
De nieuwe cyberwet en het belang van een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering

Implementatie NIS2 cyberwet kan impact hebben op bestuurders

Er wordt momenteel veel geschreven over de tweede Network and Information Security richtlijn, kortweg NIS2. Los van allerlei technische aspecten wordt er vaak op gewezen dat deze Europese richtlijn, die uiterlijk in oktober 2024 opgenomen moet zijn in onze nationale wetgeving, de mogelijkheid gaat bieden om bestuurders persoonlijk aansprakelijk te stellen, boetes op te leggen en zelfs te schorsen. Op deze plaats zullen we inzoomen op de impact die NIS2 kan hebben op bestuurders. Daarnaast besteden we aandacht aan de vraag of een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering dit persoonlijke risico kan mitigeren.

Het gehele bestuur wordt verantwoordelijk gehouden

De NIS2-richtlijn heeft tot doel om Europa cyberveiliger te maken. Binnen NIS2 wordt onderscheid gemaakt tussen 'essentiële' en 'belangrijke' entiteiten. Bedrijven die behoren tot de 'essentiële' sector vallen volledig onder de nieuwe regeling. Bedrijven die als 'belangrijk' worden aangemerkt krijgen er gedeeltelijk mee te maken.

Om het belang van cyberweerbaarheid te onderstrepen, schrijft NIS2 duidelijk voor dat de bestuursorganen de genomen maatregelen voor het beheer van cyberbeveiligingsrisico's goedkeuren, toezien op de uitvoering ervan en aansprakelijk kunnen worden gesteld voor cyberincidenten. Het gehele bestuur wordt 'eigenaar' van het cyberrisico. Bedrijven kunnen dit risico dus niet meer neerleggen bij de IT-functie of één individuele bestuurder. Het gehele bestuur dient actief betrokken te zijn bij het cyberbeleid en het gehele bestuur kan hierop worden aangesproken.

Precieze invulling wetgeving

NIS2 is een Europese richtlijn en moet door de lidstaten nog omgezet worden in nationale wetgeving. Dat zal de komende tijd gebeuren. Dan pas zal duidelijk worden hoe de wetgeving waaraan getoetst zal worden er precies uitziet. Hoewel NIS2 voor een richtlijn al vrij specifiek is, kan de uiteindelijke cyberwet van lidstaat tot lidstaat op nuances verschillen.

Vier aspecten van bestuurdersaansprakelijkheid

Eén aspect van de nieuwe regelgeving is de bestuurdersaansprakelijkheid. NIS2 bepaalt dat bestuurders van een 'essentiële' entiteit aansprakelijk gesteld moeten kunnen worden

voor schade van derden die is ontstaan door overtreding van de NIS2-wetgeving. De lidstaten hebben echter geen harde verplichting om in hun wetgeving specifiek te voorzien in strafrechtelijke of civielrechtelijke invulling hiervan. Het is dus afwachten hoe Nederland en de andere lidstaten dit precies gaan invullen en of op dit gebied specifieke NIS2-wetgeving zal worden ontwikkeld.

Hoewel de precieze consequenties van de nieuwe wetgeving dus nog niet bekend zijn, kan het geen kwaad om vanuit het oogpunt van bestuurdersaansprakelijkheid vier belangrijke aspecten nader te bestuderen. Bij elk aspect zullen we tevens aangeven in hoeverre een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering hiervoor dekking biedt:

1. Persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder voor schade van derden (inclusief een aandeelhouder)
2. Een onderzoek van de toezichthouder
3. Een persoonlijke boete
4. Het schorsen van een bestuurder

1. Persoonlijke aansprakelijkheid

Wat betreft persoonlijke aansprakelijkheid is er wat Aon betreft geen sprake van een uitzonderlijke nieuwe situatie. Het is al meerdere jaren een trend dat wetgevers en/of toezichthouders zich dwingend bemoeien met het reilen en zeilen van een onderneming. Neem als voorbeeld de Corporate Sustainability Due Diligence Directive die tot doel heeft bedrijven te dwingen hun steentje bij te dragen aan duurzaamheid.

Uiteraard leveren alle nieuwe wetten en toezichtregels risico's op voor claims tegen bestuurders. Hoe meer regels, hoe groter de kans dat er een wordt overtreden, wat de basis kan vormen voor een aansprakelijkstelling. Aan de andere kant is het al sinds jaar en dag de taak van een bestuurder om ervoor te zorgen dat zijn of haar onderneming voldoet aan de wet- en regelgeving. Daar is niets nieuws aan. Ook het zorgdragen voor een beheerste en integere bedrijfsvoering, waaronder het beheren van de operationele risico's zoals cyber, is niets nieuws voor bestuurders.

