

Het einde van de Nederlandse D&O verzekering bij faillissement van de vennootschap, een “complicatie”¹ voor bestuurder en curator?²

A.P. Koburg³

De gangbare⁴ Nederlandse D&O verzekering eindigt automatisch en direct in geval van faillissement van de vennootschap. Wezeman⁵ omschreef dit eerder als een complicatie. Dit artikel streeft een verkenning van deze complicatie na, waarbij de Nederlandse situatie vergeleken wordt met Frans en Duits recht. Wat zijn de posities van bestuurder en curator in het faillissement van de vennootschap en na het einde van de D&O verzekering?

§1. Inleiding

In de jaren negentig nam de vraag naar D&O verzekeringen een vlucht. Sindsdien zijn er verscheidene bijdragen met als onderwerp de D&O verzekering verschenen.⁶ In een aantal van deze bijdragen kwam al kort naar voren dat de Nederlandse D&O verzekering eindigt in geval van faillissement van de vennootschap.⁷ Wezeman⁸ noemde dit al een ‘complicatie’, maar wat houdt het einde van de D&O verzekering precies in? Hoe zit het met de dekking van de D&O verzekering na de faillietverklaring van de vennootschap?

Dit artikel tracht een antwoord op deze vragen te formuleren. In paragraaf twee zullen de gevolgen van het einde van de verzekering en de mogelijkheden van dekking na het einde van de D&O verzekering worden besproken. Vervolgens zal in paragraaf drie een korte rechtsvergelijking op het gebied van D&O verzekeringen plaatsvinden met Frankrijk en Duitsland. Zo wordt in Frankrijk in de rechtspraktijk anders omgegaan met de D&O verzekering en kent ook Duitsland een andere invulling van de D&O verzekering. Daarna zal paragraaf vier aanvangen met een samenvatting van de belangrijkste aspecten van het einde van de D&O verzekering bij faillissement van de vennootschap. Na deze korte samenvatting zal in paragraaf vier de positie van de bestuurder (§ 4.1) en de positie van de curator (§ 4.2) bij einde van de D&O verzekering in faillissement worden besproken. Tot slot zullen in paragraaf vijf conclusies worden getrokken en zal tevens worden getracht een antwoord te

¹ Een complicatie, naar de opmerking van: J.B. Wezeman, ‘Curator en bestuurdersaansprakelijkheid’, in: M. Windt e.a. (red.), *Praktijkboek Insolventierecht Deel 3 Ongeoorloofde gedragingen*, Deventer: Kluwer 2006, p. 81.

² Met dank aan prof. mr. W.H. van Boom voor zijn commentaar op eerdere versies.

³ Docente sectie burgerlijk recht, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Erasmus Universiteit Rotterdam.

⁴ Er is niet zoiets als dé D&O verzekering op grond van wettelijke bepalingen, ik baseer mij puur en alleen op de polispraktijk in Nederland.

⁵ J.B. Wezeman, ‘Curator en bestuurdersaansprakelijkheid’, in: M. Windt e.a. (red.), *Praktijkboek Insolventierecht Deel 3 Ongeoorloofde gedragingen*, Deventer: Kluwer 2006, p. 81.

⁶ O.a. van de hand van A.S. Fransen van de Putte, ‘De BCA-verzekering’, *TvI* 1997, p. 45,

B.B.A. Vroom, ‘De aansprakelijkheidsverzekering voor bestuurders en commissarissen’, *O&F* 2001, p. 41, M. de Kort-de Wolde & G. Potjewijd, ‘D&O-verzekering’, *Ondernemingsrecht* 2005, p. 278-283 en recentelijk onder meer ook over de D&O Verzekering en faillissement van de vennootschap: W.F. Hendriksen & M.L.S. Kalff, ‘D&O verzekering en faillissement’, in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2007-2008 Deel 97*, Deventer: Kluwer 2008, p. 104.

⁷ Zie bijvoorbeeld: B.B.A. Vroom, ‘De aansprakelijkheidsverzekering voor bestuurders en commissarissen’, *O&F* 2001, p. 41.

⁸ J.B. Wezeman, ‘Curator en bestuurdersaansprakelijkheid’, in: M. Windt e.a. (red.), *Praktijkboek Insolventierecht Deel 3 Ongeoorloofde gedragingen*, Deventer: Kluwer 2006, p. 81.

formuleren op de vraag wat het einde van de D&O verzekering bij faillissement van de vennootschap inhoudt. In deze bijdrage wordt overigens wel uitgegaan van enige voorkennis met betrekking tot de artikelen 2:138/248 BW en de Nederlandse D&O verzekering.

§2. Het einde van de D&O verzekering bij faillissement van de vennootschap, en dan?

De Nederlandse D&O verzekering⁹ eindigt in geval van faillissement van de vennootschap. In de Nederlandse polisvoorwaarden van Nassau Verzekeringen N.V. is dit bijvoorbeeld te lezen in art. 15.4:

“De verzekering eindigt direct en automatisch op de datum van faillietverklaring van verzekeringnemer of op de datum dat de rechter de surséance van betaling toestaat aan verzekeringnemer.”

