

59. Beslag onder de D&O-verzekering: een gemiste kans in het wetsvoorstel herziening beslagrecht?

MR. O.W. VAN DE WEIJER EN MR. C.L. KASPERSEN

Een curator kan conservatoir derdenbeslag leggen onder de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering (de D&O-verzekering) ter voorkoming dat door aanwending van de verzekerde som voor verweerkosten van de bestuurder geen schadevergoeding meer over is indien aansprakelijkheid van de bestuurder komt vast te staan. Het is de vraag of dergelijk beslag mogelijk en wenselijk is. Wij concluderen na analyse van aangedragen oplossingen voor deze problemen aan de hand van Nederlandse en internationale literatuur en jurisprudentie dat aanpassing van de polisvoorwaarden voldoende zou moeten zijn om de heersende problematiek te verhelpen. Volgens ons is het een gemiste kans dat bij de consultatie van het wetsvoorstel tot herziening van het beslagrecht dit onderwerp niet aan bod is gekomen.

1. Inleiding

Een curator heeft de wettelijke taak te onderzoeken of een faillissement het gevolg is van onbehoorlijke taakvervulling door de bestuurder(s).¹ Hierbij lijken curatoren steeds vaker conservatoir derdenbeslag te leggen onder de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering (de 'D&O-verzekering'). Dit beslag beoogt te voorkomen dat de verzekerde som onder de D&O-verzekering wordt 'leeggetrokken' door de verweerkosten van de bestuurder ten tijde van het onderzoek, of in een hierop volgende aansprakelijkheidsprocedure. Daarmee kan, ook indien aansprakelijkheid van de bestuurder aan het einde van de rit komt vast te staan, onvoldoende verzekerde som overblijven voor schadevergoeding.

In de literatuur is de vraag aan de orde gekomen of beslag onder de D&O-verzekering wenselijk is in het licht van de belangen van alle betrokken partijen. Auteurs hebben mogelijkheden aangedragen beslag onder de verzekerde som te verhinderen. Ook is aan bod gekomen of een dergelijk beslag in het wettelijk systeem überhaupt mogelijk is. Jurisprudentie van de Hoge Raad over dit onderwerp is er (nog) niet. Op 7 juni 2018 is het (concept)wetsvoorstel tot herziening van het beslag- en executierecht gepubliceerd voor consultatie.² In (de memorie van toelichting bij) het wetsvoorstel staats niets over beslag onder de verzekerde

som van een (D&O-)verzekering.³ Evenmin komt het aan de orde in de reacties op de consultatie en de reacties in de literatuur.⁴ In de reactie van de Nederlandse Orde van Advocaten op de consultatie staat dat de beperkte omvang van de herziening als een gemiste kans wordt gezien om het beslag- en executierecht aan te passen aan de huidige wensen en behoeften van de praktijk.⁵ In deze bijdrage zullen wij onder meer aan de hand van een analyse van Nederlandse en internationale jurisprudentie en literatuur bespreken of het een gemiste kans is dat het wetsvoorstel niets bevat over beslag onder de D&O-verzekering.

2. Problematiek rondom beslag onder D&O-verzekering

2.1 Dubbele functie D&O-verzekering, belangenafweging

Een D&O-verzekering biedt dekking voor (1) de schade van benadeelden, maar ook (2) de verweerkosten van een bestuurder tegen claims. Doorgaans specificeren polissen niet welk deel van de verzekerde som bestemd is voor de verweerkosten.

Beslag van een curator dient ter zekerheidsstelling van de door de vennootschap (mogelijk) geleden schade en treft in principe de gehele verzekerde som. Het beslag onder

¹ Art. 2:138/248 BW.

² <https://www.internetconsultatie.nl/herzieningbeslagenexecutierecht>. De consultatie liep van 7 juni 2018 t/m 20 juli 2018.

³ Wetsvoorstel Herziening beslag- en executierecht, <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2018/06/21/wetsvoorstel-herziening-van-het-beslag--en-executierecht-en-memorie-van-toelichting-bij-het-wetsvoorstel-herziening-beslag-en-executierecht> (hierna: 'MvT') <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2018/06/21/memorie-van-toelichting-herziening-van-het-beslag--en-executierecht>.

⁴ <https://www.internetconsultatie.nl/herzieningbeslagenexecutierecht/reacties>.

⁵ <https://www.internetconsultatie.nl/herzieningbeslagenexecutierecht/reactie/3e844d9f-f3fa-4a0d-b6f5-992ac168bc49>.

de D&O-verzekering verhindert dat de verzekerde som ter beschikking wordt gesteld aan de bestuurder voor zijn verweer. Soms zullen bestuurders afhankelijk zijn van de vergoeding van de verweerkosten door de verzekeraar, waarmee het voeren van (adequaat) verweer in het geding kan komen. Deze situatie is ook nadelig voor de verzekeraar, die gebaat is bij een deugdelijk verweer van de bestuurder. Daarmee kan immers aansprakelijkheid, en dus uitkering onder de polis, buiten de deur worden gehouden.

