

in beginsel aanwezig indien het bestuursorgaan beleids- of beoordelingsvrijheid toekomt bij de uitoefening van de desbetreffende bevoegdheid. De overeenkomst dient dan uiteraard binnen die ruimte te blijven en mag dus niet strekken tot een oprekking buiten die ruimte.

6. Voor de overeenkomst in de onderhavige zaak was de ruimte voor een eigen uitleg door de civiele rechter evenwel geheel afwezig. Reden is de rigide keuze die de wetgever maakte ter regeling van subsidies in de derde tranche van de Algemene wet bestuursrecht in 1998. De constatering was toen dat subsidies alleen mogen worden verleend via een bestuursrechtelijk besluit. Dat bestuursrechtelijke besluit tot subsidieverlening dient onder meer aan te geven wat er gesubsidieerd wordt en moet het bedrag van de subsidie bevatten. Volgens art. 4:30 lid 1 Awb bevat de beschikking tot subsidieverlening een omschrijving van de activiteiten waarvoor subsidie wordt verleend. De beschikking tot subsidieverlening vermeldt volgens art. 4:31 lid 1 Awb het bedrag van de subsidie of de wijze waarop dit bedrag wordt bepaald. De wetgever onderkende wel dat ook in subsidieland werken met een overeenkomst gewenst kan zijn, maar limiteerde de vrijheid van partijen aanzienlijk. Een overeenkomst mag niet dienen ter vervanging van een bestuursrechtelijk besluit en moet dat bestuursrechtelijk besluit ook volgen op alle relevante punten, zoals de gesubsidieerde activiteit en blijkbaar ook het bedrag. Art. 4:36 lid 1 Awb werkt dat uit met de frase dat ter uitvoering van de beschikking tot subsidieverlening een overeenkomst kan worden gesloten. Het arrest maakt melding van de bedoeling van de wetgever in r.o. 3.4 en constateert in r.o. 3.5 dat een overeenkomst die zou strekken tot een hoger bedrag van subsidie, in zoverre een (door de wetgever niet toegestane) beschikkingvervangende overeenkomst zou zijn.

7. Voor de wereld van de subsidiëring ligt het arrest in de lijn van HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:812, AB 2014/301, m.nt. Van Ommeren. Een overeenkomst waarbij partijen hebben afgesproken om de investeringsbudgetten individueel aan de verzorgingshuizen toe te wijzen, kon niet afdoen aan het uit titel 4.2 Awb voortvloeiende vereiste dat subsidieverlening en subsidievaststelling plaatsvinden bij een op een wettelijk voorschrift berustende beschikking. Daarom konden partijen niet buiten die bestuurs-

rechtelijke regeling om aanspraken aan de overeenkomst ontlenen.

8. Het arrest is in «JB» 2022/97 geannoteerd door L.W. Verboeket en M.J. Jacobs, die nader aandacht besteden aan de problematiek van subsidiëring in samenhang met overeenkomsten.

prof. mr. G.A. van der Veen
advocaat te Rotterdam en bijzonder hoogleraar
Milieurecht aan de Rijksuniversiteit Groningen

223

Bestuurdersaanprakelijkheidsverzekeraar heeft dekking terecht geweigerd wegens verduistering

Rechtbank Rotterdam
16 maart 2022, rolnr. HA ZA 21-429,
ECLI:NL:RBROT:2022:1980
(mr. Doorduijn)
Noot mr. D.F. Spoomans

Bestuurdersaanprakelijkheidsverzekering. Uitsluiting in polisvoorwaarden van dekking in geval van misdrijf. Het gebruik van derdengelden voor de financiering van de bedrijfsvoering is verduistering. Verzekeraar hoeft geen dekking te verlenen.

[BW art. 6:162]

Art. 6.2 van de polisvoorwaarden bepaalt dat een claim niet gedekt hoeft te worden als deze voortvloeit uit/toe te schrijven is aan het feitelijk plegen van een misdrijf. De verzekeraar doet hierop een beroep en dit beroept slaagt. Het standpunt van de verzekeraar dat sprake is van het misdrijf verduistering, is juist. Daan Auctions boekte slechte resultaten en zij is daarom de veilingopbrengsten gaan gebruiken als werkkapitaal. Het stond Daan Auctions echter niet vrij om dit te doen. Daan Auctions had zich tegenover haar opdrachtgevers contractueel verplicht om de veilingopbrengsten te laten uitbetalen op de bankrekening van de stichting, waarna dat geld (na aftrek van kosten) korte tijd later moest worden uitbetaald aan de opdrachtgevers. Later is deze bankrekening op naam van Daan Auctions (met gebruik van de naam Daan Services) gesteld, maar de handelwij-

ze om veilingopbrengsten die bestemd waren voor opdrachtgevers, te gebruiken voor de financiering van de bedrijfsvoering van Daan Auctions, is toen voortgezet. Dit levert verduistering op zoals bedoeld in art. 321 Sr. De bestuurders hebben deze handelwijze toegestaan, sterker nog: zij hebben Daan Auctions op deze wijze laten handelen. Die handelwijze heeft uiteindelijk geleid tot de claims waarvoor eiseres nu dekking onder de polis wil hebben. Ook als de bestuurders geen persoonlijke winst of voordeel genoten hebben uit het gebruik van de gelden van de stichting, neemt dat niet weg dat sprake is van verduistering. Het verwerken in de bedrijfsadministratie van de onttrekking van de gelden aan de stichting (door het als een lening in te boeken) doet niet af aan dit oordeel.