Dit einde van de D&O verzekering heeft tot gevolg dat claims ingediend tegen de bestuurder ná het faillissement van de vennootschap en dus ná het einde van de verzekering niet gedekt zijn. Dit wordt veroorzaakt doordat de D&O verzekering is gebaseerd op het claims made-principe, dat inhoudt dat bij de vraag naar dekking centraal staat of de claim ten tijde van de verzekeringsovereenkomst is ingediend bij verzekerde of is ontvangen door de verzekeraar.¹⁰ Een ingediende claim na het einde van de D&O verzekering valt daarom niet onder de dekking. Dit betekent dat claims ingediend door de curator onder meer op basis van art. 2:138/248 BW¹¹ *in beginsel* niet gedekt zijn.

In beginsel worden claims ingediend na het einde van de D&O verzekering niet gedekt. Hoewel de D&O verzekering eindigt, bestaat er wel de mogelijkheid tot uitloopdekking¹² na het einde van de D&O verzekering. Art. 7 van de reeds genoemde polisvoorwaarden regelt deze mogelijkheid. In art. 7.1 is te lezen:

*“Indien als gevolg van de art. 15.4 en 15.5 de verzekering eindigt, geldt voor verzekeringnemer en/of verzekerde(n) gedurende drie maanden daarop aansluitend een aanbod van verzekeraars tot het verzekeren van het uitloprisico voor een termijn van maximaal vijf jaren.”*¹³

⁹ In dit artikel worden de polisvoorwaarden van Nassau Verzekeringen N.V. tot uitgangspunt genomen. Andere in Nederland aangeboden D&O verzekeringen eindigen eveneens in geval van faillissement van de vennootschap, zie n.a.v. D&O verzekeringen van AIG en Chubb: W.F. Hendriksen & M.L.S. Kalf, ‘D&O verzekering en faillissement’, in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2007-2008 Deel 97*, Deventer: Kluwer 2008, p. 104.

¹⁰ J. Spier & O.A. Haazen, *Aansprakelijkheidsverzekeringen op claims made-grondslag*, Deventer: Kluwer 1996, p. 8.

¹¹ Alsmede art. 2:9 BW (zie lid 8 van art. 2:138/248BW) en de Peeters/Gatzen q.q.-vordering.

¹² Zie tevens kort daarover: B. Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (2)*, Deventer: Kluwer 2007, p. 192. Een andere regeling waardoor claims na het einde van de D&O verzekering wellicht wel voor dekking in aanmerking komen is de omstandighedenmelding. Als er omstandigheden (plaatshebbend vóór het einde van de D&O verzekering) zijn gemeld die claims tot gevolg zouden kunnen hebben, vallen deze claims zodra deze zich voordoen onder de dekking van de polis, zie onder meer art. 3.3 polisvoorwaarden.

¹³ In de praktijk geldt dit aanbod overigens al vanaf het sluiten van de D&O verzekeringsovereenkomst, het aanbod kan te allen tijde worden aanvaard. Er wordt echter niet van deze mogelijkheid gebruikt gemaakt.

Claims ingediend na het einde van de D&O verzekering kunnen dus alsnog gedekt worden, mits de vennootschap, althans de curator in faillissement en/of de bestuurder(s) binnen drie maanden na het einde van de D&O verzekering het aanbod tot uitloopdekking aanvaarden.

§3. Een korte vergelijking met Frankrijk en Duitsland

De Nederlandse D&O verzekering eindigt in beginsel dus in geval van faillissement van de vennootschap, waarna eventueel uitloopdekking overeen kan worden gekomen door de curator in het faillissement of door de bestuurder(s). De situatie wordt geheel beheerst door de polisvoorwaarden, waarin het einde van de verzekering en de mogelijkheid tot uitloopdekking zijn vastgelegd.

Een korte verkenning van de Franse rechts- en verzekeringspraktijk laat zien dat het Franse recht wél een en ander regelt wat het einde van de verzekering betreft. Ook in Frankrijk hanteert men een claims-made dekking voor de D&O verzekering, maar de Cour de Cassation stond in het verleden kritisch tegenover het claims made-principe.¹⁴ Dit heeft uiteindelijk geresulteerd in een wettelijke regeling wat claims made verzekeringen betreft en de daar bijbehorende aspecten.¹⁵ Dit houdt in dat verzekeraars wettelijk verplicht zijn tot het dekken van de uitloop voor minimaal vijf jaar na beëindiging van de verzekeringsovereenkomst.¹⁶ Hoewel eveneens in de polisvoorwaarden (art. 4.7) van Franse D&O verzekeraar Nassau Assurances is bepaald dat de verzekeringsovereenkomst eindigt in geval van faillissement, is de Franse situatie dus anders omdat vanuit de wettelijke regeling daarna automatisch een verplichte uitloopdekking volgt van minimaal vijf jaar. De polisvoorwaarden van Nassau Assurances bieden inderdaad deze automatische uitloopdekking (art. 5.4).

Dit verschil in rechtspraktijk vindt mijns inziens ook zijn weerslag in de polisvoorwaarden: waar de Fransen langer ná insolventie moeten dekken, zijn zij ook bereid om meer te dekken rondom de insolventieperikelen. Zo kennen de polisvoorwaarden van Franse D&O verzekeraar Nassau Assurances de mogelijkheid dat de verzekering de kosten van een benoemde ‘administrateur’ dekt in geval van ‘sauvegarde’ (herstructurering van de onderneming). Dit is niet verplicht op basis van de wet. Artikel 1.7 (gestion de crise) houdt bovendien de dekking van advieskosten in als er sprake zou zijn van een crisis bij de vennootschap en dit zou kunnen leiden tot een claim tegen een bestuurder.

