

Nut en meerwaarde van een aanvulling op de D&O-polis

Vergeet de vrijwaring niet

Het optreden als bestuurder of commissaris gaat gepaard met bijzondere verantwoordelijkheden en reële aansprakelijkheidsrisico's. Waar de D&O-polis¹ in dit verband *best practice* is, wordt aan de vrijwaring niet altijd gedacht. In dit artikel brengen **Sebastian de Bruijn** en **Erykah Sackey** in kaart wat de vrijwaring beoogt, wanneer daarop een beroep kan worden gedaan, hoe zij kan worden vormgegeven en welke grenzen bij het afgeven van een vrijwaring in acht moeten worden genomen.

De vrijwaring vormt één van de mogelijke beschermingsmechanismen tegen eventuele externe aansprakelijkheid. Met het afgeven van een vrijwaring voorziet de onderneming haar bestuurders en commissarissen (behoudens uitzonderingssituaties) van een recht op vergoeding van eventuele schadevergoedingen, boetes en/of verdedingskosten die de functionaris in privé is verschuldigd als gevolg van aanspraken wegens zijn doen of nalaten in de uitoefening van zijn functie als bestuurder of commissaris. Ook bedragen die zijn verschuldigd uit hoofde van een schikking kunnen voor vergoeding in aanmerking komen.²

Verschillende vormen van aansprakelijkheid voor bestuurders en commissarissen. Bestuurders en commissarissen zijn in beginsel niet aansprakelijk voor een handelen of nalaten van een vennootschap; persoonlijke aansprakelijkheid volgt enkel onder bijzondere omstandigheden. Door het bestuur gemaakte fouten leiden niet automatisch tot aansprakelijkheid; het bestuur zou anders te veel in zijn vrijheid het beleid vorm te geven worden beperkt. Sprake moet zijn van schade als gevolg van handelen dat persoonlijk ernstig verwijtbaar is.

Bestuurders en commissarissen kunnen zowel intern als extern aansprakelijk worden gehouden. Bij interne aansprakelijkheid gaat het om situaties waarin de bestuurder of commissaris door de rechtspersoon aanspra-



Sebastian de Bruijn is advocaat bij Houthoff gespecialiseerd in litigation, governance en bestuursrechtelijke vraagstukken en treedt op in civiele en bestuursrechtelijke procedures. Hij maakt deel uit van het multidisciplinaire governance team van Houthoff.



Erykah Sackey is advocaat bij Houthoff. Zij adviseert ondernemingen en (semi)publieke instellingen onder meer op het gebied van (corporate) governance en treedt op in civiele en bestuursrechtelijke procedures.

kelijk wordt gesteld vanwege schade als gevolg van onbehoorlijke taakvervulling.³ Bij externe aansprakelijkheid kan een bestuurder of commissaris door een derde worden aangesproken op grond van een onrechtmatige daad. Een ander voorbeeld van externe aansprakelijkheid doet zich voor in faillissementssituaties. In geval van faillissement kunnen zowel bestuurders als commissarissen door de curator hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor het boedeltekort indien sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur of toezicht, en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is.⁴

Omdat de taak van commissarissen een andere is dan de taak van de bestuurders, ligt de lat voor aansprakelijkheid hoger. Immers,

waar bestuurders tot taak hebben het beleid te voeren en de vennootschap te vertegenwoordigen, hebben commissarissen tot taak om toezicht te houden op de algemene gang van zaken en het beleid van het bestuur alsmede het adviseren van het bestuur.

Fouten van het bestuur betekenen niet noodzakelijkerwijs dat ook het toezicht op het bestuur tekort is geschoten.⁵ Is echter wel sprake van onbehoorlijk toezicht, dan kunnen ook commissarissen op genoemde gronden aansprakelijk worden gesteld.⁶ Als de commissaris te veel op de stoel van de bestuurder gaat zitten, kan die als feitelijk beleidsbepaler worden aangemerkt en als zodanig aansprakelijk worden gehouden.