Daan Holding BV te Amsterdam,
eiseres,
advocaat: mr. W. van Veldhuizen,
tegen
AIG Europe SA te Luxemburg,
gedaagde,
advocaten: mr. D.K. Baas en mr. L. Carrière-Verlinden.

(...; red.)

2. De feiten

2.1. AIG is een verzekeraar. Daan Holding heeft bij AIG een aansprakelijkheids-verzekering voor bestuurders van ondernemingen afgesloten (hierna: de verzekeringsovereenkomst). In de polisvoorwaarden staat dat Daan Holding de *verzekeringnemer* is.

2.2. Over “dekking” staat in de polisvoorwaarden, voor zover van belang:

“ARTIKEL 1 – Dekking

1.1. Dekking Persoonlijke Aansprakelijkheid

De verzekeraar betaalt het verlies dat geleden wordt door de verzekerde, behalve voorzover de rechtspersoon de verzekerde heeft schadeloosgesteld.

[...]

1.3. Dekking vrijwaring door rechtspersoon

De verzekeraar betaalt het verlies van de rechtspersoon waarvoor de rechtspersoon de verzekerde heeft schadeloos gesteld of gevrijwaard. Betaling door de verzekeraar vindt echter slechts plaats indien en voorzover het de rechtspersoon wettelijk toegestaan is, dan wel de rechtspersoon

verplicht is de verzekerde voor dit verlies schadeloos te stellen en daadwerkelijk betaling aan de verzekerde heeft plaatsgevonden.”

2.3. Artikel 2 van de polisvoorwaarden bevat onder meer de volgende definities:

“2.2. *Bestuurder, Commissaris of Toezichthouder*

(i) een natuurlijk persoon, die als bestuurder, commissaris of toezichthouder van de rechtspersoon benoemd of verkozen is, overeenkomstig het toepasselijk recht; of

(ii) een natuurlijk persoon, die als uitvoerend bestuurder van de rechtspersoon benoemd of verkozen is, overeenkomstig toepasselijk recht; of

(iii) een natuurlijk persoon, die als niet uitvoerend bestuurder van de rechtspersoon benoemd of verkozen is, overeenkomstig toepasselijk recht; of

(iv) een natuurlijk persoon die, niet benoemd of verkozen als bestuurder van de rechtspersoon, daden van bestuur verricht en die beschouwd wordt als medebeleidsbepaler en die als ware hij bestuurder of daarmee gelijk te stellen leidinggevende functionaris persoonlijk aansprakelijk wordt gehouden; of

(v) een natuurlijk persoon, die als statutair bestuurder van een management vennootschap benoemd is, indien en voor zover deze rechtspersoon directie voert over verzekeringnemer.

[...]

2.21. *Rechtspersoon*

de verzekeringnemer, zoals genoemd op het polisblad, en haar dochtermaatschappij(en).

[...]

2.29. *Verzekerde*

(a) een voormalige, huidige of toekomstige bestuurder, commissaris of toezichthouder,

(b) een voormalige, huidige of toekomstige afgevaardigde;

(c) vereffenaar en

(d) oprichter

van de rechtspersoon voor zover handelend in hun hoedanigheid als verzekerde.

Onder verzekerde wordt niet verstaan de externe accountant, liquidator, curator of bewindvoerder van de rechtspersoon.”

2.4. De polisvoorwaarden bevatten in artikel 6 onder meer de navolgende uitsluitingen van dekking:

“ARTIKEL 6 – Uitsluitingen

Verzekeraar zal niet gehouden zijn in verband met een tegen een verzekerde ingestelde claim verlies te vergoeden:

6.1. voortvloeiend uit, gebaseerd op of toe te schrijven aan het feit dat een verzekerde persoonlijke winst of voordeel behaalde dan wel enige vergoeding ontving, waartoe deze wettelijk niet gerechtigd was;

6.2. voortvloeiend uit, gebaseerd op of toe te schrijven aan het feitelijk plegen van een misdrijf of een opzettelijke misdrijving, met inbegrip van een frauduleuze handeling;

Voorts zullen bovengenoemde uitsluitingen alleen van toepassing zijn, indien in of buiten rechte is komen vast te staan dat een verzekerde daadwerkelijk zodanig gehandeld heeft.”

