 (Venlease).

12 Of een dergelijke handelwijze in concreto leidt tot aansprakelijkheid hangt ook af van andere omstandigheden; HR 29 november 2002, *JOR* 2002/14 (Schwandt/Berghuizer Papierfabriek); het ging hier om een bestuurder.

13 Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), p. 337; zie ook S.C.J.J. Kortmann, in: Asser-Kortmann e.a. 5-III (1994), p. 69, die kosten van vervoer, post en telefoon noemt.

14 Vgl. HR 15 mei 1981, *NJ* 1982, 237 m.nt. BW (Dijkhuizen/Bitumarin) en S.C.J.J. Kortmann, a.w., nr. 86.

15 M. van Olffen, *Vrijwaring van bestuurders en commissarissen van een N.V. of B.V.*, in: G. van Solinge en M. Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2003-2004*, 2004, p. 475; Potjewijd, a.w., p. 609.

16 Bestuurders hebben nog een verhaalsrecht in de vorm van artikel 6:170 lid 3 BW: de vennootschap dient de schade te vergoeden die is veroorzaakt door haar ondergeschikten in de uitoefening van hun functie, tenzij sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid. Bestuurders worden als ondergeschikten gezien, commissarissen niet. Een gelijklopende regeling geldt specifiek voor de bestuurder die zijn functie uitoefent op grond van een arbeidsovereenkomst (artikel 7:661 lid 1 BW).

aangesproken door de vennootschap voor de gevolgen van diens functioneren. Exoneratie geldt slechts in de onderlinge verhouding tussen vennootschap en commissaris: zij dekt enkel de interne aansprakelijkheid en werkt niet ten opzichte van derden.

Vrijwaring

Bescherming tegen externe aansprakelijkheid vindt de commissaris in beginsel in een vrijwaring. Vrijwaring houdt in dat de vennootschap de commissaris schadeloos stelt indien deze aansprakelijk wordt gesteld ter zake van diens handelen of nalaten als commissaris. De vrijwaring biedt primair bescherming tegen claims van derden, maar omvat ook schadeloosstelling voor kosten die de commissaris maakt indien hij door de vennootschap aansprakelijk wordt gesteld. In feite aanvaardt de vennootschap bij voorbaat aansprakelijkheid ten opzichte van de commissaris op basis van feiten die nog niet bekend zijn.¹⁷

De vrijwaring dekt de vermogensschade van de commissaris: de bedragen die hij aan derden moet vergoeden, boeten en dwangsommen, alsmede de kosten die hij redelijkerwijs moet maken in het kader van zijn verweer tegen de aansprakelijkstelling.

Reikwijdte exoneratie en vrijwaring

Kan de commissaris nu met behulp van een exoneratiebeding en een vrijwaring steeds aan aansprakelijkheid ontkomen? Het antwoord is: nee.

Om te beginnen kan aansprakelijkheid voor de gevolgen van eigen opzet of bewuste roekeloosheid niet contractueel worden beperkt of uitgesloten. Een exoneratiebeding met die strekking is in strijd met de goede zeden (artikel 3:40 lid 1 BW) en derhalve nietig. Een exoneratiebeding ter zake van een lichtere vorm van schuld kan op zichzelf geldig zijn, maar de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 BW kunnen eraan in de weg staan dat de commissaris een beroep op de exoneratie doet.¹⁸ Daarnaast hebben

we in deze context te maken met het feit dat (gezien artikel 2:25 BW) van artikel 2:9 BW niet kan worden afgeweken. Dat betekent dat de interne aansprakelijkheid wegens onbehoorlijke taakvervulling niet contractueel kan worden uitgesloten of beperkt. Een exoneratie met die strekking is derhalve in strijd met de wet (artikel 3:40 lid 2 BW) en nietig.¹⁹ Met betrekking tot exoneratieclausules is bovendien de heersende leer dat deze geen bescherming bieden in een faillissementssituatie tegen de aanspraken van de curator op grond van artikel 2:138/248 BW.²⁰

Kortom: exoneratie ter zake van opzet, bewuste roekeloosheid en ernstige verwijtbaarheid is niet mogelijk, terwijl exoneratie voor lichtere vormen van schuld niets toevoegt aangezien de commissaris niet aansprakelijk is zolang niet ten minste sprake is van een ernstig verwijt.²¹ Het effect van exoneratie is derhalve gering; schadelijk is exoneratie echter evenmin.

