

Averechtse verzekering: de curator op het verzekerings-spek¹

1

Forum

In discussies over bestuurdersaansprakelijkheid wordt regelmatig stilgestaan bij de ‘bange bestuurder’.² Die bestuurder heeft er belang bij om zich voorafgaand aan zijn handelen een beeld te kunnen vormen van zijn risico's. Dat geldt vooral bij het handelen door een bestuurder van een bedrijf in moeilijkheden die veel, vaak met elkaar strijdige, afwegingen moet maken. De roep om een Nederlandse ‘business judgement rule’ is nog niet gestild, ondanks het feit dat de Hoge Raad in *Willemsen/NOM*³ uitdrukkelijk uitspreekt dat dient te worden ‘voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen’.

Het spreekt voor zich dat de gemiddelde bestuurder niet zozeer bang is om beslissingen te nemen, maar vooral voor de soms draconische gevolgen daarvan. Zonder alle denkbare aansprakelijkheidsvarianten te willen opsommen, springt vooral het risico van art. 2:248 BW in het oog. Indien sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur en aannemelijk is dat dat een belangrijke oorzaak is van het faillissement, wordt de bestuurder immers niet aansprakelijk voor de schade die het *rechtstreekse* gevolg is van zijn onbehoorlijk bestuur, maar wordt hij hoofdelijk aansprakelijk voor een abstracte schade, bestaande uit het tekort in de boedel.

Veel meer dan de bedreigende bewijslastomkering⁴ is het risico aansprakelijk te worden gesteld voor dat tekort in de boedel de werkelijke reden voor de bestuurder om bang te zijn. Dit maakt – voor alle betrokkenen bij een dergelijke aansprakelijkheidsstelling – deze procedures ook zo lastig. De curator dient van tevoren zorgvuldig af te wegen of hij overgaat tot aansprakelijkstelling gezien de grote impact daarvan.⁵ De bestuurder en diens raadsman moeten zich afvragen of ze het voeren van een procedure aandurven waarin niet alleen de downside risk het tekort in de boedel is, maar ook de bestuurder vaak diep in zijn persoonlijke integriteit aangetast wordt. In zaken waarin de bewijslastomkering een rol speelt, ontkomt een bestuurder er eigenlijk niet aan te streven naar een (in zijn ogen vaak veel te dure) schikking om zo zielenrust en vermindering van een persoonlijk faillissement te bewerkstelligen.

Onder verschillende namen bieden verzekeraars producten aan tegen deze risico's.⁶ Hoewel de vennootschap doorgaans de verzekeringnemer is, is het de bestuurder die de werkelijke belanghebbende is. De polissen bieden tot een bepaald maximaal totaalbedrag dekking 1. voor de kosten van rechtsbijstand; én 2. voor

1 Gelieve dit artikel aan te halen als: Flip Schreurs, ‘Averechtse verzekering: de curator op het verzekerings-spek’, *Tvl* 2013/1. Flip Schreurs is advocaat corporate litigation bij Boels Zanders Advocaten te Eindhoven.

2 Zie bijv. het verslag van het symposium d.d. 27 oktober 2010 over Evolutie van het Bestuurdersaansprakelijkheidsrecht, Uitgaven vanwege het Instituut voor *Ondernemingsrecht*, 2011, p. 1.

3 HR 20 juni 2008, *JOR* 2008/260, m.n. r.o. 5.3.

4 Op grond van art. 2:248 lid 2 BW staat vast dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur indien de administratie niet deugdelijk is (art. 2:10 BW) of indien de jaarrekening niet-tijdig is gedeponeerd (art. 2:394 BW). In die gevallen wordt voorts vermoed dat dat vaststaande kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement, maar daartegen is tegenbewijs toegelaten. M.n. in *Schilt/Jansen q.q. en Blue Tomato* zijn de scherpe randjes van lid 2 afgehaald.

5 Zie *INSOLAD* praktijkgedragsregels 1.5.4: ‘Goed boedelbeheer brengt mee dat de curator slechts dan tot aansprakelijkstelling overgaat als hij er na deugdelijk onderzoek van overtuigd is, dat er inderdaad sprake is van ernstige misstappen.’

6 De bekendste zijn BCA, BTA en D&O.

het bedrag waarvoor de bestuurder uiteindelijk aansprakelijk wordt gesteld. Dat lijkt begrijpelijk en verstandig en een waarborg voor een goede nachtrust. Een bestuurder die in zijn carrière een gezond vermogen heeft opgebouwd, zal immers zeker willen weten dat niet dat hele vermogen op het spel staat, wanneer hem kennelijk onbehoorlijk bestuur verweten wordt, zeker wanneer daarbij geen sprake is van opzet of grove schuld. Naar mijn stellige overtuiging echter is met name het tweede onderdeel van deze dekking in sommige gevallen juist een bron van veel onheil voor de bestuurder. Verzekeringsmaatschappijen zouden, met inachtneming van het volgende, deze producten *ernstig* moeten heroverwegen.

Een curator zal, aan de hand van de oorzaak van het faillissement, zich dienen af te vragen of er aanleiding is voor het aansprakelijk stellen van bestuurders en toezichthouders. Bij een normale afweging van zijn proceskansen behoren ook de mogelijkheden tot verhaal op de bestuurder een rol te spelen.⁷ Zoals ik in de praktijk, als curator maar ook als advocaat van aangesproken bestuurders, heb meegemaakt, leidt de aanwezigheid van een verzekering tegen risico's van bestuurdersaansprakelijkheid soms als een rode lap op de curator als spreekwoordelijke stier. Het leidt dan tot een aanzienlijke *vergroting* van de kans te worden aangesproken en daarmee heeft die verzekering een *averechts* effect.⁸

Enkele voorbeelden maken duidelijk met welk duivels dilemma de bestuurder kan worstelen.