Verlichting risicoprofiel

Door NIS2 worden bestuurders gedwongen na te denken over zaken die zij anders wellicht links zouden laten liggen en waar zij voorheen geen of minder aandacht aan zouden geven. Bestuurders worden als het ware verplicht om er bovenop te blijven zitten, waardoor het belang van cyber binnen de boardroom alleen maar zal toenemen. Ook zal er door NIS2 meer kader komen om te bepalen welke maatregelen er getroffen dienen te worden om als bedrijf cyberweerbaar te worden. Dit zou in bredere zin tot een verlichting van het risicoprofiel moeten leiden.

Dekking cyberincidenten

De toename van het risico door extra regelgeving valt weg tegen de (verplichte) maatregelen die genomen worden om cyberrisico's beheersbaarder te maken. Hierdoor zal per saldo het risico van bestuurdersaansprakelijkheid gelijk blijven.

Los daarvan biedt een goede bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering in principe dekking voor de persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders bij overtreding van de nieuwe cyberwetgeving. Enkele jaren geleden zagen we nog een trend dat verzekeraars het cyberrisico specifiek wilden benoemen in bestuurdersaansprakelijkheidsverzekeringen middels een in- dan wel uitsluiting. Deze trend is echter gestopt voor wat betreft bestuurdersaansprakelijkheid en de consensus is dat bestuurdersaansprakelijkheidsclaims die hun oorzaak vinden in een cyberincident gedekt zijn.

2. Onderzoek van de toezichthouder

De NIS2-richtlijn schrijft voor dat op nationaal niveau een toezichthouder wordt aangesteld die naleving van de richtlijn gaat controleren en handhaven. Of dit één toezichthouder wordt zoals gebeurd is met de Autoriteit Persoonsgegevens in het kader van de AVG, of dat toezicht meer sector-gedreven zal zijn, is nog niet duidelijk. Veel mensen verwachten het laatste.

Als zo'n toezichthouder bij zijn toezicht stuit op onregelmatigheden, ligt het voor de hand dat zij een formeel onderzoek zal starten. Bestuurders kunnen in persoon verplicht worden om hieraan deel te nemen, waarbij ze dus kosten moeten maken.

Met betrekking tot onderzoeken waaraan een bestuurder verplicht moet deelnemen, onderscheiden verzekeraars twee soorten dekkingen:

- Onderzoeken naar het handelen van de entiteit
- Onderzoeken gericht op het handelen van de bestuurder zelf

Controleren dekking verzekeringsproduct

De dekking die wordt geboden bestaat uit kosten voor juridische bijstand van de bestuurder.

Kosten die de entiteit maakt in het kader van de onderzoeken, vallen buiten de reikwijdte van de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering.

Er zijn echter ook verzekeringsproducten op de markt die alleen dekking bieden voor het tweede type onderzoek, dan wel dekking sub-limiteren of helemaal geen dekking bieden voor onderzoekskosten. Dit aspect verdient dus zeker aandacht na implementatie van NIS2.

Daarentegen bieden sommige verzekeraars juist nog een extra dekking voor zogenaamde vooronderzoeken, zoals het verplicht aanleveren van bepaalde documenten of zelfs juridische bijstand als een toezichthouder een inval doet.

3. Een persoonlijke boete

De NIS2-richtlijn kent de mogelijkheid om bestuurders een persoonlijke boete op te leggen. Hierbij benadrukt de richtlijn overigens dat dit middel pas wordt ingezet als andere middelen om een bedrijf te bewegen om NIS2 te implementeren onvoldoende resultaat opleveren. Het is dus niet de verwachting dat er veel boetes zullen worden opgelegd als gevolg van NIS2.

Strafrechtelijk of civiel

Interessant is de vraag hoe de verschillende lidstaten de NIS2-boete gaan implementeren in lokale wetgeving, en met name of dit strafrechtelijk of administratiefrechtelijk wordt ingestoken. Deze keuze heeft verzekeringstechnisch veel invloed. Strafrechtelijke boetes zijn over het algemeen onverzekerbaar aangezien het verzekeren hiervan indruist tegen de goede zeden. Bovendien willen verzekeraars die ook niet dekken. Daarentegen geldt voor niet-strafrechtelijke boetes, vaak civiele boetes genoemd, dat de meeste verzekeraars deze wel willen dekken.

Het bestaan van dekking blijft echter wel een grijs gebied. Verzekeraars bieden de dekking voor civiele boetes aan in combinatie met de nuancering: *'tenzij de boete onverzekerbaar is op basis van het toepasselijke recht'*. De rechtsgeleerden in Nederland zijn het niet eens over de verzekerbaarheid van civiele boetes en er is nog geen vaste jurisprudentie over dit onderwerp. In diverse andere Europese landen is dit wel uitgekristalliseerd en zijn civiele boetes soms specifiek wel en soms specifiek niet verzekerbaar.

