

Toelichting

Aansprakelijkheidsverzekering voor bestuurders en commissarissen



Bestuurders en commissarissen van privaatrechtelijke rechtspersonen (N.V., B.V., Vereniging en Stichting) nemen een bijzondere positie in. Deze positie brengt namelijk met zich mee dat zij persoonlijk aansprakelijk gehouden kunnen worden voor schade die anderen geleden hebben, of menen geleden te hebben. Dit betekent dat personen die handelen als bestuurder of commissaris het risico lopen dat zij met hun privévermogen op moeten komen voor (vermeende) schade.

In dit stuk wordt stilgestaan bij dit risico. Ontwikkelingen, het wettelijk kader, risico-inschatting en -beheer en oplossingen die de verzekeringsmarkt kan bieden passeren de revue. Hierbij zal de nadruk liggen op de positie van bestuurder en commissaris van een N.V. en B.V. Later zal nog aandacht geschonken worden aan de positie van lid van een bestuur of toezichhoudend orgaan hierop bij een vereniging of een stichting.

WIE IS BESTUURDER OF COMMISSARIS?

Wie als commissaris kan worden gezien zal in de praktijk niet tot onduidelijkheid leiden. Bij de positie van bestuurder kan dit gecompliceerder liggen. Het is namelijk mogelijk dat ook een ander dan de statutair benoemde bestuurder door de rechter aangemerkt zal worden als bestuurder in de zin van de wet en daarom ook het risico loopt met het privévermogen op te moeten komen voor geleden schade respectievelijk het verweer daartegen. De taak van een commissaris bestaat eruit toezicht te houden op het bestuur van de onderneming. Hoewel de taken van een bestuurder niet in de wet worden genoemd wordt in het algemeen wel aangenomen dat onder andere activiteiten, zoals richting geven, leidinggeven, controleren, initiëren, verantwoording afleggen en verder invulling geven aan vennootschapsrechtelijke verplichtingen hiertoe worden gerekend.

ONTWIKKELINGEN

Bestuurders en commissarissen lopen veel meer dan vroeger het risico met hun privévermogen op te moeten komen voor ingediende aanspraken. Was het voorheen nog zo dat dit risico geassocieerd werd met de Verenigde Staten ('Amerikaanse toestanden', 'bestuurdersaansprakelijkheid in Nederland is een mythe'), sinds de jaren negentig van de afgelopen eeuw is dat beeld drastisch gewijzigd. Inmiddels kunnen ook de nodige Nederlandse voorbeelden genoemd worden. Ogem, Bobel, Vie d'Or, Textlite, VHS, Tank Cleaning Rotterdam, Worldonline, en Ahold zijn slechts een greep uit bekende namen die door de jaren heen de pers gehaald hebben. Daarnaast werden veel personen, verbonden aan ondernemingen die minder bekend zijn bij het grote publiek, geconfronteerd met claims.

Als factoren voor deze ontwikkeling kunnen naast de algemeen geldende maatschappelijke verharding en verzakelijking gedacht worden aan de globalisering inclusief het uitwaaiëren van 'see you in court'-praktijken



die elders - met name in Angelsaksische landen - reeds gemeengoed waren, de pro-actieve rol van curatoren bij faillissementen, toenemende wet- en regelgeving en verscherpt toezicht door autoriteiten. Met in gedachten de toename van het aantal regels dat aangeeft hoe functionarissen zich behoren te gedragen wordt wel verdedigd dat het aantal claims de komende tijd waarschijnlijk zal blijven stijgen. Deze verwachting wordt ingegeven door de gedachte dat de nieuwe regelgeving getoetst gaat worden teneinde de reikwijdte te kunnen bepalen. Ook het feit dat meer en meer vennootschappen zijn overgegaan tot het uitnemen van een specifiek naar dit risico toegeschreven verzekering, waarover later meer, wordt in dit kader wel genoemd, omdat aansprakelijkheid en verzekering wel gezien worden als een stelsel van communicerende vaten. Curatoren, aandeelhouders, partijen betrokken bij overnames, fusies en desinvesteringen en overheidsinstanties zijn wereldwijd en ook binnen Nederland de belangrijkste groepen claimanten respectievelijk initiatiefnemers.

