

De rechtspositie van de OK-functionaris: aansprakelijkheid en kosten van verweer

Ondernemingsrecht 2020/119

Deze bijdrage handelt over de rechtspositie van de door de Ondernemingskamer in enquêteprocedures benoemde bestuurders, commissarissen en beheerders van aandelen. Daarbij gaat aandacht uit naar de voor deze functionarissen geldende aansprakelijkheidsrisico's en de mogelijkheden om hun kosten van verweer te beperken of vergoed te krijgen. Mede aan de hand van een onder deze functionarissen gehouden praktijkonderzoek wordt hun rechtspositie in kaart gebracht. De auteurs signaleren een gebrek aan rechtsbescherming bij de benoeming van functionarissen bij vennootschappen in financieel zwaar weer en zonder (adequate) verzekering. Ter verbetering hiervan doen zij een aantal aanbevelingen aan de Ondernemingskamer, de door haar benoemde functionarissen en de wetgever.

1. Inleiding

Recent is steeds meer en vaker aandacht voor de rechtspositie van de door de Ondernemingskamer benoemde bestuurders, commissarissen en beheerders van aandelen (hierna: OK-functionarissen) in enquêteprocedures. *Het Financieele Dagblad* kopte begin mei vorig jaar bijvoorbeeld: "Noodbestuurder gezocht. Wie durft nog?"² Het beeld bestaat dat OK-functionarissen in toenemende mate worden geconfronteerd met aansprakelijkstellingen of andere dreigingen. De financiële en reputationele risico's nemen toe. Ook uit de rechtspraak volgt dat OK-functionarissen zich steeds vaker en eerder tot de Ondernemingskamer (hierna: OK) wenden in verband met deze risico's. Een onderzoek gehouden onder OK-functionarissen bevestigt dit beeld: OK-functionarissen signaleren een duidelijke verruwing en uiten hun zorgen over de risico's van aansprakelijkheid, maar vooral over de mogelijke kosten van verweer.

In deze bijdrage bespreken wij de rechtspositie van OK-functionarissen.³ Wij onderzoeken de aansprakelijkheidsrisico's en de mogelijkheden voor OK-functionarissen om kosten van verweer te beperken of vergoed te krijgen. De centrale vraag is of de rechtspositie van OK-functionarissen voldoende is beschermd of dat er iets moet veranderen.

1 Pjotr Broere en Tom Salemink zijn promovendus respectievelijk universitair docent Ondernemingsrecht bij het Van der Heijden Instituut, Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen en vaste medewerkers van dit tijdschrift.

2 *Het Financieele Dagblad*, 10 mei 2019.

3 De door de OK benoemde onderzoeker in de enquêteprocedure valt buiten de reikwijdte van ons onderzoek.

Wij bespreken eerst een aantal uitkomsten van verricht praktijkonderzoek onder OK-functionarissen (par. 2). Vervolgens gaan wij in op de aansprakelijkheidsrisico's van OK-functionarissen en de mogelijke juridische procedures waarin zij betrokken kunnen worden (par. 3). In paragraaf 4 schetsen wij de mogelijkheden voor OK-functionarissen om kosten van verweer ten laste van de vennootschap of een verzekeraar te brengen. Tevens komen in paragraaf 4 alternatieve mogelijkheden om de kosten van verweer te beperken of af te wenden aan bod. Paragraaf 5 bevat een tussenconclusie over de huidige stand van zaken met betrekking tot de rechtspositie van OK-functionarissen. Tot slot doen wij in paragraaf 6 een aantal aanbevelingen aan de OK, OK-functionarissen en de wetgever om de rechtspositie van OK-functionarissen te verbeteren.

2. Praktijkonderzoek onder OK-functionarissen

Om de rechtspositie en mogelijke risico's van OK-functionarissen goed in kaart te brengen, hebben wij naast literatuur- en jurisprudentieonderzoek ook praktijkonderzoek verricht. Wij hebben alle personen die in de periode van 1 januari 2013 tot en met 1 juli 2019 ten minste eenmaal als OK-functionaris zijn benoemd, verzocht een aantal vragen te beantwoorden.⁴ Het gaat in totaal om 93 personen. De vragen zagen onder meer op het aantal aansprakelijkstellingen of de dreiging daarmee, in hoeverre OK-functionarissen daadwerkelijk in rechte zijn betrokken, daarvoor kosten van verweer hebben gemaakt en of deze kosten werden vergoed. In totaal heeft de helft (47/93) van alle in de onderzoeksperiode benoemde OK-functionarissen de vragen beantwoord. De respondenten vertegenwoordigen bijna twee derde van het totale aantal benoemingen in de onderzoeksperiode.⁵

Bijna twee derde van de respondenten (30/47) gaf te kennen dat zij in een of meer enquêteprocedures enige

4 Wij hebben voor deze periode gekozen omdat met de wijziging van het enquêterecht op 1 januari 2013 de wettelijke regeling voor de kosten van verweer van de OK-functionaris (art. 2:357 lid 6 BW) in werking trad. De benoemingen zijn kenbaar uit de gepubliceerde beschikkingen in ARO.

5 Op basis van de beschikkingen gepubliceerd in ARO telden wij in totaal 267 benoemingen van bestuurders, commissarissen en beheerders van aandelen in de onderzoeksperiode (1 januari 2013 tot en met 1 juli 2019). In deze telling hebben wij de benoeming van twee OK-functionarissen in één persoon (bijv. een bestuurder of commissaris die tevens als beheerder van aandelen werd benoemd) als één benoeming gerekend. Verder hebben wij de verlenging van een aanstelling bij wijze van definitieve voorziening als een afzonderlijke benoeming gerekend.

dreiging met aansprakelijkstelling hebben ervaren.⁶ Een kwart van de OK-functionarissen (11/47) heeft in een of meer zaken een schriftelijke kennisgeving van aansprakelijkstelling ontvangen en een vergelijkbaar aantal (8/47) werd ook daadwerkelijk betrokken in een gerechtelijke procedure.⁷ Gelet op de vaak lastige en conflictueuze omstandigheden waarin OK-functionarissen moeten opereren, verbaast het niet dat een relatief groot aantal van de respondenten enige dreiging met aansprakelijkstelling heeft ervaren. Wel lijkt op basis van de cijfers sprake van een toename van met name het aantal dreigingen in de tweede helft van de onderzoeksperiode. Wij hebben geen concrete gegevens over het aantal dreigingen, aansprakelijkstellingen of procedures in de jaren voorafgaand aan de onderzoeksperiode, maar zien uit het praktijkonderzoek wel dat OK-functionarissen een verruwing en toename van dreigingen en aansprakelijkstellingen signaleren. In het overgrote deel van de gevallen waarin OK-functionarissen in een gerechtelijke procedure zijn betrokken en kosten van verweer hebben gemaakt, werden deze kosten vergoed. De kosten kwamen voor rekening van ofwel de vennootschap ofwel een verzekeraar. In twee gevallen konden kosten van verweer niet bij een derde worden gelegd en droeg de OK-functionaris deze kosten zelf.⁸

Uit zowel het praktijkonderzoek als gesprekken met een aantal OK-functionarissen blijkt dat de OK-functionarissen zich met name zorgen maken over eventuele kosten van verweer en in mindere mate over het risico dat hun aansprakelijkheid daadwerkelijk in rechte wordt vastgesteld. Volgens de respondenten is het risico dat de kosten van verweer niet voor vergoeding in aanmerking komen met name hoog bij enquêtetrajecten naar vennootschappen in financiële moeilijkheden.

Hoewel vooralsnog in slechts twee ons bekende gevallen een OK-functionaris daadwerkelijk zelf de kosten van verweer heeft moeten dragen, heeft dit mogelijk wel gevolgen voor de benoemingen in toekomstige enquêtetrajecten. Dit heeft te maken met risicoperspectief. In het algemeen zijn mensen eerder geneigd maatregelen te nemen tegen een risico met een kleine kans dat zich dat

voordoeft, maar met grote gevolgen wanneer het zich voordoeft, dan tegen een risico met een grote kans dat het zich voordoeft, maar met kleinere gevolgen. Wanneer een OK-functionaris daadwerkelijk in een procedure wordt betrokken en de kosten van verweer zelf moet dragen, gaat het al snel om aanzienlijke bedragen. Niet zozeer het daadwerkelijke risico heeft dus mogelijk invloed op het handelen van OK-functionarissen (lees: het al dan niet aanvaarden van een benoeming), maar eerder de omvang van de eventuele gevolgen van het risico wanneer dit zich voordoeft. Dit risico is niet slechts theoretisch. Al in 2018 schreef de voorzitter van de OK dat *“gebleken is dat het [risico] afbreuk doet aan de bereidheid om een benoeming als OK-functionaris te accepteren.”*⁹ Deze ontwikkeling is onzes inziens onwenselijk. Voor een juiste toepassing van het enquêterecht en de effectiviteit van de te treffen voorzieningen is het van belang dat voldoende geschikte personen bereid blijven de functie van OK-functionaris te vervullen.¹⁰

3. Procedures tegen OK-functionarissen

3.1 Inleiding

Op verschillende wijzen kan een OK-functionaris – buiten het verband van de enquêtetrajecten – in rechte worden betrokken. Uit de jurisprudentie zijn voorbeelden bekend van civielrechtelijke (par. 3.2), maar ook van straf- en tuchtrechtelijke procedures (par. 3.3). Wij bespreken deze procedures kort.