De Nederlandse, maar ook internationale, praktijk worstelt ermee welke belangen moeten prevaleren bij beslag onder de D&O-verzekering en of een dergelijk beslag mogelijk is of zou moeten zijn

Het belang van de curator is hiervoor reeds genoemd en is het zekerstellen van de verzekerde som ten behoeve van de boedel. Ook voor hem kleven er echter nadelen aan een beslag. De bestuurder zal veelal een opheffingskort-geding aanhangig maken om het beslag (gedeeltelijk) op te heffen, hetgeen kosten aan de kant van de curator met zich meebrengt. Daarnaast kan geen verweer voeren leiden tot het ontbreken van dekking onder een polis. Als gevolg daarvan kan ook bij aansprakelijkheid van een bestuurder de curator tegen een dichte deur bij een verzekeraar aanlopen.⁶

In de praktijk maken rechters bij hun oordeel of beslag onder de verzekerde som moet worden opgeheven doorgaans de bovenstaande belangenafweging. De literatuur is verdeeld over de wenselijkheid van deze huidige praktijk. Jongbloed lijkt zich erin te kunnen vinden en wijst erop dat het de mogelijkheid openhoudt het beslag op te heffen indien de bestuurder het verweer niet zelf kan bekostigen.⁷ Hendrikse en Kalff zijn daarentegen van mening dat de vraag of beslag mag worden gelegd niet van deze belangenafweging afhankelijk zou moeten zijn. Een verzekering is immers niet verplicht en wat dat betreft heeft een curator 'geluk' als hij een verzekerde bestuurder treft. De wezenlijke bescherming van de verzekering, het voeren van verweer, moet volgens hen niet door de wederpartij kunnen worden geblokkeerd.⁸

2.2 D&O-verzekering vatbaar voor beslag?

In de literatuur is ook de vraag aan de orde gekomen of beslag onder de verzekerde som überhaupt mogelijk is. Op grond van art. 3:276 BW kan een schuldeiser zijn vordering op alle goederen van zijn schuldenaar verhalen, tenzij

de wet of een overeenkomst anders bepaalt. In art. 475a Rv staan twee uitzonderingen op dit beginsel opgenomen: er kan geen beslag worden gelegd op (1) vorderingen die volgens de wet niet vatbaar zijn voor beslag en (2) vorderingen die recht geven op een volgens de wet of naar haar aard niet voor beslag vatbare prestatie.

Het staat in principe niet ter discussie dat een verzekerde som in beginsel vatbaar is voor beslag,⁹ maar de Hoge Raad heeft zich niet uitgesproken of dat ook geldt voor de verzekerde som van een D&O-verzekering. Ondanks dat lagere rechters hebben geoordeeld dat een dergelijk beslag mogelijk is, zijn sommige auteurs een andere mening toegedaan. Koburg vraagt zich af of een D&O-verzekering naar haar aard vatbaar is voor beslag, gelet op de rechtsbijstandsfunctie daarvan.¹⁰ Hendrikse en Kalff maken voorts een vergelijking met de abstracte bankgarantie en de kredietruimte.¹¹ Bij de abstracte bankgarantie is betaling afhankelijk van een aantal strikte voorwaarden. Deze vordering tot betaling is op zichzelf een vordering die vatbaar is voor verhaal en beslag. In de praktijk lijkt echter aanvaard dat beslag niet toelaatbaar is, omdat een dergelijk beslag de uitbetaling van de garantie frustreert en daarmee in strijd is met het doel en strekking van de bankgarantie ('eerst betalen, dan praten').¹²

Bij de kredietruimte heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de verbintenis tot uitbetaling van een bedrag pas ontstaat wanneer de cliënt van zijn bevoegdheid tot afroep gebruik maakt. De bevoegdheid hiertoe, het wilsrecht, kan niet worden overgedragen en is niet vatbaar voor beslag. Door overdracht zou namelijk een rechtsbetrekking ontstaan tussen de derde en de kredietverlenende bank, zonder dat de bank daar enigerlei zeggenschap over zou hebben, terwijl voor haar de persoon van de wederpartij van groot belang is.¹³

Hendrikse en Kalff trekken deze principes door naar het beslag onder een D&O-verzekering. Zij menen dat de aard van een D&O-verzekering zich tegen de mogelijkheid van beslaglegging verzet. Ook is de aanspraak op een D&O-verzekering volgens hen een wilsrecht, omdat een bestuurder melding moet maken onder de polis om aanspraak te maken op dekking. Dit wilsrecht is niet overdraagbaar gelet op het persoonlijke karakter van dat wilsrecht.

Het Hof Amsterdam heeft geoordeeld dat de analogie van een verzekerde som onder een D&O-verzekering met een kredietruimte niet opgaat. Door de verplichting van de

6 R.A.M.D. Smit, 'Conservatoir derdenbeslag door de curator op een D&O-verzekering: te voorkomen?', *TVI* 2017/12, par. 6 en A. Hendrikse & M. Kalff, 'Derdenbeslag op een BCA-verzekering', *NJB* 2014/1628, p. 2.

7 A.W. Jongbloed, 'Beslag en verzekeringen: succes verzekerd?', *NTH* 2015/1, p. 20.

8 A. Hendrikse & M. Kalff, 'Derdenbeslag op een BCA-verzekering', *NJB* 2014/1628, p. 3.

9 D.C. Theunis, 'Complicaties bij beslag op een verzekerde som', *TvPP* 2015/1, par. 1.3 en W.L.H. Aerts & R.A.M.D. Smit, 'Conservatoir derdenbeslag door de curator op (de dekkingsgelden van) een D&O-verzekering', *TVI* 2017/12, par. 1.