HET WETTELIJK KADER

De wet in Nederland geeft gedupeerden (en of zij dat daadwerkelijk zijn of dit alleen zo voelen is daarbij minder relevant) een aantal instrumenten in handen om procedures te kunnen beginnen. Ten onrechte wordt wel gedacht dat het alleen de zogenaamde Anti-misbruikwetgeving is op basis waarvan bestuurders aansprakelijk kunnen worden gehouden. Dit is zeker niet het geval. Wel is het zo dat de invoering van deze wetgeving in de jaren tachtig van de vorige eeuw gepaard ging met de nodige publiciteit, waarbij de aandacht erop werd gevestigd dat bestuurders persoonlijk aansprakelijk gehouden zouden kunnen worden. Achter de term Anti-misbruikwetgeving gaan een drietal wetten schuil waarbij de eerste (de zogenaamde wet Ketenaansprakelijkheid) is bedoeld om het fenomeen koppelbaas te bestrijden en waarbij de hoofdaannemer mede verantwoordelijk wordt gehouden voor de afdracht van belastingen en premies sociale verzekeringen door de onderaannemer.

De tweede beoogt bestuurders van commerciële rechtspersonen onder bepaalde omstandigheden persoonlijk aansprakelijk te laten zijn voor door de rechtspersoon verschuldigde premies sociale verzekeringen, bijdragen aan pensioenfondsen en loon en omzetbelasting. Een bestuurder kan aansprakelijk worden gesteld wanneer belastingen en premies onbetaald blijven. Belangrijk hierbij is invulling van de zogenaamde meldingsplicht. Deze plicht houdt in dat wanneer blijkt dat verschuldigde premies en/of belastingen niet meer door de rechtspersoon kunnen worden betaald, hiervan direct melding moet worden gemaakt aan de betrokken uitvoeringsorganen. Wanneer deze meldingsplicht niet in acht wordt genomen dan wordt dit aangenomen als kennelijk onbehoorlijk bestuur.

De derde Anti-misbruikwet ziet toe op gevallen van faillissement en heeft als doel de positie van de curator te versterken. Bestuurders zijn volgens deze wet persoonlijk aansprakelijk als de rechtspersoon failliet is verklaard, het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld in de laatste drie jaar voorafgaand aan het faillissement of surseance van betaling en aannemelijk gemaakt kan worden dat dit onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van dit faillissement. Andere belangrijke bepalingen voor vestiging van persoonlijke aansprakelijkheid zijn naast het 'algemene onrechtmatige daad'-artikel 6.162, bepalingen zoals artikel 2.8, 2.9 en 2.138 resp. 2.248 opgenomen in boek 2 van ons burgerlijk wetboek.

In boek 2 is onder andere regelgeving opgenomen over de N.V. en B.V. en haar bestuur. Zo wordt onder meer bepaald dat elke bestuurder tegenover de rechtspersoon gehouden is tot een behoorlijke vervulling van de aan hem opgedragen taak (2.9). Wanneer hieraan niet wordt voldaan is er sprake van wanprestatie. In art 138 (voor de N.V.) en art 248 (voor de B.V.) wordt bepaald dat in geval van faillissement iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk kan zijn voor de schulden. Aansprakelijkheid voor de jaarstukken wordt genoemd in artikel 139 respectievelijk 249.

De tekst van deze artikelen is verder in deze bijdrage opgenomen.



Op 31 mei 2007 is een wetsvoorstel ingediend om het huidige BV recht te wijzigen waarbij het aansprakelijkheidsrisico verruimd wordt. Volgens het voorontwerp krijgt het bestuur een nieuwe, in beginsel jaarlijks terugkerende, verantwoordelijkheid bij uitkeringen van winst en of reserves. Daadwerkelijke invoering wordt in 2008 verwacht. Ook in het buitenland kent men wet- en regelgeving die het mogelijk maakt dat bestuurders en commissarissen persoonlijk aansprakelijk worden gehouden.

RISICO-INSCHATTING

Natuurlijk is het zo dat niet iedere bestuurder of commissaris een gelijk risico loopt. Zo is het risico dat een commissaris loopt kleiner dan dat van een bestuurder. Immers, de taak van een commissaris bestaat eruit toezicht te houden op het bestuur. Met andere woorden, wanneer bij verkeerd optreden door het bestuur en dus mogelijke aansprakelijkheid voor de bestuurder, de commissarissen juist en tijdig ingrijpen, hoeft dit voor hen geen aansprakelijkheid te betekenen.

Ook de risico's voor een bestuurder kunnen verschillen. Bij de weging van de risico's zijn o.a. de volgende facetten van belang:

- De grootte van de onderneming.
- De branche waarbinnen de onderneming opereert.
- Het rendement dat gemaakt wordt.
- De financiële kengetallen.
- Spreiding van de aandelen van de onderneming.
- Verwachtingen van de aandeelhouders.
- Eventuele beursnotering, al dan niet ook in het buitenland.
- Overname activiteiten.
- Mate van desinvesteringen.
- Reorganisaties.
- Publicitaire gevoeligheid.
- Schadeverleden.