3.2 Civielrechtelijke aansprakelijkheid van OK-functionarissen

De OK-bestuurder of -commissaris is een volwaardig bestuurder of commissaris. Hij heeft volgens vaste rechtspraak immers dezelfde taken, bevoegdheden en verplichtingen als de ‘reguliere’ bestuurder en commissaris.¹¹ In de literatuur bestond discussie over de vraag of voor OK-bestuurders ook dezelfde aansprakelijkheidsnorm zou moeten gelden als voor reguliere bestuurders.¹² In 2018 beantwoordde de rechtbank deze vraag in de zaak Vikariën bevestigend: voor de aansprakelijkheid van een

6 In ons onderzoek is met ‘dreiging’ bedoeld enige mondelinge of schriftelijke dreiging met aansprakelijkstelling van een partij of belanghebbende bij de enquêtetrajecten.

7 Het betreft naast aansprakelijkheidsprocedures ook tuchtrechtelijke procedures, strafrechtelijke procedures en procedures rondom beslaglegging. Twee OK-functionarissen gaven te kennen dat zij nog niet daadwerkelijk in een gerechtelijke procedure waren betrokken, maar wel verwachtten dat dit op korte termijn zou gebeuren. Zie bijv. Rb. Midden-Nederland 5 december 2018, *JOR* 2019/53; *Ondernemingsrecht* 2019/43; Hof Arnhem-Leeuwarden 7 april 2020, *JOR* 2020/140; *Ondernemingsrecht* 2020/99 (Vikariën); Vz. Raad van Discipline Amsterdam 15 december 2017, *JOR* 2018/39 (In den Eng), rov. 4.2-4.3; CBb 11 september 2018, *JOR* 2019/1 (Vikariën); Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 5 augustus 2019, *JOR* 2019/222 (Rabat); Rb. Zeeland-West Brabant (vzr.) 4 oktober 2019, *JOR* 2019/277 (Energie Concurrent).

8 Beide gevallen betroffen dezelfde zaak. De functionarissen konden hun kosten van verweer niet bij een derde leggen, omdat de vennootschap failliet was en geen aansprakelijkheidsverzekering beschikbaar was.

9 G.C. Makkink, ‘Ork, ork, ork, soep eet je met een...’, *Ondernemingsrecht* 2018/65, p. 378.

10 Enzo A.J.F. Laffar e.a., *Doelbereiking en effectiviteit van de wet aanpassing enquêterecht in de praktijk* (WODC-rapport 2791), Tilburg: Tilburg University 2018, p. 15, 120-122 en 132-133; Makkink 2018, p. 378; *Kamerstukken II* 2010/11, 32887, 3, p. 26. Zie ook Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 8 juli 2019, *JOR* 2019/279 (DEM), rov. 3.18; Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 14 december 2007, *JOR* 2008/34 (e-Traction), rov. 3.4.

11 Zie onder meer HR 19 februari 2010, *NJ* 2010/296; *JOR* 2010/92 (Fuldauer), rov. 3.5.1-3.5.2; Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 19 april 2007, *JOR* 2007/142 (Begemann), rov. 3.1.

12 Zie o.m. J. Lemstra, ‘OK-functionaris’, in: B.F. Assink e.a. (red.), *De vele gezichten van Maarten Kroeze's ‘bange bestuurders’* (IVO, dl. 104), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 279-280; Y. Borrius, ‘Aansprakelijkheid van door de Ondernemingskamer benoemde bestuurders en commissarissen’, in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen* (VHI, dl. 140), Deventer: Wolters Kluwer 2017; T. Salemink, ‘Onbevreesde OK-bestuurders’, *Ondernemingsrecht* 2018/1.

OK-bestuurder geldt geen andere of hogere norm, ook de OK-bestuurder moet een 'ernstig verwijt' kunnen worden gemaakt.¹³ In hoger beroep bevestigde het hof dit oordeel.¹⁴ Wij achten dit uitgangspunt juist. Of sprake is van een ernstig verwijt moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval.¹⁵ OK-bestuurders hebben veelal te functioneren onder hoge tijdsdruk, in een vaak conflictueuze omgeving en op basis van in de regel onvolledige en tegenstrijdige informatie van procespartijen. De norm biedt de rechter aldus voldoende ruimte om deze vaak lastige omstandigheden in zijn beoordeling te betrekken en biedt OK-bestuurders adequate bescherming tegen de vaststelling van aansprakelijkheid.

Voor de aansprakelijkheidspositie van OK-commissarissen geldt onzes inziens hetzelfde als voor OK-bestuurders. Zij zijn op dezelfde wijze als 'reguliere' commissarissen aansprakelijk en hen zal dus ook een ernstig verwijt moeten kunnen worden gemaakt.

De aansprakelijkheidspositie van de OK-beheerder verschilt met die van de OK-bestuurder en -commissaris, onder meer omdat hij geen wettelijke taakomschrijving heeft en de aansprakelijkheidsgrondslagen van art. 2:9 en 2:138/248 BW in beginsel niet van toepassing zijn. Niettemin kan ook de OK-beheerder aansprakelijk zijn uit hoofde van onrechtmatige daad.¹⁶ In de Vikariën-zaak overweegt het hof dat een OK-beheerder slechts aansprakelijk is als hij niet heeft gedaan wat van een redelijk handelend en redelijk bekwame aandelenbeheerder mocht worden verwacht.¹⁷

3.3 Overige procedures tegen OK-functionarissen

Naast een civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedure, kunnen OK-functionarissen zich geconfronteerd zien met andere procedures waarbij zij onder meer financiële risico's lopen. Tegen een OK-functionaris die tevens advocaat of accountant is, kan bijvoorbeeld een tuchtklacht worden ingediend. Hoewel met de gegrondbevinding van een

tuchtklacht civielrechtelijke aansprakelijkheid niet vaststaat,¹⁸ brengt een en ander wel kosten en andere nadelen voor de OK-functionaris met zich. In de zaken In den Eng en Vikariën richtte de tuchtklacht zich tegen een OK-bestuurder die tevens advocaat respectievelijk accountant was. In beide zaken werden de klachten ongegrond verklaard.¹⁹ Andere voorbeelden van procedures tegen OK-functionarissen zijn een strafrechtelijke aangifte of beslaglegging op het vermogen van de OK-functionaris.²⁰

4. Vergoeding van de kosten van verweer van OK-functionarissen

4.1 Inleiding

Naast de mogelijke aansprakelijkheid, blijkt uit het praktijkonderzoek dat bij OK-functionarissen met name zorgen bestaan over de kosten van verweer en over het antwoord op de vraag in hoeverre zij deze zelf moeten dragen. Er bestaan voor de OK-functionaris grofweg twee mogelijkheden om de kosten van verweer te verleggen: de kosten komen ofwel ten laste van de vennootschap, ofwel ten laste van een verzekeraar. Wij onderzoeken beide opties. Tot slot bespreken wij een aantal maatregelen om de rechtspositie van OK-functionarissen te versterken.

4.2 Kosten van verweer ten laste van de vennootschap

De OK kan ingevolge art. 2:357 lid 6 BW bepalen dat de geënquêteerde vennootschap de redelijke en in redelijkheid gemaakte kosten van verweer van de OK-bestuurder, -commissaris en -beheerder ter zake van de vaststelling van aansprakelijkheid vanwege onbehoorlijke taakvervulling tijdens de tijdelijke aanstelling betaalt.²¹ De OK kan onzes inziens zowel ambtshalve als op verzoek bepalen dat de kosten van verweer voor rekening van de vennootschap komen. In de regel zal de OK echter beslissen op verzoek, omdat zij niet direct op de hoogte is van door OK-functionarissen te maken of gemaakte kosten van verweer. De OK heeft een discretionaire bevoegdheid, maar zal een dergelijk verzoek niet spoedig afwijzen. In de DEM-beschikking overweegt de OK dat voor een juiste toepassing van het enquêterecht en de effectiviteit van de te treffen onmiddellijke voorzieningen aan OK-functionarissen "comfort [dient] te worden geboden, in de zin dat zij waar nodig met succes zullen kunnen verzoeken dat de [OK] bepaalt dat de kosten van verweer (...) door de rechtspersoon zullen worden gedragen."²²

13 Rb. Midden-Nederland 5 december 2018, JOR 2019/53; Ondernemingsrecht 2019/43 (Vikariën). Deze gelijkstelling sluit ook aan bij de opvatting van de minister, die geen reden ziet voor een ander aansprakelijkheidsregime voor OK-bestuurders, zie Kamerstukken II 2011/12, 32887, 6, p. 3-4; Kamerstukken II 2013/14, 34011, 3, p. 29.