Deelt vrijwaring hetzelfde lot? Algemeen wordt aangenomen dat ook een vrijwaring voor de gevolgen van eigen opzet of bewuste roekeloosheid nietig is (artikel 3:40 lid 1 BW) en dat op een vrijwaring ter zake van lichtere 'vergrijpen' niet in alle gevallen een beroep kan worden gedaan (artikel 6:248 BW). Bij vrijwaring voor de kosten die de commissaris maakt in het kader van een aansprakelijkstelling door de vennootschap geldt hetzelfde als bij de exoneratie: treft de commissaris een ernstig verwijt dan helpt de vrijwaring hem niet. Denkbaar is dat de vrijwaring bepaalt dat, indien (in rechte) vast komt te staan dat het ernstig verwijt ongegrond is, de vennootschap aan de commissaris alsnog diens kosten van verweer tegen deze aansprakelijkstelling vergoedt. Ook een spiegelbeeldige regeling is mogelijk: de vennootschap schiet de verweerkosten voor, waarbij de commissaris het ontvangene als onverschuldigd betaald zal moeten restitueren indien de vordering gegrond blijkt (en het beroep op de vrijwaring niet toelaatbaar moet worden geacht). Gaat men ervan uit dat de mate van

17 W.W. de Nijs Bik, *De bestuurder gevrijwaard*, *TVVS*, 1998, p. 34.

18 J.M.M. Maeijer, in: Asser-Maeijer 2.III, 2000, p. 436; Van der Heijden-Van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, 1992; J. Winter, in: Van Schilfgaarde/Winter, *Van de BV en de NV*, 2003, nrs. 47 en 72; A.S. Hartkamp, in: Asser-Hartkamp 4-1 (2004), nr. 345; HR 19 mei 1967, *NJ* 1967, 261 (Saladin/HBU); specifiek met betrekking tot vrijwaring: W.W. de Nijs Bik, a.w., p. 33-37.

19 J.B. Wezeman en A.W. Dolphijn, a.w., p. 44 en de aldaar vermelde bronnen.

20 Anders: P. van Schilfgaarde, *Misbruik van rechtspersonen*, 1986, p. 76-77.

21 Diverse auteurs nemen aan dat ernstig verwijt gelijk kan worden gesteld met bewuste roekeloosheid; zie: A.S. Franssen van de Putte, *Vrijwaring en verzekering*, in: G. van Solinge en M. Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2003-2004*, 2004, p. 500 en G.H. Potjewijd, a.w., p. 607.

schuld bij kennelijk onbehoorlijk toezicht (of quasi-bestuur), onrechtmatig handelen en misleiding bij de jaarrekening op een lijn is te stellen met bewuste roekeloosheid²², dan zal vrijwaring geen bescherming bieden tegen aansprakelijkstelling door derden. In dat geval biedt vrijwaring enkel bescherming wanneer de mate van schuld van de commissaris lichter is dan bewuste roekeloosheid en voegt zij weinig toe aan de bescherming die het wettelijk kader reeds biedt. Vrijwaring heeft wel zin voor het geval kennelijk onbehoorlijk toezicht (of quasi-bestuur), onrechtmatig handelen en misleiding worden aangemerkt als lichtere vormen van schuld dan bewuste roekeloosheid: de vrijwaring dekt dan het 'gat' tussen deze lichtere vorm van schuld en bewuste roekeloosheid. Het praktisch nut van vrijwaring door de vennootschap ligt verder met name bij de kostenregeling in geval van een vordering op grond van artikel 2:9 BW. Overigens kan vrijwaring zinvol zijn indien de commissaris zelf niet aansprakelijk is en schade lijdt als gevolg van het optreden van de vennootschap.²³