RISICOBEBEER

Voor we gaan spreken over de oplossingen die de verzekeringsmarkt kan bieden, is het goed aandacht te besteden aan de wijze waarop de risico's beheerd kunnen worden en wat vanuit de rechtspersoon geboden zou kunnen worden. Wanneer de rechter zich moet uitspreken over de vraag of een bestuurder of commissaris al dan niet aansprakelijk gehouden zal moeten worden voor een bepaald handelen, dan zal hij zich laten leiden door het zogenoemde 'maatman'-principe. De rechter zal zich de vraag stellen of andere bestuurders (de 'maatmannen') in redelijkheid onder gelijke omstandigheden tot een zelfde handelen/besluitvorming hadden kunnen komen. Om die reden is een goede vastlegging van de wijze waarop besluitvorming tot stand is gekomen, belangrijk. Ook het raadplegen van (externe) adviseurs, zoals advocaten, fiscalisten en accountants, hoort hierbij.

Feit blijft echter dat ondernemen risico's nemen betekent. De vraag is dan ook hoe om te gaan met de





afwenteling van de financiële gevolgen van een verkeerd uitgekakte beslissing, waarvoor anderen de bestuurder en/of commissaris aansprakelijk houden.

Bij beursgenoteerde ondernemingen zien we steeds meer de praktijk van de vrijwaring, veelal opgenomen in de statuten van de onderneming. Vormgeven in een aparte overeenkomst kan ook. Een ontwikkeling die we eerder zagen bij ondernemingen in de Verenigde Staten. Kort gezegd komt het erop neer dat de vennootschap de bestuurder en/of commissaris recht geeft op schadevergoeding en verdedigingskosten die hij privé verschuldigd is als gevolg van claims door derden verbandhoudende met het handelen als bestuurder of commissaris. Van een dergelijke vrijwaring gaat echter geen absolute werking uit. Advocaten merken hierbij op dat een vrijwaring niet zal werken in geval van een ernstige verwijtbaarheid. Vrijwaring in combinatie met een verzekering geeft de meest vergaande oplossing voor het afwentelen van het financiële risico.

DE AANSPRAKELIJKHEIDSVERZEKERING VOOR BESTUURDERS EN COMMISSARISSEN

De aansprakelijkheidsverzekering voor bestuurders en commissarissen, ook wel bekend onder de naam 'bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering', 'Directors and Officers-liability verzekering' of kortweg 'D & O verzekering', is een relatief nieuwe verzekeringsvorm. Sedert de jaren tachtig wordt door middel van deze verzekering dekking geboden voor het bijzondere risico van persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen.

Hoewel bestuurders en commissarissen in de regel ook genoemd worden als verzekerden onder de algemene aansprakelijkheidsverzekering voor bedrijven ('de AVB') is het risico dat zij lopen voor hun handelen in de hoedanigheid van bestuurder en/of commissaris hierop niet verzekerd. Los van het gegeven dat een AVB-bescherming van het vermogen van de onderneming tot doel heeft en niet bescherming van het privévermogen van bestuurder of commissaris, geeft een AVB-dekking voor de op geld waardeerbare gevolgen van zaakschade en/of personenschade. Schade toegebracht bij een handelen in een hoedanigheid van bestuurder of commissaris zal in de regel resulteren in een directe vermogensschade, zonder vooraf gegaan te zijn door zaakschade en/of personenschade. Te denken valt bijvoorbeeld aan het verlies dat aandeelhouders lijden. Ook een beroepsaansprakelijkheidsverzekering zoals bijvoorbeeld artsen, architecten en advocaten die uitnemen geeft geen dekking voor dit bijzondere risico.