De vrijwaring als welkome aanvulling op de D&O-verzekering

Gelet op de hiervoor besproken aansprakelijkheidsrisico's kan bij bestuurders en commissarissen de (begrijpelijke) wens ontstaan zich goed te beschermen tegen eventuele aansprakelijkheid. Die bescherming is niet alleen relevant voor de functionarissen zelf, maar is ook in het belang van de rechtspersoon. Zonder beschermingsmechanismen zou het namelijk een grote uitdaging zijn om geschikte bestuurders en commissarissen te vinden die zich vrij zullen voelen om – ook in uitdagende omstandigheden, zoals tijden van crisis – in het belang van de onderneming adequaat te acteren.⁷

De vrijwaring vormt één van de mogelijke beschermingsmechanismen tegen eventuele externe aansprakelijkheid. Een vrijwaring kan worden overeengekomen in aanvulling op een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering, ook wel bekend als de D&O Insurance (*Directors and Officers Insurance*). Deze

'Een vrijwaring kan worden overeengekomen in aanvulling op een D&O Insurance'

verzekering biedt bestuurders en commissarissen bescherming tegen persoonlijke aansprakelijkheid die kan voortvloeien uit handelen of nalaten in hun functie. De bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering betreft veelal een groepspolis, die geldt voor de bestuurders van zowel de verzekeringnemer (in praktijk vaak de moedermaatschappij) als van de dochtervennootschappen. Naast de (voormalige, huidige en toekomstige) statutair bestuurders en commissarissen, zijn doorgaans ook de feitelijk beleidsbepalers meeverzekerd. Dit zijn personen die formeel geen statutair bestuurder zijn, maar wel als zodanig handelen. Lager management kan doorgaans niet worden aangemerkt als feitelijk beleidsbepaler en is dan ook niet gedekt onder een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering.⁸ Voor vergoeding komt in aanmerking het bedrag waarvoor de verzekerde wettelijk aansprakelijk gesteld kan worden, evenals de kosten van verweer.⁹ In sommige gevallen komen ook andere kosten (zoals bijvoorbeeld onderzoeks- of *public relations*-kosten of de kosten voor een deskundige).¹⁰

Hoewel een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering belangrijke bescherming biedt, is deze niet altijd afdoende, bijvoorbeeld omdat de verzekerde som beperkt is, aan de dekking diverse uitsluitingen verbonden zijn, de looptijd en uitlooptekking beperkt

zijn en/of er redenen zijn waarom dekking komt te vervallen (bijvoorbeeld bij het nalaten de premie te betalen of bij schending van de mededelingsplicht door de verzekeringnemer).¹¹ Ook kan er over de dekking discussie ontstaan met de verzekeraar. Een vrijwaring kan in dit kader – zeker als die goed is afgestemd op de dekking onder de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering – daarom wenselijk zijn. In een vrijwaring kan namelijk worden overeengekomen dat de onderneming de bestuurder of commissaris (behoudens uitzonderingssituaties) zal compenseren voor eventuele kosten die zij moeten maken vanwege aanspraken die jegens hen in hun hoedanigheid als bestuurder of commissaris zijn ingesteld en die door de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering niet worden gedekt. Op die manier kunnen bestuurders en commissarissen ook bescherming voor aansprakelijkheidsrisico's genieten in de situaties dat de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering onvoldoende dekking biedt.