Aan vrijwaringclausules kleeft overigens wel een belangrijke praktische beperking.²⁴ De commissaris zal vooral behoefte hebben aan een vrijwaring in tijden van nood. Het risico van persoonlijke aansprakelijkheid is immers het grootst wanneer de vennootschap in financiële moeilijkheden verkeert. Kenmerk van een vennootschap in financiële problemen is dat de vennootschap geen of onvoldoende verhaal biedt. De vennootschap zal in die situatie dus niet in staat zijn de commissaris schadeloos te stellen, zodat de vrijwaring in feite waardeloos is. Om die reden wordt dikwijls tevens een vrijwaring verleend door de aandeelhouder of een groepsvennootschap. Indien deze in het buitenland zijn gevestigd zal de commissaris echter op vreemde bodem verhaal moeten zoeken; zelden een aantrekkelijk perspectief.

Niettemin kan vrijwaring, ondanks belangrijke

beperkingen, een nuttige functie vervullen in de bescherming tegen de gevolgen van aansprakelijkheid. Ook hier geldt: baat het niet dan schaadt het niet.

Vrijwaring in statuten of contract

Net als het exoneratiebeding heeft de vrijwaring meestal de vorm van een overeenkomst, gesloten tussen vennootschap en commissaris. Vrijwaring wordt in de praktijk ook wel in de statuten van de vennootschap vastgelegd. Dat laatste heeft tot gevolg dat elke commissaris automatisch een vrijwaring krijgt, zonder dat wordt bezien of dit in voorkomend geval nodig, wenselijk of in het belang van de vennootschap is.²⁵ Een latere statutenwijziging doet geen afbreuk aan de rechten van de commissaris op grond van de statutaire vrijwaringregeling, tenzij de vennootschap bij het verlenen van de vrijwaring daartoe een voorbehoud heeft gemaakt (artikel 2:122/232 BW). Indien specifieke omstandigheden zulks vereisen kan de statutaire vrijwaring nader worden toegespitst; de statuten kunnen daarbij tevens bepalen welk orgaan bevoegd is om dit uit te werken.²⁶ Bezwaar tegen een statutaire vrijwaring is dat de aandeelhouders in geval van dwaling of bedrog mogelijk geen gebruik kunnen maken van de vernietigingsinstrumenten die van toepassing zijn op contractuele verhoudingen (artikel 6:228 en artikel 3:44 lid 3 BW).²⁷

Tot een statutaire vrijwaring zal moeten worden besloten door de algemene vergadering van aandeelhouders. Dit orgaan is ook beslissingsbevoegd indien wordt gekozen voor een contractuele vrijwaring. Immers, omdat de vrijwaring kan worden gezien als een vorm van beloning, dient het orgaan dat bevoegd is de aan de commissaris toekomende bezoldiging toe te kennen de vrijwaring te verlenen²⁸: de algemene vergadering van aandeelhouders derhalve (artikel 2:145/255 BW). Die bevoegdheid kan sinds 2004²⁹

22 Voor wat betreft kennelijk onbehoorlijk toezicht resp. quasi-bestuur in de zin van de Derde en Tweede Misbruikwet wordt dit standpunt o.m. ingenomen door A.S. Franssen van de Putte, a.w., p. 501. Vergelijkbaar: W.W. de Nijs Bik, a.w., p. 34 en (ook met betrekking tot aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad) Y. Borrius, Behoorlijk bestuur; één gedragsnorm?, in: G. van Solinge en M. Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2002-2003*, 2003, p. 79 e.v.

23 M. van Olffen, a.w., p. 477, die als voorbeeld reputatieschade noemt.

24 H.A. de Savornin Lohman, *Het Financieele Dagblad*, 8 mei 2003 (in reactie op M. van Olffen, *Het Financieele Dagblad*, 17 april 2003).