10 A.P. Koburg, 'Verweerkosten vs. Schadevergoeding', *AV&S* 2010/7, par. 5.

11 A. Hendrikse & M. Kalff, 'Derdenbeslag op een BCA-verzekering', *NJ* 2014/1628, p. 3.

12 Zie ook Beslagsyllabus (versie februari 2019), p. 32 en 33.

13 HR 29 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4504, *NJ* 2006/203, r.o. 3.5 en 3.6.

verzekeraars aan de curatoren (in de executorialle fase) de volledige verzekerde som te voldoen, ontstaat niet tegelijkertijd een tegenvordering van de verzekeraars op de bestuurders tot terugbetaling van een bedrag gelijk aan de kosten van het verweer, aldus het hof.¹⁴

2.3 Verbod beslag op D&O-verzekering

Ook los van de vraag of beslag onder de verzekerde som naar haar aard mogelijk is, beargumenteren bepaalde auteurs dat hier een verbod op zou moeten komen. Hendrikse en Kalff stellen dat het voorkomen van toewijzing van een vordering tot schadevergoeding, en in het verlengde daarvan het voeren van verweer door de bestuurder, het primaire doel van de D&O-verzekering is. De verzekering zou niet dienen ter waarborg dat de verzekerde som toereikend is voor (toekomstige) schade-uitkeringen.¹⁵

Wij vinden een algeheel (wettelijk) verbod op het beslag op de verzekerde som van een D&O-verzekering te ver gaan. Dit is wat ons betreft niet in lijn met het Nederlandse beslagrecht

Daarnaast zou een dergelijk beslag volgens Hendrikse en Kalff en Koburg in strijd zijn met het non-peiusbeginsel. Dit houdt in dat de derde (de verzekeraar) door het beslag niet in een nadeligere positie mag komen te verkeren dan wanneer er geen beslag onder hem was gelegd. Voornoemde auteurs stellen dat de verzekeraar nadeel ondervindt door het beslag onder de verzekerde som, omdat de bestuurder hierdoor geen verweer meer kan voeren. De kans dat de aansprakelijkheid van de bestuurder vast komt te staan – en daarmee samenhangend de verplichting tot vergoeding van schade door de verzekeraar – neemt daarmee toe.¹⁶

Overigens heeft het Hof Amsterdam, in de hierboven in paragraaf 2.2 reeds genoemde zaak, geoordeeld dat geen sprake was van schending van het non-peiusbeginsel. Het hof acht het niet aannemelijk dat bestuurders voor het voeren van deugdelijk verweer afhankelijk zijn van de vergoeding van deze kosten door de verzekeraar.¹⁷

2.4 Oplossingen om beslag onder verzekerde som te voorkomen

In de literatuur zijn ook oplossingen aangedragen om beslag te voorkomen zonder een algeheel verbod. Koburg

stelt een partieel beslagverbod voor, waarbij rechters in de praktijk geen verloop meer verlenen voor beslag op de gehele verzekerde som. Deze praktijk zou volgens haar kunnen worden vastgelegd in de beslagssyllabus.¹⁸

Koburg benoemt ook als mogelijke oplossing om de polisvoorwaarden van D&O-verzekeringen aan te passen door verweerkosten van schadevergoeding te scheiden. Hierdoor zal volgens haar de behoefte beslag te leggen op de verweerkosten afnemen.¹⁹ Van Asch en Smit stellen echter dat deze oplossing wellicht onvoldoende is. Uit de rechtspraak blijkt dat ook bij een scheiding in de polis tussen verweer en schadevergoeding de gehele verzekerde som nog steeds vatbaar is voor beslag. Verzekeraars zouden daarom volgens Van Asch en Smit een stap verder moeten gaan door in de polisvoorwaarden op te nemen dat de verzekeraar de advocaat van de bestuurder rechtstreeks zal voldoen. De bestuurder heeft dan geen vorderingsrecht meer op de verzekeraar voor de verweerkosten waardoor beslag niet meer mogelijk is.²⁰

Smit komt nog met twee andere oplossingen. Allereerst het cederen van de vordering voor de verweerkosten aan het advocatenkantoor. Hier kleven nadelen aan. Zo kan dit tot gevolg hebben dat curatoren eerder beslag leggen onder de verzekerde som om de cessie voor te zijn. Verder is het onduidelijk of de bestuurder nog kan wisselen van advocatenkantoor na de cessie. Daarnaast moet vooraf een bedrag aan verweerkosten worden vastgesteld. Die inschatting is moeilijk te maken. Die inschatting moet sowieso bij een splitsing tussen verweer en schadevergoeding in de verzekerde som worden gemaakt. Als de verweerkosten boven het vastgestelde bedrag uitkomen, moet de bestuurder deze kosten alsnog zelf voldoen. De tweede oplossing die Smit aandraagt, is de aanspraak van de bestuurder op de verzekeraar op vergoeding van verweerkosten omzetten in een aanspraak op vergoeding in natura. In dat geval draagt de verzekeraar de zorg voor het verweer en de inschakeling van de advocaat. In feite is er een uitkering in natura aan de bestuurder waarbij de bestuurder zich verzekert van rechtsbijstand.²¹ In de polisvoorwaarden moet duidelijk worden omschreven dat de bestuurder geen vordering heeft op de verzekeraar voor verweerkosten. Door het ontbreken van een vordering is conservatoir derdenbeslag niet mogelijk op grond van art. 718 jo. art. 475 lid 1 Rv. Het nadeel hiervan is dat de verzekeraar de advocaat en de te volgen strategie kiest. De bestuurder heeft daar in beginsel geen invloed op.²²

14 Hof Amsterdam 6 september 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BG4513, «JBPr» 2009/27 (Ceteco), r.o. 2.11.

15 A. Hendrikse & M. Kalff, 'Derdenbeslag op een BCA-verzekering', *NJB* 2014/1628, p. 2.

16 A. Hendrikse & M. Kalff, 'Derdenbeslag op een BCA-verzekering', *NJB* 2014/1628, p. 2 en A.P. Koburg, 'Verweerkosten vs. schadevergoeding', *AV&S* 2010/7, par. 5.

17 Hof Amsterdam 6 september 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BG4513, «JBPr» 2009/27 (Ceteco), r.o. 2.12.

18 A.P. Koburg, 'Verweerkosten vs. Schadevergoeding', *AV&S* 2010/7, par. 6.

19 A.P. Koburg, 'Verweerkosten vs. Schadevergoeding', *AV&S* 2010/7, par. 8.

20 M.M. van Asch, 'Derdenbeslag onder de verzekeraar van een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering; recente ontwikkelingen', *MvO* 2016/3, par. 3 en R.A.M.D. Smit, 'Conservatoir derdenbeslag door de curator op een D&O-verzekering: te voorkomen?', *TVI* 2017/12, par. 7.