14 Hof Arnhem-Leeuwarden 7 april 2020, JOR 2020/140; Ondernemingsrecht 2020/99 (Vikariën).

15 HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360 (Staleman/Van de Ven).

16 Kamerstukken II 2010/11, 32887, 3, p. 39; Kamerstukken II 2011/12, 32887, 6, p. 31.

17 Hof Arnhem-Leeuwarden 7 april 2020, JOR 2020/140, Ondernemingsrecht 2020/99 (Vikariën). In eerste aanleg merkte de rechtbank de OK-beheerder aan als feitelijk bestuurder, waardoor voor hem dezelfde aansprakelijkheidsnorm gold als voor de OK-bestuurder. Hierover kritisch T. Salemink, JOR 2019/53 en P.H.M. Broere, Ondernemingsrecht 2019/43. Zie over de aansprakelijkheidspositie van de tijdelijk beheerder ook F. Eikelboom, De (onmiddellijke) voorzieningen van de enquêteprocedure (diss. Groningen) (IVO, dl. 105), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 634; M.W. Josephus Jitta, 'Aspecten van de overdracht ten titel van beheer door de Ondernemingskamer en de rol van de beheerder in het kader van de enquêteprocedure', Ondernemingsrecht 2016/95, p. 462 en 465.

18 HR 10 januari 2003, NJ 2003, 537 (Portielje), rov. 3.3; HR 15 november 1996, NJ 1997, 151; JOR 1997/13 (Nederlands Trustkantoor voor Belegging en Financiering/Paardekooper & Hoffmann), rov. 3.5.

19 Vz. Raad van Discipline Amsterdam 15 december 2017, JOR 2018/39 (In den Eng), rov. 4.2-4.3; CBb 11 september 2018, JOR 2019/1 (Vikariën).

20 Zie bijv. Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 5 augustus 2019, JOR 2019/222 (Rabat); Rb. Midden-Nederland 5 december 2018, JOR 2019/53; Ondernemingsrecht 2019/43 (Vikariën); Rb. Zeeland-West Brabant (vzr.) 4 oktober 2019, JOR 2019/277 (Energie Concurrent).

21 Art. 2:349a lid 2 BW verklaart art. 2:357 lid 6 BW van overeenkomstige toepassing op onmiddellijke voorzieningen.

22 Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 8 juli 2019, JOR 2019/279 (DEM), rov. 3.18.

De wet bevat geen definitie van het begrip kosten van verweer. Onder de kosten van verweer vallen blijkens de parlementaire geschiedenis in ieder geval de kosten van een aansprakelijkheidsverzekering,²³ de kosten voor een advocaat of adviseur (niet alleen tijdens een gerechtelijke procedure, maar ook in het traject na een dreiging met aansprakelijkstelling en voor de dagvaarding),²⁴ de verschuldigde griffierechten en een eventuele proceskostenveroordeling.²⁵ Bij een veroordeling tot schadevergoeding van een OK-functionaris valt het bedrag waarvoor hij aansprakelijk is niet onder de kosten van verweer.²⁶ Dat een OK-functionaris een aansprakelijkheidsverzekering heeft afgesloten, staat er overigens niet aan in de weg dat de OK bepaalt dat de vennootschap de kosten van verweer draagt.²⁷ De verplichting van de vennootschap om de kosten van verweer te dragen, gaat voor op een eventuele dekking onder een aansprakelijkheidsverzekering.²⁸ Voor vergoeding komen slechts in aanmerking de redelijke en in redelijkheid gemaakte kosten van verweer.²⁹ Deze dubbele redelijkheidstoets vergt niet een beoordeling van de noodzakelijkheid van de gemaakte kosten.³⁰ Evenmin is relevant wat achteraf beschouwd het beste of goedkoopste zou zijn geweest: ook tevergeefs gemaakte kosten kunnen voor vergoeding in aanmerking komen.³¹ Als achteraf blijkt dat de kosten van verweer lager hadden kunnen uitvallen, of de ermee gemoeide werkzaamheden goedkoper konden worden verricht, kan dat op zichzelf niet leiden tot het oordeel dat de redelijkheid ontbreekt.³² Zowel de keuze voor het maken van de kosten van verweer als de hoogte ervan moet redelijk zijn. Van onredelijkheid zal daarbij niet snel sprake zijn. Wij menen dat in geval van een geschil over de redelijkheid van de kosten van verweer de OK naar analogie met art. 2:350 lid 3 BW kan beslissen op verzoek van de meest gereede partij.³³

23 *Kamerstukken II* 2010/11, 32887, 3, p. 39.

24 Aldus ook het advies van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van 3 november 2011, p. 6.

25 *Kamerstukken II* 2011/12, 32887, 6, p. 26.

26 *Kamerstukken II* 2010/11, 32887, 3, p. 27 en 39-40.

27 Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 16 december 2019, *ARO* 2020/34 (*Monitor Management*), rov. 4.18. Aldus ook Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 8 juli 2019, *JOR* 2019/279 (*DEM*), rov. 3.19, waarin de OK-functionaris een Rimari-polis (waarover par. 4.3) had afgesloten.

28 Aldus ook M.H.C. Sinnighe Damsté, *JOR* 2019/279. Zie anders: Y. Borrius, 'Enkele observaties over de positie van OK-functionarissen', *Ondernemingsrecht* 2018/74, p. 440. Voldoet de vennootschap de kosten van verweer van een OK-functionaris die verzekerd is onder de Rimari-polis, dan keert de verzekeraar dit bedrag uit aan de vennootschap. Zie over de verzekeringsmogelijkheden voor OK-functionarissen nader par. 4.3.

29 Art. 2:357 lid 6 BW sluit daarmee aan bij art. 2:350 lid 3 en art. 6:96 lid 2 BW.

30 Vgl. A.R. Bloembergen (onder 2), *NJ* 1999, 196. Vgl. ook HR 2 november 1962, *NJ* 1963, 61 (*De Jonge/Vezeno*); HR 23 januari 1987, *NJ* 1987, 555 (*Eilert/De Groot*), rov. 4.2.

31 Vgl. A.L.M. Keirse, *Schadebepenkingsplicht. Over eigen schuld aan de omvang van de schade* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2003, p. 284-285.

32 Vgl. Conclusie A-G Timmerman (onder 3.7) voor HR 26 september 2014, *NJ* 2015/84 (*De Jonge/Scheper Ziekenhuis*). Zie ook Keirse 2003, p. 283 en 286.

33 Zo ook M.W. Josephus Jitta, 'Bochtenwerk van de Ondernemingskamer en de dekking van de kosten van verweer', *Ondernemingsrecht* 2020/25, p. 126.

De tekst van art. 2:357 lid 6 BW biedt strikt genomen slechts een grondslag voor de vergoeding van de kosten van verweer ter zake van de vaststelling van aansprakelijkheid vanwege onbehoorlijke taakvervulling. Volgens de OK brengt een redelijke toepassing van art. 2:357 lid 6 BW echter mee dat dit artikellid ziet op "iedere aansprakelijkstelling – door de rechtspersoon of door derden – van de genoemde door de OK benoemde functionarissen ter zake van de door hen uit hoofde van hun benoeming vervulde taak."³⁴ Dat betekent dat de kosten van verweer in verband met een vordering op grond van onrechtmatige daad ook voor vergoeding in aanmerking komen. De vraag rijst of de kosten van verweer in een tuchtrechtelijke procedure ook onder het bereik van art. 2:357 lid 6 BW vallen. Een tuchtrechtelijke procedure ziet immers niet op de aansprakelijkheid van de beklagde.³⁵ De OK lost dit pragmatisch op. In de zaak *Rabat* bepaalt de OK "voor zover nodig op de voet van art. 2:357 lid 2 BW", dat de vennootschap ook de kosten van verweer tegen tuchtklachten en strafrechtelijke aangiftes die verband houden met de enquêteprocedure draagt.³⁶ Op de voet van art. 2:357 lid 2 BW kan de OK de gevolgen van de door haar getroffen voorzieningen zo nodig regelen.

De regeling van art. 2:357 lid 6 BW biedt de OK-commissaris en -beheerder een noodzakelijke bescherming. Zonder de mogelijkheid van art. 2:357 lid 6 BW, zouden zij voor de vergoeding van hun kosten van verweer namelijk afhankelijk zijn van de 'reguliere' bestuurder en/of OK-bestuurder, indien benoemd. Voor de OK-bestuurder ligt dit anders, met name als hij enig bestuurder is of een beslissende stem heeft. Hij kan uit hoofde van zijn bestuurderschap in beginsel zelf de kosten van verweer, bijvoorbeeld de premie voor zijn aansprakelijkheidsverzekering, ten laste van de vennootschap brengen.³⁷ Een beslissing van de OK is hiervoor niet noodzakelijk. Een specifiek voorbeeld in dit verband is de escrow-voorziening. Om zeker te stellen dat de vennootschap uiteindelijk de kosten van verweer kan voldoen, kan een OK-bestuurder een bedrag buiten de macht van de vennootschap in escrow (doen) plaatsen of op andere wijze – bijvoorbeeld met een pand- of hypotheekrecht – ze-

34 Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 8 juli 2019, *JOR* 2019/279 (*DEM*), rov. 3.18.