25 Tegenstander van een statutaire vrijwaring (mede) om die reden is W.W. de Nijs Bik, *De statutaire vrijwaring*, *Ondernemingsrecht* 2005-11/12, p. 381.

26 M. van Olffen, a.w., p. 478.

27 W.W. de Nijs Bik, a.w. *Ondernemingsrecht* 2005-11/12, p. 381.

28 P.W.A. Goes, *Vrijwaring van bestuurders en commissarissen en tegenstrijdig belang*, in: G. van Solinge en M. Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2003-2004*, 2004, p. 489; Van Olffen, a.w., p. 479; Potjewijd, a.w., p. 612; M.M. van den Broek, *Vrijwaring van bestuurders: zin of onzin?*, *V&O*, 2003, p. 117.

niet meer aan een ander orgaan worden opgedragen.

Daar waar de vennootschap moet worden vertegenwoordigd bij het uiteindelijk verlenen van de vrijwaring ligt een tegenstrijdig belang op de loer, al zal dit bij de commissaris minder aan de orde zijn dan bij de bestuurder.³⁰ Daarnaast is van belang dat van de vrijwaring opgave dient te worden gedaan in de toelichting bij de jaarrekening, aangezien de vrijwaring tevens het karakter heeft van een door de vennootschap aan de commissaris verstrekte garantie (artikel 2:383 lid 2 en 2:383 e BW).³¹

Verzekering

De meest effectieve bescherming tegen bestuurdersaansprakelijkheid wordt geboden door een D&O (Directors & Officers)- of BCA (Bestuurders- en Commissarissen Aansprakelijkheids)-verzekering.

Polisformaliteiten

Een D&O-verzekering wordt door de vennootschap ten behoeve van de commissaris (en de bestuurder) gesloten. De premie wordt meestal betaald door de vennootschap.³² De verzekering is gebaseerd op het 'claims made' principe: er is slechts dekking voor claims die binnen de looptijd van de verzekering zijn ingesteld. Afhankelijk van de polis kan aan het claims made-principe worden ontkomen indien tijdens de verzekeringsperiode omstandigheden die kunnen leiden tot een claim aan de verzekeraar zijn gemeld. Daarnaast bieden de meeste D&O-verzekeringen de mogelijkheid om, tegen betaling van een premie, ook na beëindiging van de polis gedurende een bepaalde periode claims aan te melden. Een dergelijke uitloopregeling is nuttig indien rekening wordt gehouden met verwachte aansprakelijkstellingen die nog niet rijp zijn voor aanmelding. Dit speelt onder meer indien de vennootschap failliet is verklaard, geen premie meer kan betalen en de polis eindigt. Met het oog op een eventuele aansprakelijkstelling door de curator is een uitloopregeling het overwegen waard. De uitlooppremie zal door de commissaris in beginsel zelf moeten worden voldaan.

Hick-up wil nog wel eens zijn artikel 251 WvK, dat de verzekeraar het recht geeft om de polis te vernietigen indien bij het sluiten van de polis onjuiste opgaven zijn gedaan of belangrijke feiten zijn verzwegen. Meestal zijn de kosten van rechtsbijstand gedekt tot het moment dat vaststaat dat de hierop gebaseerde vernietiging gegrond is.³³

Reikwijdte verzekering

Verzekering voorziet in dekking tegen het risico dat de commissaris door de vennootschap of derden wordt aangesproken voor vergoeding van door hen geleden schade die het gevolg is van diens handelen of nalaten. Veel D&O-verzekeringen dekken tevens het risico dat de vennootschap de commissaris moet vrijwaren van aanspraken van derden zonder dat de vennootschap zelf ook voor die schade aansprakelijk is. Zolang de vennootschap die aanspraken kan voltooien, zal de verzekeraar overigens niet uitkeren.

Behalve schade die aan de vennootschap of aan derden moet worden vergoed, vallen ook de kosten van verweer tegen de aansprakelijkstelling onder de dekking.