2.5. De ondernemingsstructuur aan de zijde van Daan Holding is/was (voor zover relevant in deze procedure) als volgt:

– Daan Holding is een holdingvennootschap, zij was bestuurder en hield de aandelen in de werkmaatschappij Daan Auctions (Nederland) B.V. (hierna: Daan Auctions);

– de bestuurders en aandeelhouders van Daan Holding zijn Eunomia B.V. en Metronome M B.V.;

– de bestuurder en enig aandeelhouder van Eunomia B.V. is [naam 1] (hierna: [naam 1]);

– de bestuurder en enig aandeelhouder van Metronome M B.V. is [naam 2] (hierna: [naam 2]).

Zonder vooruit te lopen op de vraag of al deze (rechts)personen kwalificeren als bestuurders in de zin van de polisvoorwaarden, verwijst de rechtbank hierna naar Daan Holding, Eunomia, Metronome [naam 1] en [naam 2] gezamenlijk als de bestuurders.

2.6. Daan Auctions verzorgde internetveilingen, veelal in opdracht van curatoren in faillissementen.

2.7. Daan Auctions maakte bij haar bedrijfsactiviteiten tot de tweede helft van 2017 gebruik van de Stichting Beheer Derdengelden Daan (hierna: de stichting). [naam 1] en [naam 2] waren de bestuurders van de stichting. De stichting is op 25 oktober 2017 ontbonden. Daan Auctions is vervolgens zelf de bankrekening van de stichting gaan gebruiken.

2.8. De algemene voorwaarden van Daan Auctions vermelden het volgende over de rol van de stichting en de wijze waarop met de opbrengsten van veilingen zou worden omgegaan:

“6.1. Voor de door Daan verrichte diensten is Verkoper een vergoeding, bestaande uit een tussen Daan en Verkoper overeen te komen percentage over de omzet van de veiling, te vermeerderen

met omzetbelasting, aan Daan verschuldigd. Voorts is Daan gerechtigd de door Daan gemaakte bijkomende kosten die betrekking hebben op de veiling van de Zaken van Verkoper bij Verkoper in rekening te brengen (bijvoorbeeld schoonmaakkosten, reiskosten, bewaar- en opstallkosten etc.).

6.2. Na het sluiten van een veiling worden op een door Daan vast te stellen tijdstip automatisch facturen verzonden naar de Kopers. Deze facturen worden geïnd op de bankrekening van de Stichting Beheer Derdengelden Daan B.V.

6.3. Daan stelt na de ophaaldag de eindafrekening op. In deze eindafrekening is een lijst van de verkochte Kavels opgenomen met daarbij de veilingopbrengst van elke Kavel. Daan bewerkstelligt vervolgens dat de opbrengst onder aftrek van de in lid 1 van dit artikel aan Daan toekomende bedragen vanaf de bankrekening van B.V. (Stichting Beheer Derdengelden Daan; *red.*) worden overgemaakt naar de bankrekening van Verkoper. Daan is te allen tijde gerechtigd te bewerkstelligen dat door Verkoper aan Daan toekomende bedragen vanaf de bankrekening van de Stichting Beheer Derdengelden Daan B.V. rechtstreeks aan Daan worden overgemaakt ter voldoening van vorderingen van Daan. Voorts is Daan te allen tijde gerechtigd vorderingen van Daan te verrekenen met aan Verkoper verschuldigde bedragen.

6.4. Het overmaken van de opbrengst van de veiling aan Verkoper, zoals omschreven in artikel 6.3, vindt in beginsel plaats binnen zeven dagen nadat Verkoper de eindafrekening van Daan ontvangen heeft.”

2.9. Daan Auctions is op 17 april 2018 in staat van faillissement verklaard met benoeming van [naam 3] als curator (hierna: de curator). De curator heeft de bestuurders aansprakelijk gesteld voor het boedeltekort. De rechtbank Amsterdam heeft de vordering van de curator toegewezen bij vonnis van 7 oktober 2020 (ECLI:NL:RBAMS:2020:5372). Er is geen hoger beroep ingesteld tegen dat vonnis. De curator is doende om het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 7 oktober 2020 ten uitvoer te leggen en heeft in dat kader beslag gelegd op, in ieder geval, het huidige inkomen van [naam 2] en [naam 1] en op onroerende zaken.

2.10. De rechtbank Amsterdam heeft in haar vonnis van 7 oktober 2020 onder meer het volgende overwogen:

“4.6.3. [...] Dat Daan [rb: Auctions] sinds 2013 financieel toenemend in zwaar weer verkeerde is aldus door de curator voldoende aangetoond.

