

# -----VRIJWARING EN VRIJTEKENING-----

voor bestuurders en leden van de raad van toezicht van stichtingen

Door Nathalie Aalbers en Saskia Laseur,  
beiden werkzaam bij Van Doorne Advocaten, Notarissen en Fiscalisten

Op verzoek van de FIN hebben de notarissen van Van Doorne een eerdere notitie over Bestuurdersaansprakelijkheid geactualiseerd. De notitie is opgebouwd aan de hand van de volgende vragen:

1. Wat is het verschil tussen vrijwaring en vrijtekening.
2. Waarom luistert de redactie van artikelen over vrijwaring en vrijtekening nogal nauw?
3. Heeft een artikel over exoneration en vrijwaring toegevoegde waarde voor de bestuurders en de leden van de raad van toezicht voor wie een aansprakelijkheidsverzekering is afgesloten?

## Algemeen

Als hoofdregel ontstaan uit de handelingen van de bestuursleden alleen rechten en plichten voor de stichting. Slechts in uitzonderlijke omstandigheden kunnen zij door derden ook in privé aansprakelijk worden gehouden voor hun handelen. De algemene trend is echter dat bestuursleden eerder lijken te worden aangesproken op hun verantwoordelijkheden, waarbij zij ook in privé aansprakelijk worden gesteld. Hoewel met name bij stichtingen pas in slechts een enkel geval de rechter oordeelde dat de bestuurder ook daadwerkelijk aansprakelijk was, neemt de bereidheid van belanghebbenden een procedure te starten wel toe; en daarmee de kosten van de verdediging.

Een en ander maakt, dat niet alleen de eisen die aan de (professionaliteit van) bestuurders worden gesteld toenemen, maar ook, al dan niet terecht, het risico voor de bestuursleden. Ten gevolge daarvan zullen/zijn bestuurders minder snel geneigd verantwoordelijkheid te nemen, hetgeen kan leiden tot risicomijdend bestuur. In het algemeen moet worden geoordeeld, dat risicomijdend bestuur niet in het belang van de rechtspersoon is.

Het kan dan ook in het belang zijn van de stichting niet alleen een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering af te sluiten, maar de bestuurders ook te vrijwaren en vrij te tekenen voor alle nadelige financiële gevolgen in verband met acties jegens hem vanwege het feit dat hij bestuurder is of was. Deze financiële gevolgen kunnen tevens de kosten en

boetes, inclusief de kosten voor verdediging, die de bestuurder in werkelijkheid en redelijkerwijze heeft moeten dragen met een dergelijke actie of procedure. De bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering dient in ieder geval een toereikende rechtsbijstandcomponent te bevatten. Het bovenstaande geldt ook ten aanzien van de leden van de raad van toezicht.

## Verskil vrijtekening (exoneration) en vrijwaring

Een vrijtekeningsbeding tussen de stichting en haar bestuursleden of leden van de raad van toezicht ziet op de **interne** aansprakelijkheid. De aansprakelijkheid jegens de stichting wordt hiermee bedoeld. Het recht op eventuele schadevergoeding uit hoofde van het handelen van de bestuursleden of de leden van de raad van toezicht komt dan toe aan de stichting. De stichting kan dan afstand doen van het recht de betreffende functionaris aansprakelijk te stellen.

Een vrijwaringsbeding ziet op de **externe** aansprakelijkheid. Stel dat door het handelen van de bestuursleden en/of de leden van de raad van toezicht een derde schade heeft geleden en de derde de bestuursleden en/of de leden van de raad van toezicht aansprakelijk kan stellen, dan heeft die derde recht op schadevergoeding. De stichting kan de negatieve financiële gevolgen die voor de bestuursleden en/of de leden van de raad van toezicht voortvloeien uit deze aansprakelijkheid wegnemen, door die financiële gevolgen voor

haar rekening te nemen. Dit geschiedt door middel van vrijwaring.

### **Reikwijdte exoneratie en vrijwaring**

In de statuten van stichtingen staan soms bepalingen opgenomen die een exoneratieclausule en/of een vrijwaringclausule bevatten. De reikwijdte van deze statutaire bepalingen verschilt nogal.