35 HR 10 januari 2003, *NJ* 2003, 537 (*Portielje*), rov. 3.3.

36 Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 5 augustus 2019, *JOR* 2019/222 (*Rabat*), rov. 3.17. Zie ook Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 27 mei 2020, *ECLI:NL:GHAMS:2020:1528* (*Cavari Clinics*), rov. 2.4. Wij kunnen ons vinden in de benadering van de OK. De gedachte is immers dat OK-functionarissen in vrijheid moeten kunnen optreden zonder bevreesd te hoeven zijn dat de kosten van verweer in het kader van het verantwoord van hun optreden door henzelf moeten worden gedragen. Zie hierover ook P.H.M. Broere, *JOR* 2019/222.

37 Zie voor een atypisch voorbeeld ook Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 23 oktober 2014, *ARO* 2015/6 (*In den Eng*), waarin de OK-bestuurder geld vanuit de vennootschap naar zichzelf overmaakte onder de omschrijving "voorschot nakosten en zekerheid kosten van verweer in rechte". De voorzitter van de Raad van Discipline Amsterdam achtte dit handelen niet tuchtrechtelijk verwijtbaar, zie Vz. Raad van Discipline Amsterdam 15 december 2017, *JOR* 2018/39 (*In den Eng*), rov. 1.11, 3.2 en 3.4.

kerheid (doen) stellen voor zijn kosten van verweer.³⁸ Deze voorziening is toegestaan. Volgens de OK is de OK-bestuurder hiertoe bevoegd en behoort het niet tot de taak van de OK besluiten hiertoe goed te keuren.³⁹ Een nadere beschikking van de OK zou dan evenmin nodig zijn als de OK-bestuurder vervolgens de in escrow geplaatste gelden daadwerkelijk aanwendt voor zijn kosten van verweer. De bevoegdheid van een OK-bestuurder tot het plaatsen van een bedrag in escrow reikt volgens ons niet verder dan de kosten van verweer die op grond van art. 2:357 lid 6 BW voor vergoeding in aanmerking komen. Bovendien zal een OK-bestuurder bij zijn afweging om een escrow-voorziening te treffen, er rekening mee moeten houden dat dit mogelijk een zware wissel trekt op de liquiditeit van de vennootschap alsmede de ontwikkeling van de vennootschap negatief kan beïnvloeden.⁴⁰ Voorts kunnen praktische problemen in de uitvoering bestaan, bijvoorbeeld indien door KYC-vereisten van een bank het niet eenvoudig blijkt een separate bankrekening voor de escrow-voorziening te openen.⁴¹

De regeling van art. 2:357 lid 6 BW, al dan niet versterkt door een escrow-voorziening, kent een belangrijk nadeel. Het biedt OK-functionarissen niet of niet voldoende bescherming indien de vennootschap in financiële moeilijkheden verkeert of faillieert en geen zekerheid kan stellen.

Een vennootschap in financiële moeilijkheden kan mogelijk niet voldoen aan de verplichting ingevolge art. 2:357 lid 6 BW om de kosten van verweer te voldoen en bij een faillissement kwalificeren deze kosten van verweer niet als boedelschuld, maar als concurrente vordering. Voor de escrow-voorziening rijst bij een faillissement de vraag of de onttrekking van een deel van het vermogen mogelijk paulianeus is.⁴² Het is niet uitgesloten dat de curator de plaatsing van een bedrag in escrow op grond van art. 42

Fw kan vernietigen. Bovendien loopt de OK-bestuurder een risico aansprakelijk te zijn jegens een onbetaald gebleven crediteur van de vennootschap, wanneer hij namens de vennootschap een bedrag in escrow plaatst of laat plaatsen, terwijl hij wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden.⁴³ Een beschikking van de OK inhoudende dat het de OK-bestuurder is toegestaan een bedrag in escrow te plaatsen kan in dat geval de aansprakelijkheidsrisico's mogelijk beperken.

Praktische problemen kunnen ontstaan op het moment dat de enquêteprocedure is geëindigd. Een OK-functionaris kan ook eerst na afloop van de enquêteprocedure aansprakelijk worden gesteld en pas dan kosten van verweer maken. Wij zijn van mening dat een gedefungeerde OK-functionaris ook dan een beroep op art. 2:357 lid 6 BW toekomt.⁴⁴ Onduidelijk is hoe dit procesrechtelijk uitwerkt, bijvoorbeeld of de enquêteprocedure weer tijdelijk herleeft of nooit geëindigd is. Een alternatief is dat de OK-functionaris voor het einde van de procedure een verzoek ex art. 2:357 lid 6 BW indient voor eventueel *nog te maken* kosten van verweer. De OK acht dit onder omstandigheden mogelijk.⁴⁵ Een andere optie is dat de OK een dergelijke beslissing ambtshalve geeft, zo nodig al bij de beschikking waarin zij de OK-functionaris benoemt. Deze route ligt met name voor de hand in procedures met bijzonder conflictueuze verhoudingen.

4.3 Kosten van verweer ten laste van een verzekeraar

Naast de mogelijkheid om de kosten van verweer ten laste van de vennootschap te brengen, kan een aansprakelijkheidsverzekering deels dekking bieden voor de kosten van verweer van OK-functionarissen. Voor OK-functionarissen bestaan grofweg drie verzekeringsmogelijkheden: (i) de beroepsaansprakelijkheidsverzekering van OK-functionarissen die tevens advocaat of accountant zijn, (ii) de (al dan niet aanwezige) D&O-verzekering van de geënuquëeerde vennootschap, of (iii) de door de Stichting Rimari in samenwerking met Aon Professional Services ontwikkelde verzekering voor OK-functionarissen (hierna: Rimari-polis).⁴⁶

Anders dan de OK-bestuurder en -commissaris kan de OK-beheerder mogelijk niet altijd een beroep doen op de beroepsaansprakelijkheidsverzekering of de D&O-verze-

38 Van deze escrow-mogelijkheid werd voor het eerst gebruikgemaakt in Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 27 oktober 2015, *JOR* 2016/60 (*Cunico*), rov. 3.19. In DEM oordeelde de OK dat de OK-bestuurder ook op andere wijze zeker kon stellen dat een bedrag van EUR 1 miljoen beschikbaar was voor verhaal van kosten van verweer indien de liquiditeitspositie van de vennootschap een escrow-voorziening niet toeliet, zie Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 8 juli 2019, *JOR* 2019/279 (*DEM*), rov. 3.23.

39 Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 3 december 2019, *JOR* 2020/85 (*ZED+*), rov. 3.18; Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 8 juli 2019, *JOR* 2019/279 (*DEM*), rov. 3.24-3.25. Vgl. ook Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 5 augustus 2019, *JOR* 2019/222 (*Rabat*), waarin de OK ingevolge art. 2:357 lid 6 BW bepaalt dat de vennootschap de kosten van verweer draagt en de OK-bestuurder ter zekerheid hiervan een bedrag in escrow mag plaatsen. Zie in dit verband ook Josephus Jitta 2020, p. 125, die ervoor pleit om aan art. 2:357 lid 6 BW toe te voegen dat de OK op verzoek bevoegd is te bepalen dat een door haar te bepalen bedrag voor de in dat lid genoemde kosten buiten de vennootschap mag worden geplaatst.

40 Zie o.a. P.D. Olden, 'De OK-commissaris', in: M.J. Kroeze e.a., *Bestuur en toezicht* (IVO, dl. 67), Deventer: Kluwer 2009, p. 131; Josephus Jitta 2020, p. 125; D.M.H. de Leeuw, 'Extra bescherming voor de OK-functionaris: de escrow-voorziening', *MvO* 2016/3, p. 59.

41 Eén van de respondenten uit ons praktijkonderzoek gaf aan met dergelijke praktische problemen te kampen.

42 P.H.M. Broere (onder 3.3), *Ondernemingsrecht* 2019/43.

43 HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659; *JOR* 2007/38 (*Ontvanger/Roelofsen*), rov. 3.5.

44 Josephus Jitta 2016, p. 466.

45 Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 10 september 2019, *ARO* 2019/169 (*Monitus Holding*), rov. 3.5; Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 24 april 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1159 (*Kors*), rov. 3.13.

46 De Stichting Rimari is in 2012 opgericht en stelt zich tot doel een bijdrage te leveren aan de kwaliteit en de verdere professionalisering van diegenen die door de Ondernemingskamer worden benoemd in het kader van geschillen ten aanzien waarvan de Ondernemingskamer bevoegd is. Het merendeel van de door de OK benoemde functionarissen is aangesloten bij de Stichting.

kering van de vennootschap. Hij zal in die gevallen aangegeven zijn op de Rimari-polis. OK-functionarissen doen er verstandig aan reeds voor of direct na hun benoeming te onderzoeken of hun handelen verzekeraar is onder de eigen beroepsaansprakelijkheidsverzekering, de (bestaande) D&O-verzekering van de vennootschap of onder de Rimari-polis.⁴⁷ Zij dienen daarbij tevens te letten op eventuele uitsluitingen en alvast na te denken over de mogelijke uitloopdekking van de verzekering voor de periode na het einde van de benoeming.⁴⁸ De kosten van een verzekering kan de OK-bestuurder onzes inziens ten laste van de vennootschap brengen (waarover par. 4.2).⁴⁹ Uit ons praktijkonderzoek blijkt dat bijna 28 procent van de respondenten (13/47) in ten minste één enquêteprocedure onverzekerd te werk is gegaan. Als redenen daarvoor worden gegeven dat een verzekering niet mogelijk was, bijvoorbeeld door de aard van de vennootschap, het gebrek aan financiële middelen of het ontbreken van een administratie (38,5%; 5/13), of dat een verzekering niet noodzakelijk werd geacht (46,2%; 6/13). De overige twee respondenten gaven hiervoor geen reden.