Verzekering biedt een ruimere bescherming dan exoneration en vrijwaring. Waar exoneration en vrijwaring slechts mogelijk zijn voor alle gradaties van schuld lichter dan grove schuld, is verzekeren toegestaan voor schade die het gevolg is van grove schuld en zelfs voorwaardelijke opzet in de zin van het mogelijks- en het waarschijnlijkheidsbewustzijn.³⁴ Bij D&O-polissen is gebruikelijk dat opzettelijke misdragingen en frauduleus handelen zijn uitgesloten van dekking³⁵; grove schuld en ernstig verwijtbaar handelen zijn, anders dan bij exoneration en vrijwaring, wel gedekt. Een ander groot voordeel van een D&O-verzekering is dat deze zowel interne als externe aansprakelijkheid dekt. Anders dan een vrijwaring door de vennootschap biedt de D&O-verzekering ook verhaal indien de vennootschap inmiddels failliet is verklaard, mits uiteraard tijdig en juist wordt

29 Wet van 9 juli 2004 in verband met aanpassing van de structuurregeling, *Stb.* 370, in werking getreden op 1 oktober 2004.

30 Zie hierover P.W.A. Goes, a.w., p. 485 e.v. en G.H. Potjewijd, a.w., p. 612.

31 M. van Olfen, a.w., p. 479; J. Winter, a.w., nr. 47 en G.H. Potjewijd, a.w., p. 613.

32 Zie voor kanttekeningen hierbij L.S. van Dis, *Verzekering en vrijwaring van bestuurders en commissarissen ten laste van de vennootschap*, *V&O*, 2002, p. 62 e.v.

33 Zie M. de Kort-de Wolde en G.H. Potjewijd, *Verzekering en vrijwaring*, *Ondernemingsrecht* 2005-8, p. 280.

34 HR. 30 mei 1975, *NJ* 1976, 572 (Bierglas); zie ook: D.M. Sutorius, *De aansprakelijkheidsverzekering voor bestuurders en toezichthouders van verenigingen en stichtingen*, *S&V* 1991, p. 127 e.v.; A.S. Franssen van de Putte, a.w., p. 499; L.S. van Dis, a.w., p. 63.

35 Ook uitgesloten zijn bijvoorbeeld letsel-, zaak- en milieuschade en boetes.

geclaimd onder de polis. Een D&O-verzekering is derhalve een nuttige en vaak zelfs noodzakelijke aanvulling op de bescherming tegen aansprakelijkheid.

Bevoegd orgaan

Een D&O-verzekering kan gezien worden als een vorm van bezoldiging; als contraprestatie voor zijn werkzaamheden ontvangt de commissaris van de vennootschap immers bescherming tegen aanspraken op zijn privé-vermogen.³⁶ De beslissing om ten behoeve van de commissaris een D&O-verzekering te sluiten is dan ook voorbehouden aan de algemene vergadering van aandeelhouders (artikel 2:145/255 BW).

Complicatie: beslaglegging onder verzekeraar

Bij veel D&O-polissen komt de vergoeding van kosten die verband houden met het verweer tegen de aansprakelijkstelling in mindering op de uitkering van eventuele schade indien de aansprakelijkheid van de commissaris gegrond blijkt. Bij lange juridische procedures kan een flink deel van het verzekerde bedrag opgaan aan kosten van verweer.

Curatoren zien daarin in toenemende mate een aanleiding om conservatoir derdenbeslag te leggen onder de verzekeraar (artikel 475 jo. 720 Rv). Door middel van een conservatoir (derden)beslag wordt, hangende de civiele procedure over de aansprakelijkheid, voorkomen dat de verzekeraar aan de commissaris kosten van verweer vergoedt en het verzekerde bedrag afneemt.

Een dergelijk beslag gaat er van uit dat de verzekerde commissaris een vordering heeft op de verzekeraar tot betaling van de kosten van verweer. Er kan immers alleen beslag worden gelegd op vermogensbestanddelen (waaronder vorderingen) van de beslagdebiteur (de verzekerde commissaris). Of sprake is van een tot het vermogen van de verzekerde behorende vordering op de verzekeraar hangt af van de bewoordingen van de polis.