In de situatie dat een bestuurder met een persoonlijk vermogen van (stel) € 100.000 met 60% kans op succes aansprakelijk gesteld zou kunnen worden voor een tekort van € 25 miljoen,⁹ zal een ordentelijke curator mijns inziens streven naar een schikking. De omvang van het voor verhaal vatbare vermogen is zodanig dat, zelfs indien de curator de procedure wint, hij maar een zeer beperkt deel van de vordering kan incasseren. Het is dan wijzer de kosten die de boedel zou kwijt zijn in het geval van de 40% kans dat de procedure verloren wordt, te vermijden en genoeg te nemen met een deel van het verhaalbaar vermogen, bijv. € 60.000.

Dat alles wordt anders indien een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering dekking biedt voor een bedrag van bijvoorbeeld € 5 miljoen. Het wordt nu voor de curator opeens veel aantrekkelijker en ook meer in het belang van de gezamenlijke crediteuren om te procederen. Bij de te maken afweging pakt het verhaals-element immers veel gunstiger uit. Weliswaar kan worden aangenomen dat de bestuurder aan het einde van de procedure niet de € 40.000 kwijt is (hoewel dat niet zeker is in het geval de curator de zaak volledig wint), maar hij wordt nu wel in een heftige, defamerende, tijd- en energievretende procedure gesleept. En bij 60% kans is niet gegeven dat de verzekeraar in aanvang bereid zal zijn mee te werken aan een minnelijke regeling.

Dat alles ligt natuurlijk anders en genuanceerder indien in bovengenoemd voorbeeld de bestuurder zou beschikken over een persoonlijk vermogen van € 2,5 miljoen. Ook dan zal de verzekering als effect hebben dat het voor de curator interessanter wordt om te procederen. Maar die kans lijkt bij een dergelijk persoonlijk vermogen en wederom uitgaande van de fictieve proceskansen van 60% sowieso behoorlijk groot. De bestuurder zou in dat geval, indien de curator wint, bovendien vermoedelijk ook zijn persoonlijk vermogen in de waagschaal zien. De verzekering is per saldo in dat geval alleen voor de curator/boedel interessant.

7 Bij de proceskostengarantieregeling dient daar zelfs een gespecificeerd inzicht in te worden gegeven. Zie <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2012-3973.html> (geraadpleegd 26 maart 2012).

8 In deze opiniërende bijdrage ga ik niet in op de vraag of en onder welke omstandigheden de eiser ten laste van de aangesproken bestuurder een directe of indirecte aanspraak op de verzekeraar van de bestuurder heeft, dan wel op de (verzekeraar van) de werkgever van de bestuurder.

9 Ik ontleen het cijfervoorbeeld aan een praktijkgeval.

Het derde voorbeeld ten slotte is dat waarin bij een potentieel tekort van € 25 miljoen een potentiële verzekeringsdekking is voor € 50 miljoen. Alleen in die situatie lijkt de bestuurder veilig. Hoe hoog de claim van de curator ook uitvalt, zijn polis biedt altijd dermate ruime dekking dat zijn persoonlijk vermogen onaangetast kan blijven. Mocht zijn persoonlijk vermogen echter gering zijn, dan heeft de verzekering zonder twijfel als effect dat de bestuurder betrokken wordt in een procedure waaraan de curator anders wellicht niet zou zijn begonnen.

De twee voorbeelden maken duidelijk dat 'de gulden middenweg' bij de verzekering tegen bestuurdersaansprakelijkheidsrisico's geen optie is. Mijns inziens doen verzekeraars er verstandig aan bestuurdersaansprakelijkheidspolissen, niet alleen in het belang van hun verzekerde, maar ook in hun eigen belang, specifiek op de persoon van de verzekerde toe te snijden. Het persoonlijk vermogen van de bestuurder speelt daarin een belangrijke rol. Als al een algemene regel geldt dan is het dat een bestuurder veel meer heeft aan een zeer ruimdekkende rechtsbijstandsverzekering. Die dient ook dekking te verlenen in het geval er te laat gedeponereerd is en voor vaak noodzakelijke kosten van eigen accountantsonderzoek en dergelijke.¹⁰

Met name echter in de situatie dat een bestuurder een normaal of beperkt vermogen heeft, werkt de verzekering eerder procedures in de hand dan dat zij die voorkomt. Het is toch een beetje alsof je motorverzekering vereist dat je je Honda Goldwing in de winteropslag zet bij Hell's Angels.

In alle gevallen waarin een bestuurder persoonlijk zodanig vermogend is dat een curator daarin (mede) aanleiding kan zien verhaal te zoeken, heeft het afsluiten van een BCA-polis alleen maar echt zin indien de dekking ruimschoots het theoretisch maximale risico overschrijdt.

¹⁰ W.C.T. Weterings, 'Bestuurdersaansprakelijkheid, D&O-verzekering en Moreel Risico', *Ondernemingsrecht* 2011/116, wees op nog een ander nadeel, namelijk dat de dekking roekeloos handelen van de bestuurder uitlokt.