Het Duitse recht kent daarentegen – evenals het Nederlandse recht – geen specifieke regeling met betrekking tot het einde van de D&O verzekering of enige andere verzekering op claims made-grondslag. Wel kent het Duitse recht, anders dan het Nederlandse en Franse recht, aan de verzekeraar die van de verzekeringsovereenkomst af wil bij faillissement van de verzekeringnemer, de mogelijkheid toe dat hij opzegt met een termijn van een maand (§ 14

¹⁴ zie Chevalier & B. Seynaeve, ‘Les moyens de defense des dirigeants d’entreprise’, 2004-2005 <www.ladef-sorbonne.net/actualite.php>, p. 48.

¹⁵ Bij wet 2003-706 art. 80 II, VII 2 augustus 2003, van kracht per 2 november 2003.

¹⁶ Art. L 124-5 Code des Assurances, ingevoerd bij wet 2003-706 art. 80 II, VII 2 augustus 2003, van kracht per 2 november 2003. “Le délai subséquent des garanties déclenchées par la réclamation ne peut être inférieur à cinq ans.” Zie in het kort: <www.scor.com/www/fileadmin/uploads/publics/NTNV2004_07_fr_NTsv07fr.pdf> en tevens <[www.ffsa.com/webffsa/portailffsa.nsf/html/confreformeassurancerc/\\$file/LaréformedelassuranceRC.pdf](http://www.ffsa.com/webffsa/portailffsa.nsf/html/confreformeassurancerc/$file/LaréformedelassuranceRC.pdf)>.

VVG 2008).¹⁷ Er dient daarvoor wel tevens in de verzekeringsovereenkomst te staan dat de verzekeraar de mogelijkheid heeft voorbehouden om binnen een maand na het faillissement van de vennootschap de verzekeringsovereenkomst op te zeggen.¹⁸ Een automatisch einde voortvloeiend uit de polisvoorwaarden, zonder opzegging komt dus niet voor. Anders dan in Nederland, waar het initiatief met betrekking tot het verkrijgen van dekking na beëindiging van de verzekeringsovereenkomst ligt bij de bestuurder of curator, heeft in Duitsland de verzekeraar het initiatief om de uitloop als het ware te beperken door het contract direct na faillissement te beëindigen.

De verschillen tussen de verzekeringspraktijk in Duitsland en Nederland die verder zijn waar te nemen, hebben bijvoorbeeld betrekking op de duur van D&O verzekeringen. Verzekeraars op de Duitse verzekeringsmarkt hanteren contracten van een jaar: elk jaar wordt de onderneming opnieuw onder de loep door de verzekeraar genomen, zodat de polisvoorwaarden aangepast kunnen worden. Daar speelt de uitsluiting van het insolventierisico ook een rol. Als een verzekeraar moeilijkheden ziet aankomen, kan deze ertoe besluiten alleen voor een jaar een verzekering af te sluiten met *uitsluiting* van het insolventierisico. Een praktijk die in Nederland vrijwel niet – enkel in evidente uitzonderingsgevallen – wordt gehanteerd.

Bovendien is er de mogelijkheid van uitloopdekking.¹⁹ Er zijn verzekeraars die na beëindiging van de verzekering het uitlooprisko automatisch verzekeren. Anderen geven afzonderlijk dekking van het uitlooprisko na beëindiging van de dekking.²⁰ Anders dan in Nederland zijn Duitse D&O verzekeraars echter niet altijd geneigd om dekking voor het insolventierisico te bieden bij uitloop.²¹ In de Duitse literatuur is daarom de vraag gesteld of een D&O verzekering zonder uitloopdekking bij insolventie wel in overeenstemming is met de principes van verzekeringsrecht in Duitsland. Er wordt daarbij gewezen op het verbod van ‘verrassende algemene voorwaarden’ (§ 305c Abs. 1 BGB) en het verbod op ‘bedreiging van het verzekeringsdoel’ (§ 307 Abs. 1 jo. Abs. 2, nr. 2 BGB).²² Wat heeft een bestuurder immers aan een verzekering die geen dekking biedt voor het meest voor de hand liggende risico?

§4. Wat betekent de huidige vormgeving van de Nederlandse D&O verzekering voor de bestuurder en curator?

Het einde van de D&O verzekering kan op zichzelf al opmerkelijk genoemd worden, juist in faillissement zou een bestuurder bij uitstek een D&O verzekering nodig kunnen hebben. Er is echter als gezegd de mogelijkheid tot uitloopdekking, waardoor de bestuurder alsnog gedekt

¹⁷ § 14 Abs. 1 VVG 2008 .

¹⁸ In de praktijk wordt dit veelal gedaan door Duitse verzekeraars. De Duitse D&O Verzekeraar VOV GmbH heeft als een van de weinigen echter geen gebruik gemaakt van deze mogelijkheid.

¹⁹ M. Pant, ‘§ 12. Versicherungslösungen’ in: Hauschka (red.), *Corporate Compliance*, München: Verlag C.H. Beck 2007, p. 282.