Er zijn kritische kanttekeningen te plaatsen bij een beslag op de vordering tot betaling van vergoeding van verweerkosten. Om te beginnen keert de verzekeraar enkel uit (dit geldt ook voor de vergoeding van de kosten van verweer) indien de verzekerde zijn verplichtingen op grond van de polis nakomt. Een van die verplichtingen is dat de commissaris (in nauw

overleg met de verzekeraar) verweer voert tegen de aansprakelijkstelling. Beslaglegging op de uitkering van de verweerkostenvergoeding kan tot gevolg hebben dat de commissaris niet in staat is tot het voeren van verweer. Indien de verzekeraar zich vervolgens met succes op het standpunt stelt dat de commissaris niet aan zijn verplichting heeft voldaan en uitkering van de verweerkostenvergoeding weigert, kan een beslag op de vordering tot vergoeding van de kosten van verweer geen effect sorteren.

Anders is het indien het beslag niet verhindert dat de commissaris deugdelijk verweer voert. Indien hij de kosten van verweer bijvoorbeeld zelf kan voorschieten, staat weinig aan verdediging in de weg, zodat de voorwaarde voor vergoeding van die kosten wordt vervuld en de commissaris een vorderingsrecht jegens de verzekeraar heeft. In de enige procedure die hierover (voorzover bekend) gevoerd is, oordeelde de Voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam dat die vordering in beginsel voor beslag vatbaar is.³⁷ Volgens de Voorzieningenrechter leiden de kosten van verweer ten behoeve van de aansprakelijk gestelde bestuurder ertoe dat de mogelijkheid voor de curator tot verhaal op de verzekeringsuitkeringen wordt aangetast of tot nihil wordt gereduceerd, hetgeen een valide grond voor beslaglegging oplevert.

Concrete omstandigheden kunnen ertoe leiden dat het gelegde beslag op de voet van artikel 705 Rv door de Voorzieningenrechter wordt opgeheven.³⁸ Ook in genoemde kwestie boog de Voorzieningenrechter zich over de vraag of het belang van de verzekerde op ongelimiteerde uitkering van kosten van verweer door de D&O-verzekeraar zwaarder weegt dan het belang van de curator bij instandhouding van zijn verhaalsmogelijkheden. In casu belette het beslag de verzekerde niet om verweer te voeren tegen de aansprakelijkstelling; evenmin had het beslag geleid tot een noodtoestand voor de verzekerde. De belangenafweging viel in dit geval uit in het voordeel van de curator.

Genoemde uitspraak maakt duidelijk dat, indien de verzekerde commissaris door het beslag wordt gehinderd in zijn verweer, de balans naar de andere kant kan doorslaan. Dit geldt temeer omdat dan niet alleen de verzekerde, maar ook de verzekeraar wordt benadeeld in zijn procesvoering. Een derdenbeslag

³⁶ A.S. Franssen van de Putte, a.w., p. 495.

³⁷ Voorzieningenrechter Rb. Amsterdam 30 oktober 2003, KG 03/1994 JRB, *TvI*, 2004/1, 10 (Text Lite).

³⁸ Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 314.

mag er niet toe leiden dat de derde-beslagene in een slechtere positie komt te verkeren dan het geval zou zijn geweest wanneer er geen beslag onder hem was gelegd en hij rechtstreeks door zijn schuldeiser tot nakoming zou worden aangesproken.³⁹ Dat kan zich voordoen indien het beslag weliswaar niet verhindert dat verweer wordt gevoerd, maar het voeren van verweer wordt wel ernstig bemoeilijkt (de commissaris is in staat om de kosten van verweer zelf voor te schieten maar zijn budget is beperkt, zodat bijvoorbeeld geen externe deskundige kan worden ingeschakeld voor een contra-expertise of moet worden afgezien van uitgebreide getuigenverhoren). In dat geval kan de verzekeraar in een slechtere positie terecht komen: aan de kwaliteit van het verweer moeten concessies worden gedaan, zodat de aansprakelijkstelling mogelijk eerder zal worden toegewezen en de verzekeraar de schade zal moeten uitkeren. In dergelijke omstandigheden zou de Voorzieningenrechter aan het belang van verzekeraar en de beslagdebiteur groter gewicht moeten toekennen dan aan het belang van de curator om te beletten dat de verzekeringsdekking wordt opgesoupeerd aan verweerkosten en het beslag moeten opheffen.