In sommige statutaire bepalingen kan een bestuurder een vrijwaring of een exoneratie inroepen indien hij te goeder trouw heeft gehandeld op een wijze die hij redelijkerwijs in het belang van de stichting kon beschouwen. Deze statutaire bepaling legt de grens waarschijnlijk bij persoonlijke verwijtbaarheid. Is het de bestuurder en/of de commissaris persoonlijk verwijtbaar, dan kan hij geen beroep op een dergelijke clausule doen.

Andere statutaire bepalingen stellen dat de bestuurder en/of de commissaris een beroep op de exoneratieclausule of vrijwaring kan doen tenzij er sprake is van opzet of grove schuld van de betreffende bestuurder of lid van de raad van toezicht. Deze statutaire bepaling is dus ruimer geformuleerd.

De verschillen tussen deze artikelen over exoneratie en vrijwaring zijn niet zo vreemd, aangezien tot op heden geen jurisprudentie is gevormd over de vraag hoe ver de exoneratie en/of vrijwaringclausules mogen gaan.

Onder de vrijwaring vallen in ieder geval ook de kosten van juridisch advies en proceskosten die de bestuurder of lid van de raad van toezicht redelijkerwijze heeft gemaakt ter zake van door derden ingestelde claims.

### **Vrijtekening en vrijwaring ten opzichte van een verordening**

Heeft het opnemen van een artikel omtrent vrijtekening en vrijwaring in de statuten zin als er tevens een verzekering is afgesloten? Wij menen van wel.

Het is denkbaar dat slechts de vrijwaring en vrijtekeningclausules de bestuursleden en/of de leden van de raad van toezicht, ondanks de verzekering uitkomst kunnen bieden. Hierbij valt te denken aan een faillissement van de verzekeraar of de situatie dat de verzekeraar weigert uit te keren. Daarnaast gaat de vrijwaringclausule veelal verder dan de verzekering, aangelegenheden die voordat de polis afge-

sloten was, tot aansprakelijkheid leiden worden wel gedekt door de statutaire bepaling, maar niet door de polis. Een boetebeding is veelal uitgesloten door de verzekeraar, dit geldt veelal ook voor dwangsommen en opgelegde boetes. Soms is ook de hoogte van de uitkering onder de verzekering beperkt.

Het afsluiten van een verzekering is echter ook van belang in geval van bijvoorbeeld faillissement van de stichting. Het is mogelijk om het uitlooprisico te verzekeren. Daarnaast kan het zo zijn dat de schuld gradaties van de verzekering een ruimere dekking bieden. Soms is zelfs een gedraging die men juridisch kan bestempelen als bewuste roekeloosheid gedekt in de verzekering. Statutair ziet een derde via het openbare register van de Kamer van Koophandel ook dat de vrijwaring bestaat, hetgeen preventief kan werken.

### **Ten slotte verdergaande exoneratie**

Wij menen dat het juridisch goed verdedigbaar is dat de exoneratie en vrijwaring zich ook over handelingen van bestuursleden en leden van de raad van toezicht kunnen uitstrekken die hen ernstig verwijtbaar zijn. De wet eist namelijk voor de interne aansprakelijkheidsstelling van bestuursleden dat hen een ernstig verwijt treft. Indien men een exoneratiebeding en/of vrijwaringsbeding opneemt dat ernstig verwijtbare handelingen uitsluit dan heeft het opnemen van dergelijke clausules in de statuten niet zo veel zin.

Ook voor externe aansprakelijkheid, bijvoorbeeld op grond van onrechtmatige daad is het een vereiste dat de handeling het bestuurslid of het lid van de raad van toezicht ernstig verwijtbaar is of zelfs ernstiger. Indien men dan een beperkte exoneratie of vrijwaring in de statuten heeft opgenomen is het nut ervan wellicht beperkt.

Handelingen die wel ernstig verwijtbaar zijn maar geen opzet of bewuste roekeloosheid opleveren zijn gedragingen waarvan de bestuursleden of leden van de raad van toezicht behoorden te weten maar waarschijnlijk niet wisten dat zij waarschijnlijk tot schade zouden leiden.

Uiteraard is het van belang deze verdergaande vorm van exoneratie goed aan de achterban uit te leggen, omdat moet worden voorkomen dat het beeld ontstaat dat

dergelijke bepalingen de bestuursleden en/of de leden van de raad een vrijbrief geven of dat het belang van de rechtspersoon met een dergelijke bepaling ge-

schaad zou worden. Communicatie over deze verdergaande vorm van vrijwaring is van groot belang, daarover maken wij dan ook graag een afspraak met u.