21 R.A.M.D. Smit, 'Conservatoir derdenbeslag door de curator op een D&O-verzekering: te voorkomen?', *TVI* 2017/12, par. 7.

22 W.L.H. Aerts & R.A.M.D. Smit, 'Conservatoir derdenbeslag door de curator op (de dekkingsgelden van) een D&O-verzekering', in: S.J.W. van der Putten & M.R. van Zanten (red.), *Compendium Beslag- en executierecht*, Den Haag: Sdu, 2018, hoofdstuk 37.

2.5 Herziening beslag- en executierecht

De wetgever heeft in het nieuwe wetsvoorstel tot herziening van het beslag- en executierecht niets opgenomen over deze problematiek. Ook in de memorie van toelichting wordt niet gerefereerd aan beslag onder de verzekerde som. Het wetsvoorstel is opgesteld aan de hand van drie uitgangspunten: (1) borging bestaansminimum van schuldenaren bij beslag en executie, (2) beslaglegging en de daaruit voortvloeiende executie zo effectief en efficiënt mogelijk laten plaatsvinden en (3) indien beslaglegging dient ter verhaal, mag dit niet louter worden ingezet als pressiemiddel.²³ Voordat wij zullen ingaan op de vraag hoe beslag op de verzekerde som van een D&O-verzekering in onze optiek past in de herziening, zullen wij allereerst kort ingaan op hoe – naar wij begrijpen – in het buitenland tegen deze materie wordt aangekeken.

3. Beslag op de D&O-verzekering in het buitenland

3.1 Engeland

Naar Engels recht kan een curator de rechter een *freezing injunction* verzoeken, waarmee een partij onder wie het beslag wordt gelegd wordt verboden het beslagen goed te verwijderen of te verhandelen. Het beslag kan op alle vermogensbestanddelen van de debiteur worden gelegd, ook indien de vermogensbestanddelen zich onder derden bevinden.²⁴ Daarmee lijkt de mogelijkheid open te staan voor een curator een *freezing injunction* te verzoeken op de verzekerde som onder een D&O-verzekering.

Engelse rechtbanken lijken echter (zeer) terughoudend met het verlenen van dergelijke *injunctions*. Waar Nederland een lage drempel kent voor het leggen van conservatoir beslag, hebben de Engelse rechtbanken (meer) oog voor de mogelijk vergaande gevolgen van een *freezing injunction*.

Naar Engels recht is het vrij gebruikelijk een gecombineerde limiet te hebben voor verweer en schadevergoeding, waarbij het verweer een aanzienlijk deel van deze limiet kan eroderen. Er zijn ook polissen in de markt die, nadat de oorspronkelijke limiet is verbruikt, nog een aanvullende dekking kennen voor verweerkosten. Een *claimant* zal hiermee rekening moeten houden bij het bepalen van de strategie van een mogelijke aanspraak van een bestuurder.

Wij zijn niet bekend met jurisprudentie waarbij getracht is een *freezing injunction* te leggen op de verzekerde som van een D&O-verzekering. Het is ook de vraag of dit een aantrekkelijke optie is gezien de strenge voorwaarden.

3.2 Duitsland

In Duitsland bestaat de figuur van conservatoir beslag niet zoals in Nederland, maar enigszins vergelijkbaar is wel de

Arrest(-anspruch).²⁵ In de praktijk wordt deze voorziening zeer zelden gebruikt, omdat hier strenge eisen aan worden gesteld. Om deze te verkrijgen, is het niet voldoende dat de debiteur wellicht geen verhaal biedt. De vraag is of de debiteur is begonnen met, of voorbereidingen treft om, vermogensbestanddelen te verduisteren met het doel toekomstig verhaal onmogelijk te maken. Deze hoge drempel wordt in de praktijk zelden gehaald.

De jurisprudentie op dit onderwerp is niet eenduidig en in de literatuur wordt al jaren aandacht voor deze problematiek gevraagd

Aangezien *Arrest* mogelijk is op alle vermogensbestanddelen, is het in theorie mogelijk beslag te leggen op een verzekerde som. Los van de hoge drempel, is het de vraag of deze voorziening wenselijk en noodzakelijk is gezien art. 108 *Versicherungsvertragsgesetz*. Dit artikel bevat een verbod voor de verzekerde te beschikken over de verzekering voor zover dit een nadelig effect heeft op de schadevordering van een derde, waarmee het conserverende effect van een beslag niet noodzakelijk lijkt. Ook bepaalt art. 101 *Versicherungsvertragsgesetz* dat verweerkosten in principe de verzekerde som onder een verzekering niet eroderen.

Het *Oberlandesgericht Frankfurt* heeft in 2011 vonnis gewezen in een zaak waarin een zogeheten ‘*afrekbaarheidsclausule*’ in een D&O-verzekering, met gecombineerde limiet, aan bod kwam. Daarmee werd getracht de verweerkosten in aftrek te brengen op de verzekerde limiet en daarmee dus de verplichtingen van een verzekeraar om uit te keren onder de polis te beperken. Het *Oberlandesgericht Frankfurt* heeft in die zaak geoordeeld dat de af te trekken verweerkosten afhankelijk zijn van de betreffende zaak en moeilijk kunnen worden begroot op het moment van het afsluiten van de verzekering. Daarmee kwam het in strijd met het principe dat een bepaling in de voorwaarden transparant dient te zijn en de financiële nadelen voor de contractspartij voorzienbaar. Als gevolg had deze clausule geen effect en greep de Duitse rechter terug op de hoofdregel van art. 101 *Versicherungsvertragsgesetz*.²⁶

Wij merken hierbij wel op dat deze uitspraak zag op een specifiek geformuleerde afrekbaarheidsclausule en dat naar wij begrijpen verzekeraars naar aanleiding van deze uitspraak hun voorwaarden hebben aangepast. Ons is echter geen jurisprudentie over de nieuwe clausules bekend en derhalve lijkt het nog onbeslist of deze het beoogde effect hebben.