4.6.4. Desondanks heeft het bestuur, zonder dat concreet zich op verbetering bestond (de recessie was immers ten einde en er bestond geen reële verwachting dat het aantal faillissementen weer zou oplopen), ervoor gekozen de bedrijfsvoering te blijven voortzettend met gebruikmaking van aan haar opdrachtgevers toekomende gelden. Juist deze keuze van de bestuurders heeft ervoor gezorgd dat de vorderingen van de crediteuren in de periode vanaf 2013 tot het faillissement zijn toegenomen. Door gebruik te maken van de veilingopbrengsten als werkkapitaal in plaats van die aan de opdrachtgevers of te dragen was voorzienbaar dat de schuldenlast van Daan zou oplopen en dat faillissement zou volgen. Dit gevaar heeft zich uiteindelijk ook gerealiseerd door de faillissementsaanvraag van twee crediteuren [rb: dit betreft [crediteuren].].

4.6.5. De curator heeft dan ook aannemelijk weten te maken dat het gebruik gaan maken van de veilingopbrengsten in de jaren van af 2013, in plaats van de bedrijfsactiviteiten te stoppen of externe financiering aan te zoeken, een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.

4.6.6. De rechtbank merkt dit gebruik, anders dan de bestuurders, als kennelijk onbehoorlijk bestuur aan [...].

[...]

4.8. Het voorgaande brengt mee [...] de hoofdelijke veroordeling van de bestuurders tot betaling van het boedeltekort van Daan [...].”

2.11. Daan Holding heeft AIG verzocht om dekking onder de polis vanwege haar voormelde aansprakelijkheid. AIG heeft geweigerd dekking te verlenen. Wel heeft AIG (naar zij stelt uit coulance) de kosten van verweer van de bestuurders vergoed voor een bedrag van bijna € 80.000.

2.12. Verschillende opdrachtgevers van Daan Auctions hebben de bestuurders persoonlijk aansprakelijk gesteld voor onbetaald gebleven vorderingen tot afdracht van veilingopbrengsten. Twee van deze opdrachtgevers, (de voormalig bewindvoerder van) [naam 4] en [naam 5] q.q., hierna: [crediteuren]., hebben – gezamenlijk – bij de rechtbank Amsterdam een procedure aanhangig gemaakt tegen de bestuurders. De rechtbank Amsterdam heeft die procedure verwezen naar de rechtbank Rotterdam voor voeging met de onder-

havige zaak (voormelde zaak 629228 / HA ZA 21-1014).

3. De vordering en het verweer

3.1. Daan Holding vordert – na eiswijziging – dat de rechtbank, bij vonnis voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

A. voor recht verklaart dat AIG tekort schiet in haar verplichtingen uit hoofde van de verzekeringsovereenkomst door jegens de bestuurders, althans jegens [naam 1] en [naam 2], dekking te weigeren voor de claims van de Curator en [crediteuren].;

B. AIG veroordeelt om de verzekeringsovereenkomst na te komen door jegens de bestuurders, althans jegens [naam 1] en [naam 2] dekking te verlenen voor de claims van de Curator en [crediteuren].;

C. AIG veroordeelt tot betaling aan de bestuurders, althans aan [naam 1] en [naam 2] van een voorschot op de veroordeling tot nakoming zoals voornoemd van € 700.000,-;

D. AIG veroordeelt tot betaling aan Daan Holding van de schade die Daan Holding lijdt ten gevolge van de tekortkoming zoals voornoemd, één en ander nader op te maken bij staat;

E. AIG veroordeelt tot betaling aan Daan Holding van een voorschot op de schadevergoeding zoals voornoemd van € 100.000,-;

F. AIG veroordeelt in de kosten van deze procedure, inclusief de nakosten, te vermeerderen met rente.

3.2. AIG voert verweer en concludeert tot afwijzing van het gevorderde.

3.3. De stellingen en verweren zullen, waar nodig, in de beoordeling worden betrokken.

4. De beoordeling

4.1. De rechtbank staat de eiswijziging van Daan Holding toe. De rechtbank acht deze wijziging niet in strijd met de goede procesorde.

4.2. De toepasselijkheid van het Nederlandse recht en de bevoegdheid van deze rechtbank zijn niet in geschil. Deze toepasselijkheid en bevoegdheid volgt ook uit de rechts- en forumkeuzes uit de polisvoorwaarden.

4.3. AIG heeft bij conclusie van antwoord een niet-ontvankelijkheidsverweer gevoerd. Volgens AIG is Daan Holding niet vorderingsgerechtigd omdat Daan Holding slechts verzekeringnemer en geen verzekerde is en er ook geen sprake is van een uitzondering als bedoeld in artikel 1.3 van de

polisvoorwaarden. De rechtbank laat de juistheid van dit verweer in het midden. Ook als Daan Holding wel een vorderingsrecht heeft – Daan Holding heeft zich ter zitting op lastgeving namens de verzekerden beroepen maar zij heeft dat beroep na de zitting willen intrekken – dan kan de vordering niet toegewezen worden, en wel om inhoudelijke redenen.