Wat zijn nu de kenmerken van een aansprakelijkheidsverzekering voor bestuurders en commissarissen? De verzekering geeft dekking voor de persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen voor door derden geleden schade als gevolg van onjuiste handelingen in de hoedanigheid van bestuurder of commissaris. Bij onjuiste handelingen kan gedacht worden aan vergissingen, verzuimen, niet behoorlijke taakvervulling, onjuiste of misleidende verklaringen, onachtzaamheden, nalatigheden en dergelijke. Deze 'open basis'-dekking wordt vervolgens afgebakend door een aantal uitsluitingen. Zo is onder een aansprakelijkheidsverzekering voor bestuurders en commissarissen een uitsluiting opgenomen voor zaakschade en personenschade (dekking onder de algemene aansprakelijkheidsverzekering voor bedrijven), voor fraude, voor persoonlijke verrijking zonder dat men daartoe gerechtigd was en voor schade in verband met aantasting van het milieu. Hierbij kan bedacht worden dat er wel mogelijkheden zijn om voor een bepaald gedeelte van het totaal beschikbare verzekerd bedrag de verweerkosten in dit kader mee te verzekeren. Het totaal beschikbare bedrag geldt als maximum per claim en per verzekeringsjaar en is voor alle verzekerden tezamen. Dit bedrag kan aangewend worden voor de kosten van rechtsbijstand/verweer, ook wanneer later blijkt dat de aanspraken ongegrond waren, en de eventuele te verrichten schadevergoedingen, wanneer aansprakelijkheid moet worden aangenomen, dan wel een schikking overeengekomen is. Bepalend voor de dekking is het moment waarop de claim wordt ingediend.

Het is daarom belangrijk om bij het tot stand komen respectievelijk beëindigen van de verzekering aandacht te schenken aan het zogenaamde in- respectievelijk uitlooprisico. In de regel is voor de verzekerde natuurlijke personen geen eigen risico van toepassing en treedt de rechtspersoon op als verzekeringnemer.

BESTUURDER/TOEZICHTHOUDER VAN EEN STICHTING

Zoals in de aanhef genoemd geldt het risico van persoonlijke aansprakelijkheid voor iedere bestuurder en commissaris (ook wel toezichthouder genoemd bij vereniging of stichting) van een rechtspersoon. Om die reden is het hiervoor genoemde in algemene termen ook van toepassing op die natuurlijke personen die een positie bekleden als lid van het bestuur of toezichthoudend orgaan daarop van een vereniging of stichting. In het kader van de eerder genoemde Anti-misbruikwetgeving is het wel van belang om te weten of de stichting of vereniging vennootschapsbelastingplichtig is. Wanneer dit namelijk niet het geval is, dan is de antimisbruikwetgeving niet van toepassing. Vanzelfsprekend wordt bij de vaststelling van de te betalen premie daar rekening mee gehouden.

WAAROM AON ALS ADVISEUR?

Verankerd in de Nederlandse Aon-organisatie en ingebed in de internationale werkende Financial Services Group van Aon is een team van senior medewerkers voor 100% gericht op dit bijzondere risico en de verzekering hiervan. Op deze manier wordt bewerkstelligd dat de vele ontwikkelingen, zowel in nationaal als internationaal perspectief, gevolgd kunnen worden en hierop op een goede manier kan worden ingespeeld. Veranderingen en ontwikkelingen in structuren van verzekeringsprogramma's, hoogte van verzekerde bedragen, schaden en verzekeringsvoorwaarden kunnen vroegtijdig gesignaleerd en met u gedeeld worden. Dankzij deze aanpak is Aon uitgegroeid tot marktleider op dit gebied.

Voor een advies op maat kunt u contact opnemen met Aon, afdeling Liability & Financial lines op tel. **010 448 78 82** of **010 448 77 01**.

TENSLOTTE

De inhoud van dit document kent een informatief karakter. Alleen op basis van kennis van uw organisatie kan een advies gemaakt worden, dat is toegeschreven naar uw persoonlijke situatie.



Situaties uit de praktijk

Onderstaand enkele aan de praktijk ontleende situaties, waaruit blijkt dat claims door verschillende partijen kunnen worden ingesteld.

DOOR DE N.V. OF B.V. ZELF

Bijvoorbeeld ingevolge artikel 2:9 B.W. (toerekenbare tekortkoming). De rechtbank van Utrecht bepaalde reeds in de vorige eeuw dat de desbetreffende bestuurder zijn taak om het vermogen van de vennootschap te beheren in verregaande mate had verwaarloosd door een bedrag van ruim EUR 22.000,00 uit te lenen zonder dat daar enige zekerheid aan ten grondslag lag. De bestuurder diende de door de vennootschap geleden schade uit eigen middelen te vergoeden.