Een aansprakelijkheidsverzekering kan de OK-functionaris dus enige bescherming bieden, maar zorgt niet altijd voor een adequate oplossing. Niet iedere vennootschap heeft standaard een D&O-verzekering voor haar bestuurders en commissarissen. Uit het praktijkonderzoek onder OK-functionarissen blijkt dat als er geen D&O-verzekering is bij aanvang van de benoeming, het veelal niet meer mogelijk is deze alsnog af te sluiten. OK-functionarissen stuiten op verschillende problemen. In veel gevallen biedt de spoedeisendheid van de situatie de OK-functionarissen simpelweg niet de tijd om een en ander uit te zoeken en te regelen. Verder blijkt dat veel verzekeraars niet bereid zijn een verzekering af te sluiten zodra een enquêteprocedure loopt. Tot slot blijkt het veelal niet mogelijk om de noodzakelijke gegevens bij een verzekeraar aan te leveren, bijvoorbeeld door een gebrek in de administratie en jaarrekeningen, of heeft de vennootschap onvoldoende financiële middelen om de premie te betalen. Maar ook als er wel een D&O-verzekering aanwezig is, biedt dit niet altijd voldoende comfort gelet op de beperkte omvang van de dekking of het aantal potentieel betrokkenen bij de polis (andere bestuurders en/of commissarissen).

Het alternatief voor OK-functionarissen is de Rimari-polis. Een belangrijk nadeel van de Rimari-polis is echter dat deze een faillissementsuitsluiting bevat.⁵⁰ Dat houdt in dat de verzekeraar niet gehouden is de "schade" (waaronder ook de kosten van verweer vallen) te vergoeden als gevolg van een aanspraak "in verband met, voortvloeiende uit

of als gevolg van het faillissement van de rechtspersoon". Dit betekent dat indien bij een vordering tegen een OK-functionaris een direct of indirect verband bestaat met het faillissement, geen dekking bestaat onder de polis, dus ook niet voor de kosten van verweer. Juist in geval van faillissement heeft de OK-functionaris bescherming nodig, omdat bij een financieel gezonde vennootschap eventuele kosten van verweer ten laste van de vennootschap kunnen worden gebracht (par. 4.2). Het blijkt niet mogelijk om de faillissementsuitsluiting uit de Rimari-polis te krijgen. Door de verharding van de verzekeringsmarkt zijn verzekeraars met name in het kader van bestuurdersaansprakelijkheidsverzekeringen minder bereid dekking te bieden. Juist vanwege de achtergrond van de benoeming van OK-functionarissen in enquêteprocedures, schatten verzekeraars het risico van een faillissement hoog in. Het volledig verzekeren van OK-functionarissen is dus commercieel een te groot risico.⁵¹

Zowel de Rimari-polis als (doorgaans) de D&O-verzekering is gebaseerd op het *claims-made*-principe. Dat wil zeggen dat de polis in beginsel enkel dekking biedt voor claims die tijdens de looptijd van de verzekering tegen de verzekerde zijn ingesteld. De verzekering is afgesloten voor een bepaalde periode en eindigt bovendien veelal automatisch in geval van faillissement.⁵² De vennootschap kan uitloopdekking inkopen. Dit zal echter niet altijd mogelijk zijn of gebeuren, bijvoorbeeld omdat de vennootschap de extra premiebetaling niet kan opbrengen of de OK-bestuurder inmiddels gedefungeerd is en de 'reguliere' bestuurder dit nalaat. De Rimari-polis wordt afgesloten door de OK-functionaris ten behoeve van zichzelf en niet zoals de D&O-verzekering door de rechtspersoon ten behoeve van de bestuurder. Dat betekent dat de OK-functionaris bij defungeren niet afhankelijk is van de vennootschap en de 'reguliere' bestuurder. De Rimari-polis eindigt evenmin automatisch in geval van faillissement. Wel geldt in dat geval een beperking in de verzekeringsdekking.⁵³ De verzekering is van kracht gedurende de initieel overeengekomen termijn en wordt daarna stilzwijgend verlengd voor

47 Zie ook bepaling 3.2.1 Stichting Rimari Praktijktips voor OK-bestuurders (www.rechtspraak.nl).

48 Bepaling 3.2.1 en 6.1 Stichting Rimari Praktijktips voor OK-bestuurders.

49 Een OK-beheerder of OK-commissaris zal in overleg met het bestuur een aansprakelijkheidsverzekering kunnen afsluiten of zo nodig een beschikking van de OK op grond van art. 2:357 lid 6 BW kunnen verzoeken.

50 Zie ook Makkink 2018, p. 378; Lemstra 2017, p. 284 en voetnoot 36.

51 In opdracht van de Stichting Rimari is onderzoek verricht bij elf verzekeraars die in de Nederlandse markt bestuurdersaansprakelijkheidsverzekeringen aanbieden. Daarbij is geïnformeerd naar zowel een collectieve als individuele polis voor bestuurdersaansprakelijkheid, met daarbij de mogelijkheid om de faillissementsuitsluiting niet toe te passen, dan wel het opnemen van een 'sublimiet' voor kosten van aansprakelijkheid en verweer in verband met faillissementsaanspraken. Binnen de Stichting Rimari wordt voorts nagedacht over de instelling van een eigen fonds, waaruit niet-verzekerbare kosten van verweer kunnen worden gedekt.

52 Hierover ook M.H.C. Sinninghe Damsté, 'Biedt de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering afdoende bescherming tegen civielrechtelijke, strafrechtelijke en bestuursrechtelijke aansprakelijkheid? De stand van zaken anno 2015', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015* (VHI, dl. 128), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 174-175.

53 Indien tijdens de verzekeringstermijn een bewindvoerder of curator wordt benoemd bij de rechtspersoon, dan blijft de dekking van kracht tot het einde van de verzekeringstermijn waarin deze benoeming zich heeft voorgedaan. De Rimari-polis biedt dan echter alleen dekking voor fouten die plaatsvonden voor de datum van deze benoeming. Naast deze beperking kent de Rimari-polis ook een faillissementsuitsluiting.

twaalf maanden, tenzij sprake is van een in de polisvoorwaarden genoemde uitzondering, zoals opzegging wegens het niet betalen van de premie of het defungeren van de OK-functionaris. Bij het defungeren eindigt de verzekering na afloop van de verzekeringstermijn.⁵⁴ De Rimari-polis lijkt de gedefungeerde OK-functionaris geen mogelijkheid te bieden om uitloopdekking in te kopen.

Kortom, de bestaande verzekeringsmogelijkheden bieden OK-functionarissen niet altijd voldoende zekerheid, in het bijzonder als het gaat om (dreigende) faillissementssituaties.

4.4 *Andere maatregelen ter vergoeding of beperking van de kosten van verweer*

Naast de mogelijkheid dat de OK-functionaris de kosten van verweer ten laste van de vennootschap (via art. 2:357 lid 6 BW of de escrow-voorziening) of een verzekeraar kan brengen, is er nog een aantal manieren om de kosten van verweer te beperken of verleggen.

Onder druk van de OK kunnen partijen bij de enquêteprocedure bijvoorbeeld verklaren zorg te dragen voor de kosten van verweer van de OK-functionaris en/of hem ter zake van de uitoefening van zijn taak op geen enkele wijze aansprakelijk te stellen.⁵⁵ De OK kan partijen hiertoe niet dwingen, maar zij kan wel benadrukken de verzochte onmiddellijke voorziening (lees: de benoeming van een OK-bestuurder) niet te treffen totdat partijen de verzochte verklaring geven.⁵⁶ Het dwangmiddel van de OK om geen OK-functionaris te benoemen, werkt met name in procedures gedaan op gezamenlijk verzoek of bij spiegelbeeldige verzoeken (bestuurders verzoeken bijvoorbeeld elkaars schorsing). Beide partijen hebben in dat geval belang bij ingrijpen door de OK. Dit ligt echter anders bij een eenzijdig verzoek, bijvoorbeeld indien een minderheidsaandeelhouder een enquête verzoekt wegens vermeend machtsmisbruik door de meerderheidsaandeelhouder. In dat geval zou het onredelijk zijn niet in te grijpen of enkel in te grijpen als de minderheid jegens de OK-functionaris afstand van recht doet. Wanneer de OK de risico's op (dreiging met) aansprakelijkstelling van een OK-functionaris als reëel inschat, zou zij overigens wel kunnen overwegen geen OK-functionaris te benoemen, maar andere onmiddellijke voorzieningen te treffen, zoals de schorsing van

besluiten, de schorsing van stemrecht of het tijdelijk afwijken van de statuten.