²³ MvT, p. 1.

²⁴ W.H.Z. Westerhof, ‘Conservatoir beslag in Europa; een kijkje over de grens’, *BER* 2013/6, p. 19.

²⁵ W.H.Z. Westerhof, ‘Conservatoir beslag in Europa; een kijkje over de grens’, *BER* 2013/6, p. 20.

²⁶ *Oberlandesgericht Frankfurt* 9 juni 2011, Az. 7. U 127/09.

3.3 Australië en Nieuw-Zeeland

Wat verder van huis zijn in Australië en Nieuw-Zeeland vrij recent interessante uitspraken gewezen en is nieuwe wetgeving gekomen over dit onderwerp.

In Australië is het mogelijk een voorziening te treffen genaamd *Mareva order* (of *freezing order*) die ziet op het voorkomen dat een gedaagde vermogensbestanddelen vervaemdt. Wij zijn niet bekend met gevallen waarin een dergelijke order is verzocht voor de verzekerde som onder een D&O-polis. Daarnaast bestaat echter ook de figuur van *statutory charge*, geregeld in sectie 6 van de *Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1946 NSW*. Door de *statutory charge* werd, onder bepaalde voorwaarden, een bevoorrechte claim op de uitkering onder D&O-verzekering gevestigd. In de praktijk was het echter de vraag of een *statutory charge* met zich meebracht dat dit vergoeding van verweerkosten onder de polis belette.

In een zaak die voorlag bij het *New South Wales Court of Appeal* was inderdaad sprake van een *statutory charge*. Als gevolg weigerden verzekeraars verweerkosten aan de bestuurders te voldoen, omdat zij wilden voorkomen op grond van de *statutory charge* tweemaal de verzekerde som te moeten betalen in het geval aansprakelijkheid vast zou komen te staan. De rechtbank oordeelde dat de *statutory charge* alleen zag op uitkeringen onder de polis met betrekking tot een vastgestelde aansprakelijkheid ten opzichte van claims van derden. De *statutory charge* had daarom nog geen werking tot het moment dat de aansprakelijkheid vaststond, en kon bestuurders niet belemmeren aanspraak te maken op verweerkosten onder de polis.²⁷

Inmiddels is sectie 6 van de *Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1946 NSW* vervangen door de *Civil Liability (Third Party Claims Against Insurers) Act 2017*, die op 1 juni 2017 in werking is getreden. Deze wet bepaalt dat een benadeelde rechtstreeks de verzekeraar kan aanspreken met betrekking tot zijn vordering op de bestuurder. Hierdoor is de figuur van een *statutory charge* in de oude vorm overbodig. De nieuwe wet bepaalt ook dat de uitkering aan de benadeelde beperkt is tot het bedrag dat de verzekeraar zou hebben betaald ten aanzien van de aansprakelijkheid van de verzekerde ten opzichte van de benadeelde – waarmee de verweerkosten buiten schot blijven.

Ook in Nieuw-Zeeland lag een zaak voor die zag op een vergelijkbare *statutory charge* en waarin curatoren wilden voorkomen dat de verzekerde som volledig zou worden verbruikt voor het verweer van de bestuurders in deze (omvangrijke) zaak. Het Nieuw-Zeelandse *Supreme Court* heeft, in tegenstelling tot de Australische rechter, geoordeeld dat de *statutory charge* reeds werking heeft vanaf het

moment dat de gebeurtenis zich voordoet die aanleiding geeft voor de claim, ook wanneer de aansprakelijkheid dus nog niet is vastgesteld. Daarmee lijkt een verzekeraar, die verweerkosten vergoedt, het risico te kunnen lopen meer dan de verzekerde som te moeten uitkeren in het geval aansprakelijkheid vast komt te staan.²⁸

4. Een regeling voor beslag onder D&O-verzekering

4.1 Beslag onder D&O-verzekering naar haar aard mogelijk

De Nederlandse, maar ook internationale, praktijk worstelt ermee welke belangen moeten prevaleren bij beslag onder de D&O-verzekering en of een dergelijk beslag mogelijk is of zou moeten zijn. Wij zijn van mening dat een goede regeling reeds min of meer gedestilleerd kan worden uit de (Nederlandse) literatuur.

Onze visie is dat beslag op de verzekerde som onder de D&O-verzekering naar haar aard mogelijk is. Wij kunnen de redenering van Hendrikse en Kalff volgen dat, net zoals bij kredietruimte, sprake is van een wilsrecht.²⁹ Wij zien echter, in lijn met het arrest van het Hof Amsterdam, belangrijke verschillen tussen de kredietruimte en de verzekerde som van een D&O-verzekering:

- Bij de (mogelijke) aanspraak op kredietruimte is het voor een bank van groot belang wie de wederpartij is. Dit geldt niet voor een D&O-verzekering, waarbij normaliter niet is gespecificeerd wie de persoon van de bestuurder is. Daarmee is het niet een *persoonlijk* wilsrecht dat niet overdraagbaar is, als gevolg waarvan beslag op deze vordering niet mogelijk zou zijn.
- In lijn met het bovenstaande ontstaat bij uitkering onder de verzekering geen tegenvordering van de verzekeraar op de bestuurder. De onwenselijke situatie dat een bank plots een andere wederpartij heeft en de mogelijke verrekeningsproblematiek bij kredietruimte, geldt dan ook niet voor een verzekeraar bij uitkering onder de polis.