Bij de belangenafweging zou tevens een rol moeten spelen of al dan niet sprake is van een uitloopregeling. Het komt voor dat curatoren de premie voor rekening van de boedel nemen, omdat de verlengde dekking de boedel verhaal biedt voor de claim tegen bestuurders en commissarissen. Hiermee is moeilijk verenigbaar dat de curator vervolgens ook het deel van de polis dat betrekking heeft op vergoeding van verweerkosten tot zich neemt. De verzekering is een emolument, die door de vennootschap niet eenzijdig kan worden ingetrokken of beperkt. Ofschoon de curator strikt genomen niet gelijk is te stellen met de vennootschap, zou voor hem hetzelfde moeten gelden: wanneer hij de verzekering continueert, dient hij ten minste te accepteren dat de verweerkostencomponent voor de commissaris intact blijft. Dit argument gaat wellicht niet op indien de commissaris zelf de uitlooppremie betaalt: de commissaris kiest dan zelf voor aanvullende bescherming, waarvan hij ook zelf profijt heeft (in ieder geval voor wat betreft de schadecomponent).⁴⁰ Niettemin blijft verdedig-

baar dat de commissaris die (op eigen kosten) een extra verhaalsobject voor de curator creëert in de vorm van dekking ter grootte van de uiteindelijke schade-uitkering, niet hoeft te accepteren dat de curator zich ook de dekking van de verweerkosten toe-eigent. Uitholling van de verweerkostencomponent van D&O-polissen zou immers voorkomen moeten worden.

Hoe dan ook doen de commissaris en de verzekeraar er goed aan om het risico van beslaglegging op een deel van de polis te voorkomen. Dit kan worden bereikt door de vordering van de commissaris tot uitkering van de kosten van verweer te cederen aan diens advocaat. Daarmee verdwijnt de vordering uit het vermogen van de aansprakelijk gestelde commissaris en kan hierop dus ook geen beslag worden gelegd. Bezwaar tegen deze oplossing is dat de cessie paulianeus zou kunnen zijn en kan worden vernietigd (artikel 3:45 BW en – in faillissement – artikel 42 Fw alsmede artikel 2:138/248 lid 9 jo. artikel 2:149/259 BW). Het alternatief is dat in de polis wordt bepaald dat de verzekeraar in overleg met de verzekerde zelf de advocaat aanstelt en diens declaraties ook zelf voldoet. Ook langs die route wordt bereikt dat de verzekerde commissaris geen vordering heeft tot betaling van kosten van verweer, zodat beslaglegging niet mogelijk is.⁴¹

Decharge

Naast exoneration, vrijwaring en verzekering biedt ook decharge nog steeds bescherming tegen aansprakelijkheid. Door het verlenen van decharge verliest de vennootschap haar eventuele vorderingsrechten jegens de commissaris (artikel 6:130 BW). In tegenstelling tot een exonerationbeding is decharge een kwijting achteraf. De bevoegdheid tot het verlenen van decharge komt bij de NV en de BV toe aan de algemene vergadering van aandeelhouders (artikel 2:107/217 BW).