4.4. Artikel 6.2 van de polisvoorwaarden bepaalt dat een claim niet gedekt hoeft te worden als deze voortvloeit uit/toe te schrijven is aan het feitelijk plegen van een misdrijf. AIG doet hierop een beroep en dit beroep slaagt. Het standpunt van AIG dat sprake is van het misdrijf *verduistering* is naar het oordeel van de rechtbank juist. Als erkend tijdens de mondelinge behandeling staat vast dat Daan Auctions slechte resultaten boekte en dat zij daarom de veilingopbrengsten is gaan gebruiken als werkkapitaal. Het stond Daan Auctions echter niet vrij om dit te doen. Daan Auctions had zich tegenover haar opdrachtgevers contractueel verplicht om de veilingopbrengsten te laten uitbetalen op de bankrekening van de stichting, waarna dat geld (na aftrek van kosten) korte tijd later moest worden uitbetaald aan de opdrachtgevers. Later is deze bankrekening op naam van Daan Auctions (met gebruik van de naam Daan Services) gesteld, maar de handelwijze om veilingopbrengsten die bestemd waren voor opdrachtgevers te gebruiken voor de financiering van de bedrijfsvoering van Daan Auctions is toen voortgezet. Dit levert verduistering op zoals bedoeld in artikel 321 van het Wetboek van Strafrecht. Daan Auctions en de stichting hebben zich als heer en meester over (delen van de) veilingopbrengsten gedragen door deze aan te wenden voor een andere bestemming dan waarvoor zij deze onder zich hadden. Dit gebeurde in strijd met de gemaakte afspraken en zonder wetenschap van de opdrachtgevers aan wie deze goederen uiteindelijk toekwamen en het gebeurde opzettelijk.

4.5. De bestuurders hebben deze handelwijze toegestaan, sterker nog: zij hebben Daan Auctions op deze wijze laten handelen. Het gevolg van deze handwijze is dat opdrachtgevers van Daan Auctions de aan hen toekomende netto-veilingopbrengsten niet volledig hebben ontvangen. Die handelwijze heeft uiteindelijk geleid tot de claims waarvoor Daan Holding nu dekking onder de polis wil hebben (vergelijk de hiervoor onder 2.10 geciteerde overweging van de rechtbank Amsterdam). Ook als de bestuurders geen persoonlijke

winst of voordeel genoten hebben uit het gebruik van de gelden van de stichting, neemt dat niet weg dat sprake is van verduistering. Ook het verwerken in de bedrijfsadministratie van de onttrekking van de gelden aan de stichting (door het als een lening in te boeken) doet niet af aan dit oordeel.

4.6. Het verweer van Daan Holding dat AIG thans een standpunt inneemt (dekkingsweigering) dat lijnrecht in strijd is met een eerder ingenomen standpunt, slaagt niet. Daan Holding beroept zich daarbij op een brief van de advocaat van AIG van 21 november 2018 (productie 11 bij dagvaarding). Daan Holding is echter onvolledig in haar stellingname. De betreffende brief is gericht aan een schuldeiser van Daan Auctions die [naam 1] aansprakelijk had gesteld en bevat een afwijzing van aansprakelijkheid. De brief vermeldt ook: “Ik teken daarbij voor de goede orde namens de (aansprakelijkheids)verzekeraar van de bestuurders aan dat dekking voor onderhavige aanspraak niet vaststaat.” Bovendien is die brief ook nog eerst in concept voorgelegd aan [naam 1] en [naam 2], bij e-mailbericht van 16 november 2018 (productie 17 bij conclusie van antwoord). En daarin staat onder meer: “Tot slot: aangezien er nog geen dekkingstandpunt is ingenomen en dekking niet vaststaat (temeer voor vorderingen verband houdende met bestuurshandelen van de Stichting Derdengelden), achten wij het zuiver en zinvol om dit in de brief op te nemen (hetgeen ook is gedaan). Aan het feit dat door ons zal worden gecorrespondeerd kunnen geen rechten worden ontleend.” Daan Holding heeft dan ook niet kunnen denken dat dekking werd toegezegd.

4.7. In het oordeel dat AIG geen dekking onder de polis behoeft te verlenen, ligt besloten dat ook de nevenvorderingen van Daan Holding niet toegewezen zijn.

4.8. Hetgeen partijen meer of anders hebben aangevoerd, leidt niet tot een ander oordeel.

4.9. Daan Holding zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten van AIG. Deze kosten worden begroot op (...; red.).