²⁰ C. Olbrich, *Die D&O-versicherung*, Karlsruhe: VVW 2007, p. 155.

²¹ C. Olbrich, *Die D&O-Versicherung*, Karlsruhe: VVW 2007, p. 155.

²² M. Pant, ‘§ 12. Versicherungslösungen’ in: Hauschka (red.), *Corporate Compliance*, München: Verlag C.H. Beck 2007, p. 278.

wordt onder de D&O verzekering voor claims ingediend na het faillissement en voor het einde van de uitloopdekking.

Een ander opvallend aspect van de vormgeving van de Nederlandse D&O verzekering betreft de personen die volgens de polisvoorwaarden het aanbod tot uitloopdekking kunnen aanvaarden. Dat zijn de bestuurder en de curator. Er kunnen twee vragen met betrekking tot de positie van beiden worden gesteld.

De eerste vraag heeft betrekking op de bestuurder, wat is de positie van deze bestuurder indien de vennootschap faillieert en de D&O verzekering eindigt? Heeft deze bestuurder genoeg kennis van de situatie?

De tweede vraag betreft de positie van de curator, kan de curator wel beslissen over het al dan niet aanvaarden van de uitloopdekking? Komt de curator niet in een lastig pakket, waarin deze enerzijds een mogelijk middel tot verhaal aanvaardt maar anderzijds de bestuurder een machtig middel ter verweer in handen stelt?

§4.1 Wat betekent het einde van de D&O verzekering voor de bestuurder?

Er staat de bestuurder die verwacht aangesproken te worden op grond van bestuurdersaansprakelijkheid uitloopdekking ter beschikking, welke hij binnen drie maanden na het einde van de D&O verzekering kan aanvaarden. Het einde van de D&O verzekering hoeft dus niet het einde van verzekeringsdekking voor de bestuurder te betekenen, mits hij tijdig het aanbod van de verzekeraar aanvaardt.

Daarvoor is wel van belang dat de bestuurder zicht heeft op zijn eigen positie en daarbij ook wetenschap heeft van de termijn waarbinnen in actie dient te worden gekomen.²³ Bestuurders dienen mijns inziens bewust te zijn van de mogelijkheid om zelfstandig tot aanvaarding van een eventueel aanbod tot uitloopdekking over te gaan.²⁴ Het is echter de vraag of bestuurders deze kennis wel hebben. Bestuurders blijken in de praktijk in grote mate afhankelijk van de curator. De assurantietussenpersoon communiceert veelal slechts met de vennootschap – de curator in faillissement – en niet met de verzekerden, de bestuurders. In de praktijk kan het de bestuurder(s) schorten aan voldoende kennis over de D&O verzekering die dekking verleent. Het einde van de D&O verzekering bij faillissement van de vennootschap en de regeling van de uitloopdekking kunnen daarom in het licht van de *praktische* positie van de bestuurder wel degelijk gezien worden als een complicatie. Evenals in de Duitse literatuur omtrent de uitsluiting van het insolventierisico kan de vraag gesteld worden of deze constructie, waarbij uitloop alleen is gedekt als de verzekeraar dat aanbiedt én de bestuurder of curator aanvaardt, in overeenstemming is met het doel van de verzekeringsovereenkomst. De bescherming die de bestuurder meent te genieten, kan blijken te ontbreken. Het gaat hier dus om een beperking die voor discussie vatbaar is en waarvan de bestuurder op zijn minst op de hoogte dient te worden gesteld.

²³ Terecht wezen andere auteurs hier al eerder op, zie onder meer: O. Heuts, 'Aansprakelijkheid van bestuurders onbegrensd?', *O&F* 2007, p. 20, J.B. Wezeman, 'De Nederlandse 'wrongful trading rules', Enige opmerkingen over aansprakelijkheidsrisico's voor functionarissen van insolvente ondernemingen', *AV&S* 2003, p. 158 e.v. (§ 6) en A.S. Fransen van de Putte, 'De BCA-verzekering', *TvI* 1997, p. 45.

²⁴ A.S. Fransen van de Putte, 'De BCA-verzekering', *TvI* 1997, p. 45.

Met het oog op deze complicatie voor de bestuurder volgt de vraag hoe dit opgelost zou kunnen worden. Kan met de huidige vormgeving van de D&O verzekering alsnog het hoofd geboden worden aan deze complicatie? Dat zou kunnen als de bestuurder geïnformeerd dient te worden door de curator, de assurantietussenpersoon of de verzekeraar. Rust op deze betrokkenen een informatieplicht of behoort een ‘prudent’ bestuurder zichzelf te informeren?²⁵

Allereerst zou een informatieplicht van de curator kunnen worden aangenomen. Zo dient een bestuurder in faillissement op grond van art. 105 jo. 106 Fw inlichtingen te verschaffen aan de curator. Omgekeerd zou van de curator op basis van deze artikelen gevergd kunnen worden de bestuurder te informeren over de D&O verzekering. Daarnaast zou de curator op grond van zijn algemene taakomschrijving in art. 68 Fw, het beheer en vereffening van de boedel en de zorgvuldigheid die deze daarbij in acht dient te nemen, kunnen worden bewogen tot het informeren van de bestuurder. Het informeren van een bestuurder kan ook hier onder geschaard worden. De curator behoort namelijk eveneens in het kader van art. 68 Fw de belangen van de schuldenaar in het oog te houden.²⁶ Tot slot kan de door de Hoge Raad²⁷ geformuleerde zorgvuldigheidsnorm als basis worden gebruikt. Het informeren van een bestuurder zou in redelijkheid mogen worden verlangd van een curator die over voldoende inzicht en ervaring beschikt en die zijn taakt met nauwgezetheid en inzet verricht.