DOOR DE AANDEELHOUDERS

Het is goed om op deze plek stil te staan bij de mogelijkheid die aandeelhouders hebben om een enquête te doen instellen bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam. De Ondernemingskamer kan een onderzoek instellen naar het gevoerde beleid in de desbetreffende onderneming. Dit onderzoek kan de aanleiding zijn tot een civiele procedure. Een bekende uitspraak met betrekking tot aanspraken van aandeelhouders tegen commissarissen is die van de Arrondissementsrechtbank te Den Haag uit 1971. Een bedrijf ging failliet, waarbij bleek dat van een zorgvuldige administratie en boekhouding geen sprake was. Aandeelhouders waren de jaren voor het faillissement door blijven gaan met investeren in het bedrijf, op grond van het feit dat de commissarissen hadden verklaard dat het bedrijf goede perspectieven had. Nadat de aandelen volstrekt waardeloos waren geworden, werden de commissarissen met succes door de aandeelhouder aansprakelijk gesteld voor de geleden schade, te weten koersverlies en gederfde rente. Pikant detail in deze uitspraak is nog dat de rechter bepaalde dat de commissarissen zich niet konden verschuilen achter de accountant, omdat die slechts een adviserende rol heeft, terwijl commissarissen veel beter op de hoogte van de toestand van het bedrijf dienen te zijn.

DOOR DE WERKNEMERS

Ook werknemers en namens hen werknemersorganisaties kunnen het door bestuurders en commissarissen gevoerde beleid aan de kaak stellen door middel van een enquête door de genoemde Ondernemingskamer. De individuele werknemer kan bestuurders en commissarissen aansprakelijk stellen het in geval dat een onrechtmatige daad door deze personen ten opzichte van hem is gepleegd. Een bestuurder die kennis draagt van het feit dat zijn onderneming op de rand van een faillissement balanceert en desalniettemin een persoon heeft bewogen een goede dienstbetrekking elders te beëindigen om bij hem in dienst te treden, handelt ten aanzien van deze persoon onrechtmatig. Als het faillissement een feit is geworden zal de gedupeerde, hoogstwaarschijnlijk met succes, de bestuurder tot schadevergoeding kunnen aanspreken.

DOOR DERDEN – BIJVOORBEELD CREDITEUREN

Deze aanspraken hebben steeds betrekking op wanprestatie of onrechtmatige daad. Ter illustratie hiervan kan de uitspraak uit 1972 van het Gerechtshof te Den Haag dienen. De directeur van een N.V. verstreekte opdracht voor reparatiewerkzaamheden aan een schip terwijl een faillissement voor de deur stond. De directeur werd op grond van onrechtmatige daad veroordeeld tot betaling van het de reparateur toekomende bedrag. Het Gerechtshof bepaalde dat het als orgaan (i.c. van de N.V.) handelen niet uitsluit dat de directeur tegenover de crediteur aansprakelijk is.

DOOR DE CURATOR/ DE BOEDEL

De curator kan in geval van faillissement waarbij van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling van bestuurders en/of commissarissen sprake is, deze personen aanspreken voor schadevergoeding ten behoeve van de boedel.



WETSARTIKELEN

Artikel 2:8 lid 1 B.W.

“Een rechtspersoon, en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken, moeten zich als zodanig jegens elkander gedragen naar hetgeen door de redelijkheid en de billijkheid wordt gevorderd.”

Artikel 2:9 B.W.

“Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Indien het een aangelegenheid betreft die tot de werkring van twee of meer bestuurders behoort, is ieder van hen voor het geheel aansprakelijk terzake van een tekortkoming, tenzij deze niet aan hem is te wijten, en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.”

Artikel 2:138 lid 1 B.W.

In geval van faillissement van de (naamloze) vennootschap is iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

Artikel 2:139 B.W.

Indien door de jaarrekening, door tussentijdse cijfers die de (naamloze) vennootschap bekend heeft gemaakt of door het jaarverslag een misleidende voorstelling wordt gegeven van de toestand der vennootschap, zijn de bestuurders tegenover derden hoofdelijk aansprakelijk voor de schade, door dezen dientengevolge geleden. De bestuurder die bewijst dat dit aan hem niet te wijten is, is niet aansprakelijk.

Artikel 2:248 lid 1 B.W.

In geval van faillissement van de (besloten) vennootschap is iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

Artikel 2:249 B.W.

Indien door de jaarrekening, door tussentijdse cijfers die de (besloten) vennootschap bekend heeft gemaakt of door het jaarverslag een misleidende voorstelling wordt gegeven van de toestand der vennootschap, zijn de bestuurders tegenover derden hoofdelijk aansprakelijk voor de schade, door dezen dientengevolge geleden. De bestuurder die bewijst dat dit aan hem niet te wijten is, is niet aansprakelijk.