4.10. De proceskostenveroordeling zal, zoals AIG verzocht, uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard.

5. De beslissing

De rechtbank

5.1. wijst de vorderingen af,

5.2. veroordeelt Daan Holding in de proceskosten van AIG (...; *red.*),

5.3. verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. De naam "Daan" mag zich, blijkens de statistieken van de SVB in Nederland de afgelopen jaren, tot de top 4 rekenen van de meest gekozen jongensnamen. Ook in deze zaak regent het Daans; de naam komt 69 keer in het vonnis voor. Niet alleen twee vennootschappen (waaronder eiser) die in deze kwestie een belangrijke rol spelen, dragen de naam Daan, ook één van de advocaten van eiser blijkt zo te heten. Het past dan wel mooi in dit rijtje dat ik – ook een Daan – deze zaak mag annoteren.

2. De zaak gaat in de kern om de vraag of verzekeraar AIG dekking moet bieden onder haar D&O-polis voor de schadevergoedingsaanspraken waartoe de middellijk en onmiddellijk bestuurders van Daan Auctions zijn veroordeeld. Eiseres in deze procedure is Daan Holding. Zij is (enig) verzekeringnemer onder de polis, maar is zelf geen verzekerde. Gebruikelijk bij D&O-verzekeringen is dat de verzekeringnemer een rechtspersoon is, maar dat de verzekeringsdekking slechts toekomt aan functionarissen die natuurlijke personen zijn. Zo ook hier, zie r.o. 2.3 van het vonnis. De verzekerden hebben er in deze kwestie klaarblijkelijk voor gekozen om niet op eigen titel als derde-begunstigden onder de polis (vgl. art. 6:253 lid 4 BW) de dekkingsdiscussie met AIG aan te gaan, maar om dat namens verzekeringnemer Daan Holding te doen. AIG voert aan dat Daan Holding niet-ontvankelijk dient te worden verklaard in haar vorderingen wegens onvoldoende belang (vgl. art. 3:303 BW). De rechtbank laat de gegrondheid van dit niet-ontvankelijkheidsverweer in het midden (vgl. r.o. 4.3). Mijns inziens kan er echter weinig twijfel over bestaan dat Daan Holding als verzekeringnemer voldoende belang heeft nakoming te vorderen van de door haar afgesloten verzekeringsovereenkomst. Zij betaalt periodiek premies om het daarheen te leiden dat, voor het geval een verzekerde wordt aangesproken (of dreigt te worden aangesproken) tot vergoeding van schade, de verzekeraar gevolg geeft aan de bepalingen uit de verzekeringsovereenkomst. Dat de verzekerden, die als

derden uit hoofde van art. 6:253 lid 4 BW tot de verzekeringsovereenkomst zullen zijn toegetreten, soortgelijke vorderingen kunnen instellen, doet daaraan mijns inziens niet af. In deze zaak komt daar nog bij dat Daan Holding in de onderliggende aansprakelijkheidszaken zelf als bestuurder – naast de verzekerden (vgl. art. 2:11 BW) – hoofdelijk is veroordeeld tot hetgeen waartoe ook de verzekerden zijn veroordeeld. Iedere betaling die AIG aan de schuldeisers zou voldoen als verzekeraar van de natuurlijk personen, bevrijdt in zoverre ook Daan Holding jegens de schuldeisers (art. 6:7 lid 2 BW). Daarmee lijkt mij het belang van Daan Holding temeer gegeven.

3. Wel is de vraag of het voor verzekerden strategisch verstandig is een dekkingsdiscussie vanuit de rechtspersoon als verzekeringnemer aan te gaan. Ik denk van niet. De verzekerden kunnen vermoedelijk een beroep doen op Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, waaronder de in art. 5 daarvan vervatte (en dus in art. 6:238 lid 2 BW doorwerkende) *contra-proferentemregel*. De verzekeringnemer kan dit niet. Een rechtspersoon kan immers niet als "consument" kwalificeren; art. 2 sub b van de Richtlijn stelt die kwalificatie slechts open voor natuurlijke personen. Een aangesproken bestuurder of commissaris, die als begunstigde onder de verzekeringsovereenkomst tot die overeenkomst toetreedt (vgl. ook art. 3 lid 2 van de Richtlijn waar een "toetredingsovereenkomst" met zoveel woorden wordt genoemd), kan echter mogelijk wel als "consument" worden aangemerkt als bedoeld in de Richtlijn, omdat de verzekeringsdekking voor hem of haar is bedongen met het doel zijn of haar privévermogen te beschermen. Ik verwijs in dit kader naar HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1800 (*AOV*), r.o. 3.4.3 betreffende een arbeidsongeschiktheidsverzekering en Hof Amsterdam 17 maart 2020, «JOR» 2020/184, m.nt. Kos, r.o. 3.10 (*Imtech*) betreffende een D&O-verzekering. Het in stelling kunnen brengen van in het bijzonder de *contra-proferentemregel* is bij een dekkingsgeschil, waar het veelal gaat om uitleg van de polisvoorwaarden behorende tot de verzekeringsovereenkomst, een belangrijke troef.