Hoewel de Hoge Raad zich niet hierover heeft uitgesproken, volgt ook uit de jurisprudentie tot op heden dat beslag op de verzekerde som van een D&O-verzekering mogelijk is. De jurisprudentie is niet eenduidig over de vraag of beslag op de gehele verzekerde som is toegestaan. Hierop komen wij later terug.

²⁷ *Chubb Insurance Company of Australia Ltd v Margaret Moore and others* [2013], NSWCA 212.

²⁸ Supreme court New Zealand SC 19/2013 [2013], NZSC 156 (*Bridgecorp*). Wij merken op dat het hier een opvallend faillissement betrof. Beleggers zijn hierbij voor honderden miljoenen gedupeerd en de betrokken bestuurders zijn ook strafrechtelijk vervolgd, met meerdere lange celstraffen tot gevolg. Het valt niet uit te sluiten dat deze omstandigheden hebben meegespeeld in het besluit van de rechter de verzekerde som niet ter beschikking te stellen voor het verweer van de bestuurders.

²⁹ Wij merken hierbij wel op dat het ons erg onwaarschijnlijk lijkt dat een bestuurder, die een serieuze claim heeft ontvangen, deze niet zal melden onder zijn D&O-verzekering. In die zin is het de vraag of dit 'wilsrecht' niet meer dan een academische discussie betreft.

4.2 Geen wettelijk beslagverbod D&O-verzekering

Een volgende vraag is of op het beslag onder de D&O-verzekering alsnog een (wettelijk) verbod zou moeten komen. Wij vinden een algeheel (wettelijk) verbod op het beslag op de verzekerde som van een D&O-verzekering te ver gaan. Dit is wat ons betreft niet in lijn met het Nederlandse beslagrecht, dat een lage drempel kent voor het leggen van conservatoir beslag. Het beslag is voorts bedoeld om te voorkomen dat vermogen, van in dit geval de bestuurder, verdwijnt voordat duidelijk is geworden of hij aansprakelijk is en schadevergoeding verschuldigd is. Dat is ook wat de curator beoogt met het beslag onder de verzekerde som. Zijn taak is immers ervoor te zorgen dat gelden die ten bate van de boedel komen, (zoveel mogelijk) worden veiliggesteld en in het verlengde daarvan dat benadeelden hun schade vergoed krijgen indien komt vast te staan dat de bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft uitgevoerd.

De argumenten voor het verbieden van beslag onder de verzekerde som van Hendrikse en Kalff zijn dat het primaire doel van de verzekering het voorkomen van toewijzing van een vordering tot schadevergoeding is en niet dient om schade-uitkeringen te waarborgen. Wij zien dat anders. Ons inziens is het primaire doel van een verzekering, in zijn algemeenheid, het afdekken van financiële risico's. Het doel van de D&O-verzekering is het beschermen van het vermogen van de bestuurder. Dat lijkt ons iets anders dan het voorkomen van toewijzing van een vordering tot schadevergoeding. Het is een prettige bijkomstigheid als de aansprakelijkheid niet komt vast te staan, voor zowel de verzekeraar als verzekerde. Zoals Hendrikse en Kalff terecht opmerken, bestaat er wat dat betreft ook voor verzekerde een sterke incentive op efficiënte wijze met de verzekerde som om te gaan. Hij staat immers met lege handen indien zijn verweer de verzekerde som volledig erodeert, en toch niet slaagt.³⁰ Indien de aansprakelijkheid echter komt vast te staan, is het doel van de D&O-verzekering de daaruit voortvloeiende schade van benadeelden te vergoeden zodat het vermogen van de bestuurder op die manier wordt beschermd.

Indien het beslag tot effect heeft dat een bestuurder geen aanspraak meer kan maken op de verweerkosten onder de polis, komt het beschermen van het vermogen van de bestuurder naar onze mening wel in het gedrang. Bestuurdersaansprakelijkheidszaken zijn vaak erg omvangrijk en tijdrovend en verweerkosten lopen dan ook al snel hoog op. Voor zover een bestuurder al de middelen heeft dat verweer te betalen, moet hij het doorgaans toch met aanzienlijk minder middelen doen dan een curator. Indien de verweerkosten in principe voor rekening komen van de verzekerde som, en dus de verzekeraar, is de verhouding tussen partijen

veel meer in balans.³¹ Wij menen dat deze balans belangrijk is voor een eerlijke procedure (en uitkomst). Ook zijn wij het op dit punt eens met de standpunten van Hendrikse en Kalff en Koburg dat beslag onder de verzekerde som, althans op het gedeelte dat ziet op de verweerkosten, in strijd is met het non-peiusbeginsel. Als geen (deugdelijk) verweer wordt gevoerd, dan neemt de kans op het vast komen te staan van de aansprakelijkheid van de bestuurder toe, waarvan de verzekeraar nadeel ondervindt. Indien de aansprakelijkheid komt vast te staan, moet zij de daaruit voortvloeiende schade aan de benadeelde(n) vergoeden.

Het is wat ons betreft een gemiste kans dat dit onderwerp niet aan bod is gekomen bij de consultatie van het wetsvoorstel herziening beslag- en executierecht

Ook is het in Nederland niet verplicht een D&O-verzekering af te sluiten. Indien vergoeding van verweerkosten, een wezenlijk onderdeel van de dekking, kan worden geblokkeerd door beslag, is dat een relevante factor bij het afsluiten van een dergelijke verzekering. Als hierdoor minder D&O-verzekeringen worden afgesloten, treft dat ook de curator en de benadeelde(n), nu de kans dat zij hun schade vergoed krijgen daarmee afneemt.