In twee zaken verklaarden partijen bovendien de OK-functionaris te vrijwaren voor aansprakelijkheden door derden.⁵⁷ Partijen zullen hiertoe niet snel geneigd zijn, tenzij geen andere oplossing bestaat of het risico op aansprakelijkstelling door derden beperkt is. Een voorbeeld van een situatie waarin niet snel een andere oplossing voorhanden lijkt, is die waarin behoefte bestaat aan noodzaakfinanciering. Ook de vennootschap kan afstand doen van vorderingen of aanspraken jegens de OK-functionaris (finale kwijting) of hem wat betreft de kosten van verweer vrijwaren. Volgens de OK kunnen een OK-beheerder en een OK-bestuurder elkaar over en weer namens de vennootschap finale kwijting verlenen.⁵⁸ Deze maatregel voorkomt echter niet dat anderen dan de vennootschap de OK-functionaris aanspreken.

Voorts kan de OK de gesignaleerde risico's proberen te reduceren, door een OK-functionaris specifieke of beperkte taken en bevoegdheden toe te kennen. Een voorbeeld daarvan vormt in zekere zin de beschikking inzake Bloembollenbedrijf Brouwer. In deze zaak oordeelde de OK dat de tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer niet meebrengt dat de aandelen in goederenrechtelijke zin tot het vermogen van de beheerder gaan behoren. Enkel de aan de aandelen verbonden vennootschapsrechtelijke bevoegdheden (waaronder het vergaderen en stemrecht) zijn tijdelijk aan de beheerder overgedragen. De OK-beheerder is niet bevoegd over de in beheer gegeven aandelen te beschikken; die bevoegdheid blijft bij de aandeelhouder. Dit betekent niet alleen dat de OK-beheerder niet als aandeelhouder in een procedure – bijvoorbeeld de geschillenregeling – kan worden betrokken, maar ook dat beslag, executie, bezwaring en vervreemding van aandelen het beheer niet raken.⁵⁹

De taken en bevoegdheden van de OK-bestuurder en -commissaris zijn in beginsel dezelfde als die van de 're-

54 De verzekeringstermijn is dus de oorspronkelijk overeengekomen termijn of de verlengde periode van twaalf maanden.

55 Zie o.m. Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 21 december 2018, *ARO* 2019/67 (*Nordeon*), rov. 3.4; Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 12 november 2019, *ARO* 2020/5 (*Vermeulen*), rov. 3.6; Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 12 februari 2020, *ECLI:NL:GHAMS:2020:542* (*West Inn*), rov. 3.8.

56 Anders: P.G.F.A. Geerts (onder 3), *Ondernemingsrecht* 2003/38; P.G.F.A. Geerts, *Enkele formele aspecten van het enquêterecht* (diss. Groningen) (IVO, dl. 46), Deventer: Kluwer 2004, p. 300; E.M. Soerjatin, 'Kroniek enquêterecht 2003: wie gaat er in het (hoender)hok: de knuppel of de OK?', in: G. van Solinge & M. Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2003-2004* (VHI, dl. 75), Deventer: Kluwer 2004, p. 97-98.

57 Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 21 december 2018, *ARO* 2019/67 (*Nordeon*), rov. 3.4; Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 12 november 2019, *ARO* 2020/5 (*Vermeulen*), rov. 3.6.

58 Zie o.m. Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 8 juli 2019, *JOR* 2019/279 (*DEM*), rov. 3.24; Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 3 december 2019, *JOR* 2020/85 (*ZED+*), rov. 3.18. Het is van belang dat de OK-beheerder en OK-bestuurder zelfstandig het besluit kunnen nemen. Dat betekent dat de OK-beheerder alle of de meerderheid van de aandelen moet houden en de OK-bestuurder een beslissende/doorslaggevende stem heeft en zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegd is. Het verlenen van finale kwijting is vanzelfsprekend ook mogelijk indien de OK-functionarissen de medewerking van de bestaande aandeelhouders of reguliere bestuurders hebben.

59 Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 30 april 2019, *JOR* 2019/187; *Ondernemingsrecht* 2019/102 (*Bloembollenbedrijf Brouwer*), rov. 3.19; Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 4 juni 2019, *JOR* 2020/29 (*Gierkink Beheer*), rov. 3.11.

guliere' bestuurder en commissaris.⁶⁰ In de Fortuna-beschikking benoemde de OK evenwel een commissaris met de exclusieve bevoegdheid "te beslissen over de aard, omvang, inhoud en timing van de door Fortuna aan haar aandeelhouders te verstrekken informatie met het oog op een door de algemene vergadering te verlenen goedkeuring" aan een overname. De OK-commissaris maakte geen deel uit van de raad van commissarissen.⁶¹ Deze afwijkende benoeming zorgt voor onduidelijkheid bij zowel de OK-functionaris als partijen. Het zorgt verder voor afbakeningsproblemen en leidt mogelijk juist eerder tot geschillen over de taakvervulling. Wij zijn daarom geen voorstander van dergelijke 'quasi-OK-bestuurders of -commissarissen'.

Een laatste optie die voorkomt in de praktijk is dat OK-functionarissen de OK om *guidance* vragen door de aanvaardbaarheid van een concrete oplossing of concreet handelen ter beoordeling voor te leggen. Het is vaste rechtspraak dat de OK de OK-functionaris in beginsel geen concrete instructies, goedkeuring of anderszins expliciete toestemming geeft voor concrete handelingen.⁶² Niettemin kan de OK in haar overwegingen de OK-functionaris comfort bieden door bijvoorbeeld te oordelen dat de OK-functionaris tot bepaald handelen zonder meer bevoegd is en/of uiteen te zetten welke omstandigheden de OK-functionaris bij zijn beoordeling dient te betrekken.⁶³ De OK blijkt hiertoe in voorkomende gevallen bereid.

5. Huidige rechtspositie van OK-functionarissen

Op basis van de rechtspraak en het praktijkonderzoek ontstaat het volgende beeld van de aansprakelijkheidspositie van de OK-functionaris. OK-functionarissen bemerken de laatste jaren een duidelijke verruwing en een toename van het aantal aansprakelijkstellingen of de dreiging daarmee. Het risico dat een OK-bestuurder of -commissaris

daadwerkelijk met succes aansprakelijk wordt gesteld, achten wij beperkt. Het huidige beoordelingskader biedt OK-functionarissen voldoende bescherming. Gelet op de vaak complexe situatie waarin een OK-bestuurder of -commissaris moet opereren, zal hem in de regel niet snel een ernstig verwijt kunnen worden gemaakt (zie par. 3.2). Het aansprakelijkheidsrisico van de OK-beheerder is mede gelet op zijn beperkte taak en bevoegdheden eveneens beperkt (zie par. 3.2 en 4.4).

De zorgen van OK-functionarissen zien met name op de kosten van verweer. Het risico dat een OK-functionaris de kosten van verweer zelf moet dragen, is in het merendeel van de gevallen voldoende afgedekt. De kosten kunnen ten laste van de vennootschap (via een beschikking van de OK ex art. 2:357 lid 6 BW of de escrow-voorziening (zie par. 4.2)) of met een beroep op een aansprakelijkheidsverzekering ten laste van een verzekeraar worden gebracht (zie par. 4.3). Bovendien heeft de OK een aantal andere mogelijkheden om de financiële risico's te beperken, bijvoorbeeld door partijen bij de enquêteprocedure te bewegen de kosten van verweer op zich te nemen of toe te zeggen de OK-functionaris niet aansprakelijk te stellen (zie par. 4.4).

De huidige mogelijkheden bieden echter niet in alle gevallen voldoende bescherming. Het gaat dan in het bijzonder om (dreigende) faillissementssituaties. In deze gevallen heeft de vennootschap geen of onvoldoende middelen om de kosten te voldoen of hiervoor zekerheid te stellen. Voor zover een aansprakelijkheidsverzekering bestaat, is het de vraag of deze een voldoende oplossing biedt, bijvoorbeeld gezien de beperkte omvang van de dekking of het bestaan van een faillissementsuitsluiting. Bij vennootschappen in financieel zwaar weer en zonder (adequate) verzekering lopen OK-functionarissen dus een hoger risico zelf de kosten van verweer te moeten dragen. Een tweede situatie waarin het risico voor OK-functionarissen hoger ligt, is indien zij pas na afloop van de enquêteprocedure aansprakelijk worden gesteld of anderszins kosten van verweer maken. In dat geval is het bijvoorbeeld de vraag of de aansprakelijkheidsverzekering nog loopt en dus dekking biedt, en is het niet zonder meer duidelijk of de OK-functionaris een beroep kan doen op art. 2:357 lid 6 BW om de kosten van verweer ten laste van de vennootschap te brengen.

6. Aanbevelingen ter versterking van de rechtspositie van OK-functionarissen

6.1 Aanbevelingen voor de OK en OK-functionarissen

Het spreekt voor zich dat bij een beoogde benoeming van een OK-functionaris een duidelijk beeld moet bestaan van de financiële huishouding van de geënquêteerde vennootschap, van het bestaan van een D&O-verzekering alsook van de achtergrond van het conflict dat aan de enquêteprocedure ten grondslag ligt. Alleen dan kunnen de moge-

60 Zie o.m. HR 19 februari 2010, NJ 2010/296; JOR 2010/92 (Fuldauer), rov. 3.5.1-3.5.2; Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 19 april 2007, JOR 2007/142 (Begemann), rov. 3.1.