Juridische bijstand

Wellicht nog belangrijker dan de dekking voor de uiteindelijke boete, is dat de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering dekking biedt voor het verweer tegen een opgelegde boete. De ervaring leert dat goede juridische bijstand een boete nogal eens kan matigen of zelfs van tafel kan krijgen, zeker indien aannemelijk kan worden gemaakt dat een bestuurder te goeder trouw heeft gehandeld. Een goede bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering biedt dekking voor verweerkosten.

4. Het schorsen van een bestuurder

Als allerlaatste middel kent NIS2 de mogelijkheid dat de toezichthouder de rechter verzoekt om een bestuurder tijdelijk te verbieden om zijn functie uit te oefenen (te schorsen). NIS2 meldt dat zo'n actie het sluitstuk is, indien alle andere middelen falen. De richtlijn geeft verder geen handvatten hoe dit vormgegeven moet worden. De schorsing duurt zo lang als nodig is om de maatregelen te implementeren die noodzakelijk zijn om te voldoen aan NIS2. We kunnen echter vraagtekens zetten bij hoe dit in de praktijk uitpakt. De meeste maatregelen zullen een continu karakter moeten hebben. Het is onduidelijk hoe gerealiseerd kan worden dat een bestuurder de maatregelen handhaaft, nadat hij van een schorsing terugkeert.

In hoeverre een bestuurder in dit scenario een beroep kan doen op zijn of haar bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering is nog de vraag en zal mede afhankelijk zijn van hoe dit in de wetgeving precies wordt ingericht. Een actie om een bestuurder te schorsen zal pas plaatsvinden na een formele onderzoeksfase of wellicht als uitkomst van een onderzoek. Hiervoor zou een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering zoals eerder gezegd dekking moeten bieden.

Wel of geen vergoeding kosten verweer

Zodra de toezichthouder besluit om de gang naar de rechter te maken om de schorsing af te dwingen, zal zo'n actie niet meer te kwalificeren zijn als een onderzoek en veelal ook niet vallen onder de definitie van aanspraak/claim, tenzij dit via het strafrecht wordt geregeld. De verzekering dekt echter alleen de kosten van verweer tegen een aanspraak/claim zoals gedefinieerd in de voorwaarden. Derhalve zal een bestuurder de kosten van verweer tegen een eis tot schorsen niet onder de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering vergoed kunnen krijgen.

Dit laatste zou echter wel een risico moeten zijn waar bestuurdersaansprakelijkheidsverzekeraars voor zouden moeten opkomen. Het uitgangspunt van deze verzekering is immers het beschermen van schade in persoon vanwege het handelen als bestuurder, inclusief het zo veel mogelijk voorkomen daarvan middels het vergoeden van verweerkosten.

De dekking zal wel altijd begrensd worden door de opzet uitsluiting, waar – gelet op de hoge standaard die NIS2 hanteert – best sprake van zou kunnen zijn als het tot een eis tot schorsing komt. Echter, tot het moment dat opzet wordt vastgesteld middels een erkenning van schuld of een vaststelling in rechte, dient de verzekering in ieder geval de verweerkosten te vergoeden.

Zodra er duidelijkheid is over hoe de wetgever dit aspect in de wetgeving verwerkt, is het dus aan te bevelen om na te gaan hoe de dekking precies is geregeld en dit zo nodig aan te passen.

Wilt u zich ook goed voorbereiden op NIS2?

Aon blijft u de komende periode op de hoogte houden van de ontwikkelingen rond NIS2. Wilt u actief geïnformeerd worden over de nieuwe cyberwetgeving? Bezoek dan onze NIS2 Insights pagina. Daar kunt u zich aanmelden voor Aon's NIS2 Insights, de laatste updates en relevante webinars.

Contact

Drs. Abderrahman Kaouass
Practiceleader Risk & Resilience AGRC/COT
+31(0)6 20560201
a.kaouass@aon.nl

Juliette Roest
Cyber Risk Consultant
+31 629051318
juliette.roest@aon.nl

Frank Ruijgrok
Consultant Commercial Risk Solutions
+31 6 46123988
frank.ruijgrok@aon.nl

Over Aon

Aon plc (NYSE: AON) zet zich in voor betere besluitvorming — om mensen over de hele wereld te beschermen en hun bestaan te verrijken. Onze medewerkers leveren advies en oplossingen die onze klanten in meer dan 120 landen en soevereiniteiten duidelijkheid en vertrouwen geven om betere beslissingen te nemen waarmee zij hun bedrijf beschermen en laten groeien.

Volg Aon op on LinkedIn, Twitter, Facebook en Instagram. Blijf op de hoogte door de Aon Newsroom te bezoeken en meld je hier aan voor News Alerts.

©2023 Aon plc. Alle rechten voorbehouden.