Ook de werking van decharge is echter beperkt. Decharge leidt slechts tot ontslag uit de interne aansprakelijkheid (artikel 2:9 BW) voorzover het gevoerde beleid en het toezicht daarop blijkt uit de betreffende jaarstukken of expliciete mededelingen

39 HR 30 november 2001, NJ 2002, 419 (De Jong/Carnifour); zie ook L.P. Broekveldt, *Derdenbeslag*, 2003, p. 72 en 73.

40 De aanwezigheid van een verzekering kan in voorkomend geval reden zijn voor matiging van aansprakelijkheid op grond van artikel 6:109 BW (vgl. A.W. Franssen van de Putte, a.w., p. 498). Een dergelijke matiging kan overigens niet leiden tot aansprakelijkheid voor een bedrag lager dan de verzekerde som.

41 Vgl. C.W.M. Lieverse, naschrift bij Voorzieningenrechter Rb. Amsterdam 30 oktober 2003 (Text Lite), *TvI*, 2004/1, p. 43 en A.S. Franssen van de Putte, a.w. p. 502.

aan de aandeelhouders. Indien de vennootschap vervolgens faillieert, kan ook de curator geen vordering uit hoofde van artikel 2:9 BW meer instellen. Decharge beschermt echter niet tegen aansprakelijkstelling door de curator op grond van kennelijk onbehoorlijk toezicht indien de vennootschap failliet is (artikel 2:138/248 lid 6 tweede volzin jo. artikel 2:149/259 BW). Een dechargebesluit kan bovendien worden vernietigd op grond van artikel 2:15 BW, alsmede bij wege van een voorziening in een enquêteprocedure. Ook zonder vernietiging kan de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW beletten dat de commissaris een beroep doet op het dechargebesluit.

Sinds 2001 volgt decharge niet meer automatisch uit de goedkeuring van de jaarrekening. Thans dient decharge als afzonderlijk agendapunt ter vergadering van aandeelhouders te worden behandeld. Naast een jaarlijkse decharge kan decharge ook worden verleend wanneer de commissaris aftreedt.

Resumerend

Vrijwaring en exoneratie bieden de commissaris bescherming tegen aansprakelijkheid zij het in beperkte mate. Exoneratie en vrijwaring ter zake van opzettelijk gemaakte fouten van de commissaris of ter zake van bewuste roekeloosheid is ongeldig. Datzelfde geldt voor exoneratie ter zake van ernstig verwijt. Exoneratie voor lichtere vormen van schuld heeft in het algemeen weinig zin aangezien de commissaris voor schuldvormen lichter dan ernstig verwijt niet aansprakelijk is. Niet uitgesloten is dat de mate van schuld bij externe aansprakelijkheid lichter is dan bewuste roekeloosheid, in welk geval vrijwaring bescherming biedt. Daarnaast dekt vrijwaring de kos-

ten die de commissaris maakt in verband met aansprakelijkstelling door de vennootschap (tenzij deze aansprakelijkstelling gegrond blijkt) en de schade veroorzaakt door de vennootschap waarbij de commissaris zelf niet aansprakelijk is.

Meer bescherming gaat uit van een D&O-verzekering, die ook schade voortvloeiend uit bewuste roekeloosheid dekt en dus verder gaat dan exoneratie en vrijwaring. Bovendien biedt deze verzekering in beginsel ook bescherming indien de vennootschap inmiddels insolvent is geraakt en vrijwaring de facto waardeloos is geworden. Voor het geval de D&O-verzekering wordt vernietigd of de verzekeringsperiode is verstreken kunnen exoneratie en vrijwaring alsnog enig comfort bieden. Ter voorkoming van beslaglegging op de door de D&O-polis gedekte verweerkosten zou het de voorkeur verdienen dat de polis zo wordt ingericht dat de adviseurs van de verzekerde commissaris, na onderling overleg, worden aangesteld door de verzekeraar en zij ook rechtstreeks door de verzekeraar worden betaald.

Vrijwaring en exoneratie zijn derhalve geen vervanging voor verzekering, maar louter een aanvulling. De best mogelijke bescherming geniet de commissaris die daarnaast tevens jaarlijks en bij aftreden expliciet decharge krijgt voor het tot dan toe gevoerde toezicht.

Mr. O.L.M. Heuts is advocaat bij Loyens & Loeff N.V. te Amsterdam.