Er zou tevens een informatieplicht van de verzekeraar kunnen worden aangenomen. Daarbij kan een onderscheid gemaakt worden tussen de zogenaamde ‘direct writer’²⁸ en de situatie waarin een assurantietussenpersoon aanwezig is. Enerzijds zou van de verzekeraar, de ‘direct writer’, als zorgvuldig handelend dienstverlener gevergd kunnen worden dat deze de bestuurder rechtstreeks omtrent een dreigend verval van dekking²⁹ en de mogelijkheid tot dekking van de uitloop informeert.³⁰ Anderzijds dient de assurantietussenpersoon de zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen (art. 7:401 BW). De te betrachten zorg zou er in dienen te bestaan dat de ‘actieve en onderzoekende’ assurantietussenpersoon let op en waarschuwt voor ontoereikendheid van de dekking.³¹ Daaronder zou tevens zorg voor het rechtstreeks informeren van een bestuurder over de uitloopdekking van de D&O verzekering

²⁵ W.F. Hendriksen & M.L.S. Kalff, ‘D&O verzekering en faillissement’, in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2007-2008 Deel 97*, Deventer: Kluwer 2008, p. 104.

²⁶ C.M. van der Heijden, *Insolventie en Rechtspersoon* (diss. VU), Deventer: Kluwer: 1996, p. 28.

²⁷ Zie onder meer: HR 19 april 1996, *NJ* 1996, 727 (*Maclou*).

²⁸ De direct writer is een verzekeraar die rechtstreeks, zonder tussenkomst van een tussenpersoon, verzekeringen afsluit met verzekeringnemers.

²⁹ Zie daarover tevens: J.H. Wansink, ‘Zorgplichten voor de (rechtstreekse) verzekeraar en de bemiddelaar in de Wet financiële dienstverlening’, *AV&S* 2005, p. 117-131.

³⁰ Wettelijke grondslagen zijn wellicht te vinden in art. 6:233 sub a BW of art. 4:20 Wft. Zie daarover uitgebreid: S.M. Bredemeijer-Pilon, ‘De zorgplicht van de direct writer voor de particuliere verzekeringnemer’, in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Jonge Meesters. Autonomie en paternalisme in het privaatrecht*, Den Haag: BJU 2008, p. 81 en 83.

³¹ Zie daarover tevens: J.H. Wansink, ‘Zorgplichten voor de (rechtstreekse) verzekeraar en de bemiddelaar in de Wet financiële dienstverlening’, *AV&S* 2005, p. 118. Uit deze houding zou dan een waarschuwplicht voor de assurantietussenpersoon voortvloeien, zie onder meer HR 9 januari 1998, *NJ* 1998, 586 (*Rabobank/Gorredijk*) en HR 10 januari 2003, *NJ* 2003, 375 (*Octant/Brals*).

kunnen vallen, ook in deze situatie zou gesproken kunnen worden van een zogenaamde ‘waakplicht’ van de assurantietussenpersoon.³²

In het kort kan het einde van de D&O verzekering en de regeling van het aanbod van de uitloopdekking een complicatie opleveren voor een bestuurder die niet op de hoogte is van de invulling van de D&O verzekering. Indien ervan wordt uitgegaan dat een bestuurder zichzelf behoort te informeren, komt deze complicatie voor rekening van de bestuurder. Het zou echter onredelijk kunnen zijn de bestuurder met deze complicatie op te zadelen. Dan kan er ook een informatieplicht van de curator, de assurantietussenpersoon of de verzekeraar worden aangenomen. Dat neemt natuurlijk niet de oorzaak – het ontbreken van automatische uitloopdekking na het einde van de D&O verzekering zoals die in Frankrijk wel bestaat – van de complicatie weg, maar het verbetert wel de positie van de bestuurder aangezien de gevolgen van de complicatie niet altijd voor zijn rekening komen.

§4.2 Wat is de positie van de curator in deze situatie?

Zojuist is de positie van de bestuurder besproken, maar bedacht moet worden dat niet alleen de bestuurder maar ook de curator het aanbod van de verzekeraar kan aanvaarden. Anders dan in Duitsland ligt het initiatief met betrekking tot continuering van de D&O verzekering in Nederland bij de curator, omdat de verzekeringsovereenkomst in beginsel eindigt.³³ De curator heeft drie maanden om te beslissen tot (al dan niet) dekking van het uitlooprisico. Drie maanden om uitloopdekking aan te kopen is uiteraard langer dan de maand die de Insolvenzverwalter heeft na opzegging door de verzekeraar om een claim in te dienen. Toch kan de vraag worden gesteld of drie maanden de curator voldoende tijd geeft een overwogen beslissing in het belang van de boedel te nemen.