4.3 (Toelichting) regeling beslag onder D&O-verzekering

Daarmee komen wij toe aan de vraag hoe kan worden geregeld dat geen beslag wordt gelegd op het onderdeel van de verzekerde som dat ziet op de verweerkosten – zonder een algeheel verbod en met inachtneming van het primaire doel van de verzekering, het beschermen van het vermogen van de bestuurder. Wij zien hierbij een taak voor zowel verzekeraars als de wetgever en de regeling zou er wat ons betreft als volgt uit moeten zien.

Met Koburg zien wij het scheiden van verweer en schadevergoeding in de polisvoorwaarden als mogelijke oplossing. Wij delen echter de twijfel van Van Asch en Smit of dit op zichzelf voldoende waarborgen biedt, omdat een beslag op de gehele verzekerde som nog steeds mogelijk is. Wij sluiten ons bij hen aan dat het goed zou zijn in de polisvoorwaarden op te nemen dat de verzekeraar de advocaat van de bestuurder rechtstreeks zal voldoen. In onze visie heeft de bestuurder dan geen voor beslag vatbaar vorderingsrecht meer op de verzekeraar met betrekking tot de verweerkosten.

30 A. Hendrikse en M. Kalff, 'Derdenbeslag op een BCA-verzekering', *NJB* 2014/1628, p. 2.

31 Vergelijk r.o. 7 van Rb. Amsterdam 7 februari 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BD2754, waarin de voorzieningenrechter heeft geoordeeld dat het in strijd was met het beginsel van 'equality of arms' dat de bestuurders niet vrijelijk konden beschikken over gelden die zij nodig hadden hebben om hun verdediging te kunnen bekostigen.

Het scheiden van verweer en schadevergoeding levert het probleem op dat het vooraf begroten hiervan lastig is. Het alternatief is echter dat een rechter deze zelfde lastige begroting zal moeten maken – en uit de praktijk volgt dat er geen eenduidige lijn is in de aanpak van de verschillende rechtbanken. Het lijkt ons wenselijk als verzekeraars zelf deze inschatting maken en hiermee rekening kunnen houden bij hun premiebepaling.

Wij zien twee mogelijkheden voor een dergelijk onderscheid. Ten eerste kan een verzekeraar de verzekerde som *cost exclusive* maken. Daarmee zijn de verweerkosten gedekt bovenop de verzekerde som. In combinatie met de clausule dat de verzekeraar de advocaat van de bestuurder rechtstreeks zal voldoen en dus geen vordering ontstaat voor de bestuurder, lijkt ons dat een goede oplossing voor het voorkomen van een beslag op dit deel van de verzekerde som.

Indien een verzekeraar ook de verweerkosten wil limiteren, kan hij als andere optie een limiet van (bijvoorbeeld) een miljoen euro voor verweerkosten opnemen. Dit bedrag lijkt ons inziens in beginsel voldoende de verweerkosten te dekken, al zal dit maatwerk blijven. In de praktijk ontstaan er met name vaak problemen indien meerdere bestuurders en commissarissen aansprakelijk worden gesteld, die allen een (enigszins) andere positie hebben in de procedure en elk een andere advocaat inschakelen. Daarmee kunnen de verweerkosten snel oplopen. Het lijkt ons goed deze problematiek in het *underwriting* proces te bespreken en daarbij de grootte van de onderneming mee te nemen, alsmede de markt waarin zij opereert. Hoe ingewikkeld ook, het lijkt ons beter dit van tevoren zo goed mogelijk te regelen dan het over te laten aan de weerbarstige praktijk.

Daarmee komen we wel aan bij een ander belangrijk punt. Wat gebeurt er indien de limiet voor de verweerkosten opdraakt? De meest wenselijke oplossing lijkt ons hier dat de bestuurders het overige gedeelte van de verzekerde som ook kunnen aanwenden voor hun verweer. Dit lijkt ons het meest in lijn met het primaire doel van de verzekering, zijnde het beschermen van het vermogen van de bestuurder. Op dit deel van de verzekerde som, dat ook voor de schadevergoeding/schikking aangewend kan worden, kan naar onze mening wel beslag worden gelegd. Als de bestuurder dit deel van de verzekerde som wil aanwenden voor zijn verweer, dan zal hij – net als in de huidige praktijk – een opheffingskortgeding aanhangig moeten maken. Wij zien het in deze fase als minder bezwaarlijk dat een rechter een belangenafweging maakt over het opheffen van het beslag. In elk geval hebben de bestuurders al een aanzienlijk bedrag aan verweerkosten tot hun beschikking gehad. Zij hebben dus advies kunnen inwinnen en ze zijn in elk geval niet bij aanvang van de claim overrompeld door een beslag van de zijde van de curator. Ook hebben zij door de verzekerde som voor verweerkosten middelen om een eventueel opheffingskortgeding te bekostigen.

Overigens lijkt deze regeling ons ook gunstig voor een curator. Doordat in principe eerst de limiet voor verweerkosten zal worden aangesproken, hoeft hij niet al vanaf het eerste interview met een bestuurder te vrezen voor erosie van de voor hem relevante verzekerde som. Daarbij zal hij ook minder snel over hoeven gaan tot het leggen van beslag. Indien er toch beslag en aansluitend een opheffingskortgeding komt, heeft hij daarin een aanvullend argument in het feit dat de bestuurders reeds de verzekerde som bestemd voor verweerkosten hebben verbruikt.