61 Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 24 april 2017, JOR 2017/163 (Fortuna), rov. 3.18.

62 Zie o.m. Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 30 november 2013, JOR 2013/337 (Novero), rov. 3.26; Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 11 december 2013, JOR 2014/36 (Jeemer en Meromi), rov. 3.1; HR 11 juli 2014, JOR 2014/263 (Novero), rov. 3.3; Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 17 december 2014, ARO 2015/47 (Hepta G), rov. 3.5; Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 16 juni 2015, ARO 2015/167 (In den Eng), rov. 3.2; Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 24 maart 2016, ARO 2016/86 (VTS), rov. 2.1. Zie hierover ook G.C. Makkink, 'De verhouding tussen OK-functionarissen en de OK; een latrelatie in het Ondernemingsrecht', in: C.D.J. Bulten e.a. (red.), *Marius geannoteerd* (VHI, dl. 133), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 255-257; T. Salemink, 'De instructiebevoegdheid van de Ondernemingskamer ten aanzien van de door haar benoemde bestuurders en commissarissen', in: Y. Borrius e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation* (VHI, dl. 152), Deventer: Wolters Kluwer 2018. Zie ook bepaling 1.5.1 Stichting Rimari Praktijktips voor OK-bestuurders.

63 Zie bijv. Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 11 december 2013, JOR 2014/36 (Jeemer en Meromi), rov. 3.9; Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 22 maart 2018, JOR 2018/150 (VDL Huizen), rov. 3.8.

lijke risico's voor de beoogde OK-functionaris adequaat worden ingeschat. De beoogde OK-functionaris zal echter in de regel niet de gelegenheid hebben een en ander voldoende uit te zoeken voordat hij de benoeming aanvaardt.⁶⁴ Het is dan ook met name aan de OK en procespartijen om in de fase voorafgaand aan de benoeming de noodzakelijke informatie beschikbaar te krijgen en zo nodig al stappen te nemen. De OK zal doorgaans redelijk zicht hebben op de financiële positie van de vennootschap, althans zij zal zeker willen stellen dat de vennootschap in ieder geval de bezoldiging van een OK-functionaris kan dragen.⁶⁵ Verder zou de OK bijvoorbeeld partijen ook standaard kunnen vragen of een aansprakelijkheidsverzekering beschikbaar is, en zo ja, om de polisvoorwaarden te overleggen.

Aldus kan voorafgaand aan de benoeming duidelijk worden of er een verhoogd risico voor de beoogde OK-functionaris bestaat, wat met name het geval is indien de vennootschap in financieel zwaar weer verkeert en geen adequate D&O-verzekering heeft. Dit risico kan na het moment van de benoeming niet meer eenvoudig worden ondervangen (zie par. 4.3). Dit betekent dat wanneer de OK de risico's wil beperken, zij dit moet doen voordat de OK-functionaris wordt benoemd. De meest effectieve wijze is procespartijen te bewegen zorg te dragen voor de kosten van verweer van de OK-functionaris en hen te laten verklaren de OK-functionaris ter zake van de uitoefening van zijn taak op geen enkele wijze aansprakelijk te stellen. De OK kan partijen hiertoe echter niet verplichten (zie par. 4.4). Indien de vennootschap wel voldoende middelen tot haar beschikking heeft, kan de OK de risico's mitigeren door op grond van art. 2:357 lid 6 BW ambtshalve te bepalen dat de eventuele kosten van verweer voor rekening van de vennootschap komen (zie par. 4.2). Nog een andere mogelijkheid is om enkel diegenen te benoemen die in hun hoedanigheid van OK-functionaris reeds dekking hebben onder hun beroepsaansprakelijkheidsverzekering als advocaat of accountant. Wanneer deze maatregelen niet mogelijk zijn of de OK ondanks deze maatregelen de risico's voor de beoogde OK-functionaris nog steeds als (te) hoog inschat, zal zij andere onmiddellijke voorzieningen dan een benoeming moeten overwegen of in het ui-

terste geval niet moeten ingrijpen.⁶⁶ Een belangrijke kanttekening is dat contentieus gedrag niet zou mogen worden beloofd door niet-ingrijpen. Het kan niet zo zijn dat een partij ingrijpen door de OK kan voorkomen door met onredelijk gedrag de risico's voor de beoogde OK-functionaris zo groot mogelijk te maken.

Waar voorafgaand aan de benoeming een belangrijke taak ligt voor de OK, zullen OK-functionarissen gedurende hun benoeming zelf de risico's moeten bewaken. Zij dienen met name rondom het einde van de enquêteprocedure alert te zijn. Wanneer de procedure geëindigd is en de OK-functionaris dus niet langer in functie is, is het niet eenvoudig zijn rechtspositie nog te versterken. De OK-functionaris doet er daarom goed aan voordien maatregelen te nemen, mocht er een reëel risico bestaan dat hij kosten van verweer moet maken. Allereerst kunnen een OK-bestuurder en -beheerder elkaar over en weer namens de vennootschap vrijwaren of decharge verlenen. Een OK-beheerder kan vanzelfsprekend ook een OK-commissaris decharge verlenen. Deze maatregel vermindert het risico op aansprakelijkheid jegens de vennootschap (zie par. 4.2). Verder kunnen OK-functionarissen de OK op grond van art. 2:357 lid 6 BW vragen te bepalen dat de vennootschap ook eventueel *nog te maken* kosten van verweer moet voldoen (zie par. 4.2). Een alternatief is om een bedrag voor nog te maken kosten van verweer buiten de macht van de vennootschap in escrow te plaatsen (zie par. 4.2). Het voordeel daarvan is dat de OK-functionaris dan niet afhankelijk is van het bestuur van de vennootschap voor de voldoening van zijn kosten van verweer; een belangrijk nadeel is echter dat een escrow-voorziening mogelijk een negatief effect heeft op de liquiditeit en toekomst van de vennootschap. Tot slot dient een OK-functionaris de voorwaarden van de aansprakelijkheidsverzekering te onderzoeken, bijvoorbeeld of, en zo ja, hoe lang en onder welke voorwaarden hij na zijn defungeren nog dekking heeft (zie par. 4.3).

6.2 Aanbevelingen voor de wetgever

De hiervoor beschreven aanbevelingen aan de OK en OK-functionarissen zijn mogelijk binnen het huidige wettelijke kader. Er zijn echter ook andere oplossingen denkbaar voor versterking van de rechtspositie van OK-functionarissen. Voor deze mogelijkheden is veelal een wetswijziging nodig. Wij bespreken drie van de in onze ogen meest geschikte oplossingen om de hiervoor genoemde risico's van de OK-functionaris te ondervangen: de wettelijke beperking

⁶⁴ De Ondernemingskamer polst beoogde OK-functionarissen in de regel pas nadat de eerstefase-beschikking is geweest. Tussen deze beschikking en de beschikking waarin de desbetreffende persoon wordt benoemd, liggen in het algemeen slechts enkele dagen. De beoogde functionaris heeft dan ook niet veel tijd om over het verzoek van de OK na te denken.

⁶⁵ Indien de vennootschap de noodzakelijke financiële middelen niet heeft, kan de OK partijen vragen om deze kosten te dragen en hiervoor zekerheid te stellen.

⁶⁶ Vgl. bijv. Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 7 oktober 2010, ARO 2010/158 (*Geomar*), waarin de OK constateert dat geen reëel uitzicht bestaat dat een eventueel te bevelen onderzoek ook daadwerkelijk zal kunnen plaatsvinden bij gebreke van de daartoe benodigde financiële middelen. Om dezelfde reden wees de OK het verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen af. Vgl. bijv. ook Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 18 maart 2019, ARO 2019/99 (*O&T Kindercentra*), waarin de OK de procedure beëindigt, gelet op het gebrek aan financiële middelen en het ontbreken van uitzicht op het (alsnog) verkrijgen van die middelen, en gelet op het uitblijven van een concreet voorstel tot financiering van het bevelen onderzoek en de getroffen onmiddellijke voorzieningen.

van aansprakelijkheid in omvang, de kwalificatie van de kosten van verweer als boedelschuld en financiering door de Staat.

Een eerste mogelijkheid is de aansprakelijkheid van OK-functionarissen te beperken in omvang, door toepassing van art. 6:110 BW.⁶⁷ Dit artikel biedt een grondslag voor limitering van aansprakelijkheid, zodat aansprakelijkheid niet hetgeen redelijkerwijs door een verzekering kan worden gedekt, te boven gaat.⁶⁸ Een dergelijke limitering zou enige gelijkenis vertonen met het onlangs in België geïntroduceerde systeem van bestuurdersaansprakelijkheid, waarin de aansprakelijkheid van bestuurders ook kwantitatief beperkt is, afhankelijk van de omvang van de bestuurde vennootschap.⁶⁹ De Belgische 'cap' op bestuurdersaansprakelijkheid werd in de parlementaire geschiedenis mede gemotiveerd vanuit de wens bestuurdersaansprakelijkheid verzekeraar te houden, maar ook om met het oog op "de internationaliserende markt voor bestuurders" talentvolle bestuurders voor Belgische vennootschappen te behouden.⁷⁰ Een vergelijkbare beperking voor OK-functionarissen voorkomt niet dat zij kosten van verweer maken, maar zorgt er mogelijk wel voor dat verzekeraars bereid zijn de verzekeringsvoorwaarden te wijzigen, bijvoorbeeld door la-

gere premies te vragen of de faillissementsuitsluiting te laten vervallen.