4. De rechtbank in deze zaak oordeelt in r.o. 4.4 dat Daan Auctions zich schuldig heeft gemaakt aan het misdrijf verduistering door, verkort weergegeven, heimelijk gelden van opdrachtgevers

van Daan Auctions aan te wenden ter financiering van de noodlijdende onderneming van Daan Auctions, terwijl met de opdrachtgevers was overeengekomen dat die gelden uitsluitend bij een stichting derdengelden zouden worden ondergebracht. Is het dan wel aan de civiele rechter, mede gelet op de in het strafrecht geldende onschuldpresumptie, om hier (enigszins) "op de stoel van de strafrechter te gaan zitten"? Het antwoord is zonder meer bevestigend. Zie hierover de conclusie van A-G Verkade vóór HR 29 mei 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BH4720, randnummers 4.29 t/m 4.33. De wijze van toetsing van het strafrechtelijke verwijt is in de civiele procedure overigens een andere dan in een strafzaak. Het civiele recht kent een vrije bewijsleer (vgl. art. 152 Rv) en in het civiele recht kunnen stellingen bovendien (uitzonderingen daargelaten) reeds als vaststaand worden aangenomen indien de processuele wederpartij deze onvoldoende gemotiveerd heeft betwist (vgl. art. 149 lid 1 Rv). In een strafproces moet daarentegen wettig bewijs worden geleverd en volgt alleen een veroordeling als de rechter door dat wettig bewijs is overtuigd dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan (vgl. art. 338 Sv), terwijl de wet de wettelijke bewijsmiddelen limitatief omschrijft en de bewijswaarde daarvan regelt (vgl. art. 339 e.v. Sv). Goed denkbaar is derhalve dat in een civiele procedure een strafrechtelijke kwalificatie plaatsvindt die in een strafzaak niet haalbaar blijkt. Zie ook over deze materie: B. van Zelst & J. Leliveld, 'De civielrechtelijke beoordeling van fraude-verwijten', *NJB* 2022/1662.

5. De polisvoorwaarden van AIG bepalen in art. 6 aanhef en lid 2 onder meer dat de verzekeraar niet is gehouden om, hier verkort weergegeven, een claim te vergoeden die voortvloeit uit het "feitelijk plegen" van een misdrijf, mits in of buiten rechte is komen vast te staan dat een verzekerde daadwerkelijk zodanig heeft gehandeld (vgl. r.o. 2.4). In r.o. 4.5 wordt dit laatste vereiste door de rechtbank ingevuld; de rechtbank oordeelt dat de bestuurders de handelwijze, die verduistering oplevert, hebben toegestaan en Daan Auctions zelfs op deze wijze hebben laten handelen. De in de polisvoorwaarden van AIG gehanteerde term "feitelijk plegen" is niet een in het Nederlandse strafrecht gehanteerd begrip. Mijn ervaring leert dat ook andere verzekeraars bij deze dekkinguitsluiting geen (volledige) aansluiting zoeken bij het wettelijk begrippenkader ten

aanzien van vormen van strafrechtelijke deelneming. Die vormen van strafrechtelijke deelneming zijn op grond van art. 47, 48 en 51 WvSr: plegen, doen plegen, medeplegen, feitelijk leiding geven, medeplichtigheid en uitlokking. Door in de polis niet aan te sluiten bij deze wettelijke terminologie, stelt een verzekeraar zich mijns inziens bloot aan uitlegdiscussies, terwijl het mij weinig plausibel voorkomt dat de verzekeraar beoogt voor de andere vormen van strafrechtelijke deelneming in principe wél dekking te willen verlenen.

6. Toegepast op de onderhavige polis van AIG; indien niet het plegen, maar wel een andere vorm van strafrechtelijke deelneming wordt vastgesteld, vindt deze uitsluiting dan toepassing? Hierbij dient in ogenschouw te worden genomen dat de uitleg van polisvoorwaarden, waarover niet pleegt te worden onderhandeld, met name afhankelijk is van objectieve factoren (zie HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2793 (*Chubb/Daagstaed*), r.o. 3.4.2) en de verzekeraar voorts mogelijk de contra-proferentemregel tegen zich moet laten gelden (zie hierboven onder 3). In de onderhavige polis van AIG zou nog op de dekkinguitsluiting van een "opzettelijke misdrijving" kunnen worden teruggevallen (zie r.o. 2.4). Die vlieger zou dan echter weer niet opgaan voor (de redelijk bescheiden groep) misdrijven die geen opzet vereisen. AIG kan voorts nog aanvoeren dat een verzekeringspolis die met zich brengt dat schade voortvloeiend uit misdrijven wordt vergoed, ook indien het gaat om andere vormen van strafrechtelijke deelneming dan welke onder de norm van "feitelijk plegen" kunnen worden geschaard, in zoverre strijdig is met de goede zeden (art. 3:40 lid 1 BW) en derhalve op dat punt nietig is. Op dit punt moet zij dan echter wel Hof Arnhem 7 maart 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AV5250 tegen zich laten gelden. In die zaak wees het hof in r.o. 4.12 het beroep van de verzekeraar op strijdigheid met goede zeden af, overwegende dat, nadat het beroep van de verzekeraar op de opzetclausule reeds was verworpen, niet is gebleken van een algemeen gevoelen dat verzekering tegen het risico van schade veroorzaakt door misdrijven moreel verwerpelijk of anderszins onaanvaardbaar is.