4.4 Rol wetgever bij beslag onder D&O-verzekering

In de vorige paragraaf hebben wij ons met name gericht op de rol van de verzekeraars met betrekking tot deze problematiek. Wij zien ook een belangrijke rol voor de wetgever weggelegd. Het is wat ons betreft een gemiste kans dat dit onderwerp niet aan bod is gekomen bij de consultatie van het Wetsvoorstel herziening beslag- en executierecht. De jurisprudentie op dit onderwerp is niet eenduidig en in de literatuur wordt al jaren aandacht voor deze problematiek uitermate goed past in de drie uitgangspunten van het wetsvoorstel:

- Zonder de middelen om deugdelijk verweer te voeren, is de kans op aansprakelijkheid groot. Toewijzing van een schadevergoeding, niet zelden ter grootte van het boedeltekort, leidt tot een reëel risico voor het bestaansminimum van een bestuurder.
- De voorgestelde regeling brengt naar onze verwachting minder beslag onder de D&O-verzekering met zich mee, alsmede minder aanhangige opheffingskortgedingen. Daarmee is het in lijn met de wens het beslagrecht zo effectief en efficiënt mogelijk te houden.
- Door het afscheiden van de verweerkosten, wordt ook voorkomen dat een curator het beslag (slechts) als presiëmiddel kan gebruiken tegen een bestuurder. Het lijkt ons onwenselijk dat de curator als eiser kan bepalen of en in hoeverre de bestuurder recht heeft op vergoeding van zijn verweerkosten (tegen deze zelfde eiser).

Bij de mogelijke rol van de Nederlandse wetgever, is het interessant ook te bezien of er aanknopingspunten zijn in de aanpak van deze problematiek in de door ons in paragraaf 3 besproken landen.

In zowel Duitsland als Engeland zijn rechters terughoudend met het toestaan van (het equivalent van) beslag in het algemeen. De insteek van het Nederlandse beslagrecht is anders, maar wij menen dat het goed zou zijn als rechters ook meer oog zouden hebben voor de onwenselijke gevolgen van een beslag op de gehele som onder een D&O-verzekering. Zo zouden rechters bijvoorbeeld terughoudend kunnen zijn bij de verloffverlening, of juist niet te hoge eisen stellen aan de voorwaarden waarop een bestuurder het beslag gedeeltelijk kan opheffen.

Ook interessant is art. 101 *Versicherungsvertragsgesetz* en de discussie rondom de ‘aftrekbaarheidsclausules’.

Deze discussie schuurt immers aan tegen het onderscheid tussen de verzekerde som voor verweerkosten en schadevergoeding. Het Duitsrechtelijke vereiste dat een clause duidelijk en begrijpelijk en de financiële nadelen voorzienbaar moeten zijn, sluit aan bij de voorgestelde regeling een duidelijk onderscheid te maken in de verzekerde som.

Ook *down under* zijn wat ons betreft interessante aanknopingspunten te vinden. Zo is de verduidelijking die is opgenomen in de Australische *Civil Liability (Third Party Claims Against Insurers) Act 2017* in lijn met de voorgestelde regeling. Enerzijds is daarin duidelijk gemaakt dat een benadeelde aanspraak kan maken op de uitkering door een verzekeraar met betrekking tot zijn vordering op de bestuurder, maar anderzijds dat de verweerkosten van de bestuurder hierbij buiten schot blijven.

Wij achten het vanuit Nederlandsrechtelijk perspectief niet noodzakelijk deze verduidelijking in een wetsartikel op te nemen. Wij menen dat onder de huidige wetgeving aanpassing van de polisvoorwaarden voldoende zou moeten zijn om deze problematiek aan te pakken. Wel stellen wij voor dat dit onderwerp aan bod komt in het wetgevingsproces in het kader van het Wetsvoorstel herziening beslag- en executierecht en eventueel een aanvullende memorie. Wat ons betreft, is het aan de wetgever de praktijk een duidelijker richtlijn te geven op de volgende punten:

- Het is mogelijk beslag te leggen op de verzekerde som onder een D&O-verzekering.
- Beslag op de verzekerde som onder de D&O-verzekering is echter niet wenselijk, voor zover dit ziet op de verweerkosten van een bestuurder.
- Geen beslag is mogelijk op een duidelijk afgebakende verzekerde som voor verweerkosten waarbij de verzekeraar rechtstreeks de advocaat van de bestuurder vol doet.
- Voor zover wel sprake is van een (gecombineerde) verzekerde som waarop beslag mogelijk is, dienen geen

hoge eisen te worden gesteld aan de voorwaarden waarop een bestuurder het beslag gedeeltelijk kan opheffen. Het is niet wenselijk dat een curator eenvoudig kan voorkomen dat een bestuurder deugdelijk verweer voert tegen een aanspraak van diezelfde curator.

5. Ter afronding

In de praktijk bestaat veel onduidelijkheid over beslag op de verzekerde som van een D&O-verzekering. De vraag of een dergelijk beslag mogelijk is en zou moeten zijn, en zo ja of dit de gehele verzekerde som treft, blijft de gemoederen bezighouden.

Wij hebben in deze bijdrage oplossingen voor deze problemen bekeken en geanalyseerd, zowel aan de hand van Nederlandse als internationale literatuur en jurisprudentie. Wij komen tot de conclusie dat onder het huidige recht, aanpassing van de polisvoorwaarden voldoende zou moeten zijn om de heersende problematiek te verhelpen.

Dit neemt niet weg dat er een belangrijke rol is voor de wetgever in het wegnemen van de onduidelijkheden en onzekerheden die dit onderwerp omringen. Het is wat ons betreft een gemiste kans dat dit onderwerp niet aan bod is gekomen bij de consultatie van het Wetsvoorstel herziening beslag- en executierecht. Wij hopen dat de wetgever in de verdere behandeling van dit wetsvoorstel alsnog aandacht aan dit onderwerp zal besteden.

Over de auteurs

Mr. O.W. van de Weijer

Advocaat Litigation & Insurance bij CMS.

Mr. C.L. Kaspersen

Advocaat Litigation & Insurance bij CMS.