De kosten van verweer van de OK-functionaris kwalificeren in faillissement niet als boedelschuld, maar als concurrente vordering.⁷¹ Om de rechtspositie van OK-functionarissen te versterken, kan worden overwogen de kosten van verweer wettelijk te kwalificeren als (preferente) boedelschuld.⁷² De OK kan in dat geval bepalen dat de vennootschap de redelijke en in redelijkheid gemaakte kosten van verweer van de OK-functionarissen dient te voldoen, waarna de OK-functionarissen hun vordering met voorrang kunnen verhalen op de boedel.⁷³ Duidelijk nadeel van dit voorstel is dat de verhaalsmogelijkheden van andere schuldeisers mogelijk worden gefrustreerd.

In de literatuur is tot slot ook wel bepleit dat de Staat de kosten van verweer van OK-functionarissen zou moeten dragen, in ieder geval bij faillissement van de vennootschap.⁷⁴ De minister liep in het verleden niet warm voor deze mogelijkheid.⁷⁵ Niettemin is het een interessante optie. Financiering door de Staat kan daarbij beperkt worden tot faillissementssituaties en enkel indien de vennootschap of een verzekeraar onvoldoende dekking biedt. Uit ons praktijkonderzoek volgt dat slechts enkele OK-functionarissen onverhaalbare kosten van verweer hebben gemaakt. In het merendeel van de gevallen droeg de vennootschap of een verzekeraar de kosten van verweer. Een voorziening door de Staat hoeft dus niet kostbaar te zijn.

7. Conclusie

Recent is steeds meer en vaker aandacht voor de rechtspositie van de door de OK in enquêteprocedures benoemde bestuurders, commissarissen en beheerders van aandelen in enquêteprocedures. Mede aan de hand van een onder deze OK-functionarissen verricht praktijkonderzoek (zie par. 2), signaleren wij een gebrek aan rechtsbescherming bij de benoeming van deze functionarissen bij vennootschappen in financieel zwaar weer en zonder (adequate)

67 In de literatuur is ook anderszins de uitsluiting of beperking van de aansprakelijkheid van OK-functionarissen bepleit. Zie bijv. Th.S. Ijsselmuiden (onder 4), *TVVS* 1994, p. 277; M.H.C. Sinninghe Damsté, 'De (on)mogelijkheden van de Ondernemingskamer ten aanzien van door haar benoemde functionarissen', *TOP* 2014/382, p. 43-45; M.W. Josephus Jitta, 'De aansprakelijkheid van door de Ondernemingskamer benoemde bestuurders en commissarissen', in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt* (OO&R, dl. 25), Deventer: Kluwer 2003, p. 467 e.v. De beperking van aansprakelijkheid door wijziging van de norm, bijvoorbeeld in opzet of bewuste roekeloosheid, achten wij niet nodig. De zorgen van OK-functionarissen zitten met name in de kosten van verweer. Een andere aansprakelijkheidsnorm neemt deze zorgen niet weg: ook al is een OK-functionaris minder snel aansprakelijk, nog steeds moet hij kosten van verweer maken. Bovendien biedt het huidige normenkader voor aansprakelijkheid (waarover par. 3.2) de OK-functionaris onzes inziens voldoende bescherming. De uitsluiting van aansprakelijkheid achten wij evenmin wenselijk. Dit heeft tot gevolg dat gelaedeerden een mogelijkheid tot gerechtvaardigd schadeverhaal wordt onthouden. Bovendien heeft het aansprakelijkheidsrecht een belangrijke normerende functie: het dwingt functionarissen – dus ook OK-functionarissen – zich te conformeren aan gedragsnormen die als maatschappelijk gewenst worden beschouwd. Zie hierover M.J. Kroeze, 'Bange bestuurders', *Ondernemingsrecht* 2006/3; Salemink 2018; Borrius 2018, p. 438.

68 De enige thans geldende algemene maatregel van bestuur gegrond op art. 6:110 BW is het Tijdelijk besluit limitering aansprakelijkheid voor terroristeschade luchtvaart, dat per 23 juli 2024 zal komen te vervallen, zie *Stb.* 2014, 203.

69 Zie art. 2:57 en 2:58 W.Venn. Deze 'cap' op bestuurdersaansprakelijkheid gaat gepaard met een verbod voor de vennootschap en haar dochtervennootschappen bestuurders vooraf te exonereren of vrijwaren voor hun aansprakelijkheid jegens de vennootschap of derden. Wel mogelijk blijft dat aandeelhouders, zoals de moedervennootschap, een bestuurder vrijwaren. Zie over de Belgische regeling o.a. O. Oost, 'Een wettelijke cap op bestuurdersaansprakelijkheid naar Belgisch voorbeeld?', *WPNR* 2018/7211; H. de Wulf, 'Niet-genoteerde vennootschappen in het Belgische Wetboek van vennootschappen en verenigingen. Een flexibeler en open vennootschapsrecht geïnspireerd door de Nederlandse Flex-BV', in: H. de Wulf e.a., *Ondernemingsrecht in de Lage Landen* (IVO, dl. 117), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

70 *Parl. St. Kamer*, 54 3119/001, p. 63 en 67 (www.dekamer.be).

71 De kosten van verweer van onderzoekers in de enquêteprocedure vormen kosten van het onderzoek als bedoeld in art. 2:350 lid 3 BW. Deze kosten kwalificeren in beginsel niet als boedelschuld, aldus HR 24 juni 2005, *NJ* 2005, 382; *JOR* 2005/174 (*Decidewise*), rov. 3.4, bevestigd in HR 9 december 2005, *NJ* 2006, 174; *JOR* 2006/3 (*Landis*), rov. 3.2-3.3. Dezelfde argumentatie gaat onzes inziens op voor de kosten van verweer van OK-functionarissen. Dit alles is slechts anders als de curator de kosten vrijwillig op zich neemt – dan is sprake van een door de curator in zijn hoedanigheid aangeane schuld, als bedoeld in HR 19 april 2013, *NJ* 2013/291; *JOR* 2013/224 (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), rov. 3.7.1.

72 Zo ook VEB, 'Reactie op het conceptwetsvoorstel aanpassing enquête-recht', 8 januari 2010 (www.internetconsultatie.nl), p. 9.

73 Zie hierover ook P.H.M. Broere (onder 3.3), *Ondernemingsrecht* 2019/43.

74 Zie bijv. Olden 2009, p. 131; S.M. Bartman & M. Holtzer, 'Enquêterecht voorzichtig onder het mes', *Ondernemingsrecht* 2010/14, p. 84-85; R.H.L. Cornelissen, 'Bestuurder namens de Ondernemingskamer', in: K.M. van Hassel & M.P. Nieuwe Weme, *Willems' wegen. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H.M. Willems* (VHI, dl. 102), Deventer: Kluwer 2010, p. 78; VEB 2010, p. 9; Makkink 2018, p. 378.

75 *Kamerstukken II* 2010/11, 32887, 3, p. 35 en 39.

verzekering. De vennootschap heeft in dat geval geen of onvoldoende middelen de kosten van verweer te voldoen of daarvoor zekerheid te stellen. Voor zover een aansprakelijkheidsverzekering bestaat, is het de vraag of deze een voldoende oplossing biedt, bijvoorbeeld door de beperkte omvang van de dekking of een faillissementsuitsluiting (zie par. 5).

Het verhoogd risico voor OK-functionarissen op onverhaalbare kosten van verweer bij (dreigende) faillissementssituaties is niet eenvoudig te ondervangen. Het spreekt voor zich dat voorafgaand aan de benoeming in ieder geval een duidelijk beeld moet bestaan van de financiële huishouding van de geënquêteerde vennootschap, van het bestaan van een D&O-verzekering alsook van de achtergrond van het conflict dat aan de procedure ten grondslag ligt. Alleen dan kan de OK de risico's juist inschatten en zo nodig maatregelen treffen, bijvoorbeeld door partijen op voorhand te laten verklaren de OK-functionaris niet aansprakelijk te stellen, door op grond van art. 2:357 lid 6 BW ambtshalve te bepalen dat de eventuele kosten van verweer voor rekening van de vennootschap komen of slechts diegenen te benoemen die in hun hoedanigheid van OK-functionaris reeds dekking hebben onder hun beroepsaansprakelijkheidsverzekering als advocaat of accountant. De OK kan ook overwegen een andere onmiddellijke voorziening dan een benoeming te treffen of in het uiterste geval in het geheel niet in te grijpen (zie par. 6.1). Er zijn ook andere oplossingen denkbaar om de rechtspositie van OK-functionarissen te versterken, maar hiervoor is veelal een wetswijziging nodig. De volgens ons daartoe meest geschikte oplossingen zijn de wettelijke beperking van aansprakelijkheid van OK-functionarissen in omvang, de kwalificatie van kosten van verweer als boedelschuld en de financiering van de kosten van verweer door de Staat (zie par. 6.2).