De grenzen aan de vrijwaring

Bestuurders en commissarissen kunnen zich door middel van een vrijwaring niet onbeperkt indekken tegen aansprakelijkheid. Net als voor de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering gelden er ook voor de vrijwaring wettelijke beperkingen. Zo kan de vrijwaring niet worden ingeroepen als sprake is van onbehoorlijke taakvervulling en de bestuurder of commissaris daarvan een ernstig verwijt kan worden gemaakt.¹² Een bestuurder of commissaris behoort bij de uitoefening van zijn taak niet te beschikken over een vrijbrief waardoor hij voor zijn doen en laten niet aansprakelijk zou kunnen worden gesteld. Ook beschermt een vrijwaring niet in gevallen waarin de bestuurder na faillis-

sement tegenover de boedel aansprakelijk is wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur of toezicht.¹³ Een vrijwaring is voorts van beperkte waarde als de partij die de vrijwaring heeft verstrekt insolvent wordt, omdat de bestuurder dan veelal als concurrente crediteur achter het net vist.¹⁴ Juist in dat soort situaties is het risico groot dat de (voormalige) bestuurder aansprakelijk wordt gesteld en dus een beroep zal willen doen op een beschermend beding. De vrijwaring is dan ook een aanvulling op de aansprakelijkheidsverzekering en kan niet ter vervanging dienen.

In een vrijwaring kan een kwantitatieve (zowel wat betreft het aantal aanspraken als het maximale bedrag) begrenzing worden opgenomen, maar dat roept sterk de vraag op hoe dit zich verhoudt tot het sterk principiële karakter van een vrijwaring.

De wijze waarop een vrijwaring kan worden overeengekomen

Een vrijwaring voor bestuurders en commissarissen kan op twee manieren worden geregeld: in een statutaire regeling of in een overeenkomst tot vrijwaring (contractuele vrijwaring).

Een statutaire vrijwaring wordt opgenomen in de statuten van de vennootschap, waardoor iedere bestuurder of commissaris automatisch onder de regeling valt. Het voordeel hiervan is de uniforme en automatische werking; het recht op vrijwaring kan door bestuurders en commissarissen rechtstreeks aan de statuten worden ontleend. De vrijwaring is bovendien extern kenbaar. Nadeel is dat er minder ruimte is voor maatwerk en dat de regeling moeilijker aan te passen is. Dit kan overigens worden

'Een eenmaal toegekende statutaire vrijwaring blijft in beginsel van kracht'

ondervangen door de statutaire regeling beperkt te houden en de vrijwaring verder uit te werken tussen vennootschap en bestuurder. Bovendien kan bij een statutaire vrijwaring geen beroep worden gedaan op wilsgebreken (zoals bijvoorbeeld dwaling of misbruik van omstandigheden), zoals bij een overeenkomst wel mogelijk is. Een eenmaal toegekende statutaire vrijwaring blijft in beginsel van kracht, ook na een latere statutenwijziging, tenzij bij de verlening uitdrukkelijk een voorbehoud is gemaakt. Voor het invoeren of wijzigen van een statutaire vrijwaring is een besluit van de algemene vergadering tot statutenwijziging vereist, naast een afzonderlijk besluit van de algemene vergadering tot het daadwerkelijk toekennen van de vrijwaring.

Bij een contractuele vrijwaring sluit de vennootschap een individuele overeenkomst met de bestuurder of commissaris. Dit biedt het voordeel van maatwerk, omdat de voorwaarden kunnen worden afgestemd op de specifieke persoon of functie. In de overeenkomst kunnen duidelijke afspraken worden vastgelegd over de dekking van verdedigingskosten, schikkingen, eventuele terugbetalingsverplichtingen en zekerheden. Voor het aangaan van een contractuele vrijwaring is de algemene vergadering van

de NV of BV het bevoegde orgaan (tenzij in de statuten een ander orgaan is aangewezen).¹⁵

Conclusie

Vrijwaringen kunnen een waardevol instrument zijn om bestuurders en commissarissen te beschermen tegen persoonlijke risico's. Drie praktische aanbevelingen voor de praktijk in dit verband zijn de volgende:

- 1 Toets *jaarlijks* de D&O-dekking en of de vrijwaringsregeling en (uitloop)dekking op elkaar aansluiten en adresseer dekkingsgaten expliciet.
- 2 Kies bewust de vorm: een statutaire vrijwaring kan worden gebruikt voor een uniforme basis, terwijl maatwerk (dekking, terugbetaling, zekerheden, schikkingvoorwaarden) kan worden bereikt met individuele overeenkomsten.
- 3 Houd de (wettelijke) grenzen aan de vrijwaring in ogenschouw: sluit ernstig verwijt, faillissementsaansprakelijkheid en opzet/grove schuld expliciet uit; maak schikkingen en grote processtappen afhankelijk van voorafgaande goedkeuring. «

Literatuur

1. Directors & Officers polis / bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering
2. De vrijwaring kan bepalen dat een schikking onderworpen is aan de voorafgaande goedkeuring van de vennootschap. Zie hierover ook M. de Kort-de Wolde en G. Potjewijd, 'Verzekering en vrijwaring', *Ondernemingsrecht* 2005, 93.
3. Op grond van artikel 2:9 BW vanwege een onbehoorlijke taakvervulling.
4. Zie artikelen 2:138/2:248 BW en 2:149/259 BW.
5. Zie hierover ook de bijdrage van M.T.H. de Gaay Fortman en D. Heems in: F. Peters, *Reputatiemanagement voor commissarissen en toezichthouders*, Amsterdam: Boom 2024, p. 123: "(...) Het is met name van belang dat de RvC kan aantonen dat hij op het juiste moment, de juiste handelingen verricht; het eindresultaat van die handelingen is niet bepalend voor de beoordeling of de RvC zijn taak juist vervult."
6. Aansprakelijkheid voor onbehoorlijke taakvervulling kan voor commissarissen bij NV's en BV's zijn gebaseerd op art. 2:9 BW of art. 2:138/248 BW, bij verenigingen op grond van art. 2:50a lid 3 sub b jo. art. 2:9 BW en bij stichtingen op art. 2:300a lid 3 sub b BW jo. art. 2:9 BW. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad kan gebaseerd worden op art. 6:162 BW.
7. Zie hierover bijvoorbeeld M.J. Kroeze, 'Bange bestuurders', *Ondernemingsrecht* 2006, 3: "(...) Bovendien weigeren goede kandidaten bestuursposities om aansprakelijkheid te vermijden."
8. E.J.H. Poorthuis, 'Hoe zit het ook alweer met ... de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering (D&O Insurance)?', *Bb* 2025/30.
9. Zie hierover bijvoorbeeld M. de Kort-de Wolde en G. Potjewijd, 'Verzekering en vrijwaring', *Ondernemingsrecht* 2005, 93.
10. E.J.H. Poorthuis, 'Hoe zit het ook alweer met ... de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering (D&O Insurance)?', *Bb* 2025/30. Zie ook M. de Kort-de Wolde en G. Potjewijd, 'Verzekering en vrijwaring', *Ondernemingsrecht* 2005, 93.
11. G. Oosterhoff, 'Kruiselingse vrijwaring van bestuurders', *Ondernemingsrecht* 2010, 68.
12. Aangenomen moet worden dat uitsluiting van aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW zich niet verdraagt met het systeem van Boek 2 BW, waarin een zekere mate van aansprakelijkheidsdreiging gewenst is om het functioneren van bestuurders te sanctioneren. Vgl. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 483.
13. Uit hoofde van artikel 2:138/248 jo. 2:149/259 BW.
14. Zie hierover ook Reumers, *De insolvente naamloze en besloten vennootschap* (R&P nr. InsR15) 2020/2.1.6.4.
15. Aangezien de vrijwaring wel wordt gezien als onderdeel van de bezoldiging van bestuurders en commissarissen (artikel 2:145/255 BW). Zie hierover ook P.H.M. Broere, *De kosten van de enquêteprocedure* (Serie Van der Heijden Instituut nr. 177), Deventer: Wolters Kluwer 2022, nr. 5.2.7.5. Zie ook G. Potjewijd, 'Vrijwaring voor bestuurders en commissarissen', *Ondernemingsrecht* 2003, p. 607.