7. Het loopt in deze zaak voor Daan Holding en haar bestuurders niet goed af; de afwijzing van de vorderingen van Daan Holding brengt met

zich dat zij onder meer het faillissementstekort van Daan Auctions van (zo leert het laatste faillissementsverslag) meer dan € 1.000.000 vermoedelijk zelf zullen moeten dragen. Omdat Daan Auctions als online veilinghuis met name werkte in opdracht van faillissementscuratoren, zal die uitkomst voor sommige lezers een teleurstellende zijn.

mr. D.F. Spoormans
advocaat/partner bij Ekelmans Advocaten

224

Geen inschrijving in rechtsmiddelenregister vereist indien alleen in samenhangend kort geding is bepaald dat vonnis in de plaats treedt van leveringsakte

Hoge Raad
22 april 2022, nr. 21/03546,
ECLI:NL:HR:2022:617
(mr. De Groot, mr. Wattendorff, mr. Lock, mr. Schaafsma, mr. Makkink)
(Concl. A-G Valk)
Noot mr. R.F. Groos

Toepassingsbereik art. 3:301 lid 2 BW. Veroordelend vonnis tot levering van registergoed zonder bepaling dat vonnis in de plaats treedt van leveringsakte als veroordeelde niet meewerkt. Art. 3:301 lid 2 BW niet van toepassing, ook al is een dergelijke bepaling wel opgenomen in samenhangend kort geding. Verwijzing naar HR 27 maart 2020, «JOR» 2020/193, m.nt. Steneker (X/VM Vastgoed).

[BW art. 3:301]

Op grond van art. 3:301 lid 2 BW moeten verzet, hoger beroep en cassatie tegen een uitspraak waarvan de rechter heeft bepaald dat zij in de plaats treedt van een tot levering van een registergoed bestemde akte of van een deel van een zodanige akte, op straffe van niet-ontvankelijkheid binnen acht dagen na het instellen van het rechtsmiddel worden ingeschreven in het rechtsmiddelenregister. Art. 3:301 lid 2 BW heeft een beperkte strekking. Gelet op de zware sanctie van

niet-ontvankelijkheid bestaat er geen grond om het toepassingsbereik van deze bepaling uit te breiden tot gevallen die niet door de wettekst worden bestreken (HR 27 maart 2020, «JOR» 2020/193, m.nt. Steneker (X/VM Vastgoed)).

In de bodemzaak is niet bepaald dat de uitspraak in de plaats treedt van een tot levering van een registergoed bestemde akte of van een deel van een zodanige akte. Art. 3:301 lid 2 BW is daarop dan ook niet van toepassing. Gelet op de beperkte strekking van deze bepaling, bestaat er geen grond deze bepaling ook toe te passen op gevallen waarin in de bestreden uitspraak niet een bepaling is opgenomen zoals bedoeld in art. 3:301 lid 1 BW, maar in een uitspraak in een daarmee samenhangend kort geding wel.

X,
eiser tot cassatie,
verweerder in het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep,
advocaat: mr. N.C. van Steijn,
Y,
verweerster in cassatie,
eiseres in het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep,
advocaat: mr. J. van Duijvendijk-Brand.

Conclusie Advocaat-Generaal
(mr. Valk)

1. Inleiding en samenvatting

1.1. In deze zaak heeft verweerster in cassatie, de vrouw, een ontvankelijkheidsincident opgeworpen. Volgens haar is het cassatieberoep van eiser in cassatie, de man, niet-ontvankelijk, omdat niet is gebleken dat de man zijn cassatieberoep tegen het bestreden arrest binnen 8 dagen na het instellen van cassatieberoep heeft doen inschrijven in het rechtsmiddelenregister.

1.2. Mijns inziens is het ontvankelijkheidsincident ten onrechte opgeworpen; de man kan in zijn cassatieberoep worden ontvangen.

2. Feiten en procesverloop

2.1. In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan:¹

¹ Vergelijk het arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 18 mei 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1451, onder 11 sub a tot en met sub h.