Het is daarnaast ook wat vreemd dat de curator over de uitloopdekking kan beslissen. Er vindt strikt genomen geen dekking meer plaats van een onzeker voorval (in de zin van art. 246 WvK oud). De curator die uitloopdekking aanvaardt, zal bovendien zeer waarschijnlijk overgaan tot aansprakelijkstelling. Verzekeringseconomisch zijn er vraagtekens te plaatsen bij deze situatie: de curator heeft superieure informatie over gebeurtenissen die al hebben plaatsgevonden en zijn beslissing om uitloopdekking te nemen, moet voor de verzekeraar het teken zijn dat op de polis geclaimd zal gaan worden. Het zou veeleer voor de hand liggen dat de verzekeraar de verzekeringnemer bij het aangaan van de overeenkomst laat beslissen of hij uitloopdekking wenst mee te verzekeren. Voor de geldigheid van de uitloopdekking is dat niet nodig, omdat naar huidig recht niet langer vereist is dat de gebeurtenis als zodanig onzeker moet zijn. Art. 7:925 lid 1 BW vereist slechts dat voor partijen geen zekerheid bestaat dat, wanneer of tot welk bedrag enige uitkering moet worden gedaan, of hoe lang de overeengekomen premiebetaling zal duren. Er zou dus een verband kunnen bestaan tussen het besluit tot claimen en het al dan niet verzekeren van het uitlooprisico. Daarmee kan de curator proberen de gevolgen van zijn besluit tot aansprakelijkstelling af te wentelen op de verzekeraar, namelijk door het aanvaarden van de uitloopdekking. Of een dergelijke

³² W.J. Hengeveld & B.M. Jonk-Van Wijk, ‘De zorgplicht van de assurantietussenpersoon’, in: P.J.M. Drion e.a. (red.), *Tussen persoon en recht: opstellen aangeboden aan prof. Mr. J.G.C. Kamphuisen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 117.

³³ Art. 15.4 BCA-voorwaarden.

welbewuste afwenteling is toegestaan, is in het licht van de verzekeringsrechtelijke rechtspraak allerminst zeker.³⁴

Anderzijds moet worden toegegeven dat ook de curator die zeker van zijn zaak is, lang niet altijd succes heeft. Onzekerheid ten aanzien van de kans op succes blijft ook voor de curator bestaan. Uit onderzoek van Luttikhuis en Timmermans blijkt namelijk:

*“De curator onderneemt in een derde van de faillissementen van bedrijven waarin er sprake is van schuldeisersbenadeling wel actie. In die gevallen schikt hij in het leeuwendeel van de zaken. Als hij een procedure entameert dan wint hij niet veel vaker dan hij verliest. Hetgeen opvallend is aangezien zowel de curator als een r-c de kansen van een procedure inschatten en de r-c dient expliciet zijn toestemming te geven voor het entameren van een procedure.”*³⁵

Enige *juridische* relativering van de bijzondere situatie waarin de curator kan komen te verkeren is daarom wellicht wel op zijn plaats. Er zijn immers ook andere factoren die een rol spelen bij de beslissing van de curator, waardoor de beslissing tot dekking van het uitloopriscio niet zonder meer hangt aan aansprakelijkstelling. De curator moet namelijk zelf ook de middelen hebben om de bestuurder aansprakelijk te stellen. Dat kost geld en de D&O verzekering verstrekt juist *niet* de middelen daarvoor. Deze kosten kunnen een barrière vormen, zoals ook Luttikhuis schrijft.³⁶ Deze beslissingsmogelijkheid stelt de curator dan voor een dilemma. Als er een D&O verzekering is, geeft dat de bestuurder een goede proceskostendekking, terwijl de curator alleen gaat procederen als ook hij dekking heeft en winstkansen ziet.³⁷ De vraag die dan vervolgens gesteld kan worden, is of de huidige Garantstellingsregeling voor curatoren verruimd dient te worden. Wordt immers met het oog op deze problematiek de doelstelling van deze regeling, namelijk de curator in staat te stellen een rechtsvordering in te stellen op grond van bestuurdersaansprakelijkheid of onderzoek naar een dergelijke vordering te doen,³⁸ wel voldoende bereikt?

Curatoren kunnen financiële ondersteuning onder de Garantstellingsregeling krijgen voor een verhaalsonderzoek, een onderzoek naar de kans van slagen en het instellen van een

³⁴ De verzekeraar dekt dan een ander belang dan voortvloeit uit de verzekeringsovereenkomst, het belang van de curator wordt gedekt. HR 11 mei 2001, NJ 2001,364 (*Xerox Rentalease/De Goudse*), zie tevens in AV&S 2001, p. 183 mt. nt. Wansink. Zie bovendien HR 12 januari 2007, NJ 2007, 371 (*Gemeente Eindhoven/Allianz Nederland Schadeverzekering*). De aan 's Hofs oordeel te grondslag liggende gedachte dat met een aansprakelijkheidsverzekering niet wordt beoogd dekking te bieden tegen het risico dat de verzekerde aansprakelijk wordt als gevolg van een gedraging die het resultaat is van een juist door het bestaan van die verzekering verstoorde afweging van belang geeft gaf geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, aldus de Hoge Raad (ro. 4.2.1). Zie over dit arrest onder meer: M.E.C. Lok, 'Redelijkheid en billijkheid in het kader van artikel 6:248 lid 2 BW en 150 Rv', *VrA* 2007, p. 65-77 en B.T.M. van der Wiel, 'Noot bij HR 12 januari 2007 (gem. Eindhoven/Allianz), *RvdW* 2007, 84', *MvV* 2007, p.37-40.

³⁵ A.P.K. Luttikhuis & R.E. Timmermans, *Insolventierecht in cijfers en modellen: Schuldeisersbenadeling en conclusies*, Den Haag: BJU 2007, p. 27.

³⁶ A.P.K. Luttikhuis & R.E. Timmermans, *Insolventierecht in cijfers en modellen: Schuldeisersbenadeling en conclusies*, Den Haag: BJU 2007, p. 27. Luttikhuis schrijft: “Uit het onderzoek blijkt dat de redenen waarom de curator geen instrument hanteert in 45 tot 48 procent van de faillissementen waarin er sprake is van schuldeisersbenadeling, ligt in het gebrek aan verhaalsmogelijkheden en aan middelen.”

³⁷ Reden om geen rechtsvordering in te stellen is vaak dat de eventuele kosten over de boedel niet opwegen tegen de onzekere opbrengst. Zie R. Knegt, J.R. Popma & I. Zaal, 'Faillissementsfraude en de rol van de curator', *TvI* 2006, p. 84.

³⁸ C.W.M. Slegers, 'De Garantstellingsregeling curatoren geëvalueerd', *TvI* 2001, p. 90-91.

procedure.³⁹ Zij dienen daartoe een aanvraag samen met een schriftelijk gemotiveerde goedkeuring van de RC in te dienen bij het Ministerie van Justitie.⁴⁰ Deze aanvraag wordt dan vervolgens onder meer getoetst op de aanwezigheid van verhaalsmogelijkheden en de ‘redelijke verhouding’.⁴¹

In de praktijk blijkt deze procedure te ingewikkeld en te langzaam om tegenwicht te bieden aan het rechtsbijstandfonds dat de D&O verzekering geeft. Daarnaast is een punt van aandacht de toekenning van relatief lage bedragen⁴² door het Ministerie van Justitie in vergelijking met de D&O verzekering van de bestuurder. Dit zijn veelal slechts toekenningen voor *verhaalsonderzoek* door de curator.⁴³

Een eenvoudige procedure onder de Garantstellingsregeling is wellicht een optie, waarbij een verzoek tot financiële ondersteuning wordt ingewilligd als de R-C⁴⁴ heeft aangegeven dit wenselijk en verantwoord te vinden, terwijl ook het toezicht op het doen en laten van de curator aan de R-C wordt overgelaten.⁴⁵ De snelheid waarmee de regeling kan worden ingeroepen biedt dan enig tegenwicht aan de snel beschikbare D&O verzekering. Wellicht is een splitsing tussen de aanvraag voor verhaalsonderzoek en het instellen van een rechtsvordering gewenst. Is een aanvraag voor verhaalsonderzoek gehonoreerd en blijkt vervolgens dat een rechtsvordering redelijke kans van slagen heeft, dan kan in versneld tempo alsnog een bedrag voor het voeren van een proces worden toegekend. Tot slot dient bij het toetsen van de ‘redelijke verhouding’⁴⁶, maar ook in het licht van het verhaalscriterium tevens rekening te worden gehouden met de aanwezigheid van een D&O verzekering.⁴⁷

Uit het voorgaande volgt dat de curator in een lastig parket zit en minstgenomen van belangentegenstellingen gesproken kan worden. Dat is in het Franse én Duitse recht veel minder problematisch. Anders dan in het Nederlandse recht maakt het Franse recht een onderscheid tussen de *administrateur judiciaire* en de *mandataire judiciaire*. De eerste houdt zich – kort gezegd – bezig met het reilen en zeilen van de vennootschap,⁴⁸ terwijl de tweede de schuldeisers vertegenwoordigt.⁴⁹ Twee taken die tegengestelde belangen met zich mee kunnen brengen, maar die in het Nederlandse recht wel behoren tot het takenpakket van één curator.⁵⁰ In het Franse recht is het de mandataire die de beslissing tot aansprakelijkstelling moet nemen en de administrateur die de beslissing tot continuering van de verzekering moet

³⁹ R.D. Vriesendorp e.a., ‘Evaluatie Garantstellingsregeling curatoren 1999-2005’, Den Haag: BJU 2006, p. 18.

⁴⁰ Art. 1 Garantstellingsregeling curatoren 2005 (*Staatscourant* 3 januari 2005, nr. 1 / pag. 10).

⁴¹ D. Vriesendorp e.a., ‘Evaluatie Garantstellingsregeling curatoren 1999-2005’, Den Haag: BJU 2006, p. 25. De toetsing van de ‘redelijke verhouding’ valt uiteen in twee delen: het gevraagde bedrag moet in redelijke verhouding staan tot de verhaalsmogelijkheden en de hoogte van het gevraagde bedrag moet in redelijke verhouding staan met de totale schulden.

⁴² R.D. Vriesendorp e.a., ‘Evaluatie Garantstellingsregeling curatoren 1999-2005’, Den Haag: BJU 2006, p. 29.

⁴³ R.D. Vriesendorp e.a., ‘Evaluatie Garantstellingsregeling curatoren 1999-2005’, Den Haag: BJU 2006, p. 30.

⁴⁴ Dan heb ik het niet over een gemotiveerd advies, zie ook R.D. Vriesendorp e.a., ‘Evaluatie Garantstellingsregeling curatoren 1999-2005’, Den Haag: BJU 2006, p. 70-71, die dit afraden.

⁴⁵ W. Aerts, ‘De rol van de curator bij de bestrijding van faillissementsfraude’, *TvI* 2005, p. 12.

⁴⁶ R.D. Vriesendorp e.a., ‘Evaluatie Garantstellingsregeling curatoren 1999-2005’, Den Haag: BJU 2006, p. 25.

⁴⁷ R.D. Vriesendorp e.a., ‘Evaluatie Garantstellingsregeling curatoren 1999-2005’, Den Haag: BJU 2006, p. 67, stellen reeds in zijn algemeenheid een versoepeling van het verhaalscriterium voor.

⁴⁸ Dat blijkt ook uit de polis van D&O verzekeraar Nassau Assurances, waar uit art. 4.7 blijkt dat de administrateur in bepaalde omstandigheden de beslissing neemt over het al dan niet continueren van de D&O polis.

⁴⁹ Daarbij gaat de ‘mandataire’ dan ook over de beslissing tot aansprakelijkstelling van bestuurders.

⁵⁰ In het Voorontwerp Insolventiewet blijft, ondanks de andere naamstelling, de situatie hetzelfde.

nemen. Van mogelijke conflicterende belangen is dan minder snel sprake. In de Duitse praktijk speelt het ook minder omdat daar de keuze aan de verzekeraar is en niet aan de Insolvenzverwalter.

§5. Aanbevelingen en conclusie

Dat de Nederlandse D&O verzekering eindigt bij faillissement van de vennootschap, hoeft op zichzelf gezien geen complicatie te zijn. De regeling van de situatie en de uitwerking daarvan in de praktijk na het einde van de D&O verzekering maakt mijns inziens echter dat wel degelijk van een complicatie in de huidige praktijk kan worden gesproken. De complicerende factor in deze is de positie van de bestuurder en tevens de positie van de curator veroorzaakt door de praktische uitwerking van de regeling na het einde van de D&O verzekering.

Zoals ik reeds heb aangegeven dienen de bestuurder of de curator binnen drie maanden het aanbod van de verzekeraar te aanvaarden. De eerste complicatie vormt de positie van de bestuurder. In de praktijk blijkt de bestuurder vaak geen kennis te hebben van de stand van zaken met betrekking tot de dekking – of het gebrek daaraan – van de D&O verzekering. Er bestaat dan het gevaar dat het aanbod niet op tijd wordt aanvaard en de bestuurder geen dekking geniet. Dit zou opgelost kunnen worden door een informatieplicht aan te nemen van de curator, assurantietussenpersoon of de verzekeraar. Er kan daarnaast gesteld worden dat een ‘prudent’ bestuurder zichzelf behoort te informeren.

De tweede complicatie is de moeilijke positie waarin de curator komt te verkeren. Naast het feit dat de beslissingsmogelijkheid van de curator verzekeringseconomisch gezien moeilijk valt te begrijpen, wordt de curator tevens in een lastig parket gebracht. Een D&O verzekering vormt immers een mogelijkheid van verhaal voor de curator, maar is tegelijkertijd een machtig wapen voor de bestuurder.

Een verruiming van de Garantstellingsregeling voor curatoren zou hieraan tegenwicht kunnen bieden. Daarnaast zou de invulling van het beheer en vereffening van de failliete boedel door de curator wellicht aan vernieuwing toe kunnen zijn. Een splitsing van taken, zoals in het Franse recht is toegepast, zou kunnen worden overwogen. Dan speelt het dilemma waar de curator nu wel mee te maken krijgt geen rol meer.

Hoewel de oplossingen voor de moeilijke posities van de bestuurder en curator het overwegen waard zijn – niet alleen met het oog op een D&O verzekering –, ligt naar mijn mening een andere oplossing voor de ‘complicatie’ meer voor de hand. Die oplossing is al – zij het niet gepresenteerd als oplossing – aangestipt in het rechtsvergelijkende deel. In Frankrijk is uitloopdekking van minimaal vijf jaar verplicht na het einde van de D&O verzekering op basis van de wet. Verzekeraars kunnen rekening houden met deze regeling zelfs bij de premieberekening, dat blijkt namelijk uit de Franse polisvoorwaarden waar zelfs meer wordt gedekt rondom en zelfs voorafgaande aan insolventie. Nu hoeft dit niet eens wettelijk te worden vastgelegd, maar zou het tot regel in de praktijk kunnen worden verheven. In Duitsland is dit al het geval, hoewel hier wel de kanttekening bij kan worden geplaatst dat het insolventierisico daarbij vaak wordt uitgesloten.

Al met al heeft de ‘complicatie’ van het einde van de D&O verzekering vooral betrekking op de positie van de bestuurder en de curator. Een verandering van de regeling na het einde van de D&O verzekering is met het oog daarop de meest voor de hand liggende

oplossing. De 'complicatie' van het einde van de verzekering blijft op die manier zonder al te ernstige gevolgen.