

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2019-018
(mr. dr. S.O.H. Bakkerus, voorzitter, prof. mr. M.L. Hendrikse, mr. B.F. Keulen, leden
en mr. I.M.L. Venker, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 15 december 2017
Ingediend door : Klager
Tegen : AIG Europe Limited, gevestigd te Capelle a/d IJssel, verder te noemen Verzekeraar
Datum uitspraak : 11 januari 2019
Aard uitspraak : Niet-bindend advies

Samenvatting

D&O-verzekering. De klacht voldoet niet aan de voorwaarden voor behandelbaarheid door de Geschillencommissie. Klager is door aangesproken op grond van onbehoorlijk bestuur in zijn hoedanigheid van (feitelijk) bestuurder. Klager is dus in de uitoefening van zijn beroepsactiviteit en niet als Consument aangesproken. Ook in de hoedanigheid van beroepsbeoefenaar heeft Klager beroep op de D&O-verzekering gedaan. Klager kwalificeert daarmee niet als Consument in de zin van het Reglement. De Commissie kan de klacht niet in behandeling nemen.

I. Procesverloop

De Commissie beslist met inachtneming van haar Reglement en op basis van de volgende stukken met bijlagen:

- het door Klager ingediende klachtformulier;
- het door Klager ingediende bezwaarformulier;
- de beslissing op bezwaar van 9 maart 2018 van de fungerend voorzitter van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening;
- de brief namens Klager van 5 april 2018;
- de brief namens Verzekeraar van 24 april 2018;
- de e-mail namens Verzekeraar van 25 april 2018;
- het verweerschrift van Verzekeraar van 25 mei 2018;
- de repliek van Klager van 4 juli 2018;
- de dupliek van Verzekeraar van 15 augustus 2018.

Partijen hebben zich na de beslissing op bezwaar van 9 maart 2018, op verzoek van Verzekeraar, uitsluitend uitgelaten over de behandelbaarheid van de klacht.

De Commissie stelt vast dat het niet nodig is de zaak mondeling te behandelen. De zaak kan daarom op grond van de stukken worden beslist.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

- 2.1 Klager is feitelijk bestuurder van [X] B.V. (hierna: [X]). De moedermaatschappij van [X] is [Y] N.V. (hierna: [Y]).
- 2.2 [Y] heeft, na bemiddeling van Aon Nederland C.V., per 17 december 2008 een Directors & Officers-verzekering (hierna: D&O-verzekering) gesloten bij (de rechtsvoorganger van) Verzekeraar ten behoeve van Klager. De verzekerde som bedraagt € 5.000.000,- per claim per verzekeringsjaar, inclusief kosten van verweer). In de voorwaarden is onder meer bepaald:

“2.4 Dochtermaatschappij

(...)

Dekking voor claims ingesteld tegen een verzekerde in zijn hoedanigheid als bestuurder of commissaris van een dochtermaatschappij bestaat uitsluitend voor vermeende of daadwerkelijke gemaakt fouten die gemaakt zijn terwijl die rechtspersoon een dochtermaatschappij van verzekeringnemer is of is geweest.”

(...)

2.14 Rechtspersoon

de verzekeringnemer, genoemd in onderdeel I van het polisblad, of een dochtermaatschappij.”

“ARTIKEL 7 OVERIGE BEPALINGEN

(...)

7.10 Geschillen

Alle geschillen voortvloeiend uit of in verband met deze overeenkomst, dan wel nadere overeenkomsten die daarvan het gevolg mochten zijn, daaronder begrepen, iedere wijziging of voortzetting daarvan zullen, bij uitsluiting van iedere andere rechter, worden beslecht door arbitrage te Rotterdam door drie arbiters volgens het reglement van het Nederlands Arbitrage Instituut, zoals die van kracht zal zijn op het moment dat het geschil aanhangig wordt gemaakt.

(...)

7.13 Klachten

Klachten en geschillen die betrekking hebben op de bemiddeling, totstandkoming en uitvoering van een verzekeringsovereenkomst kunnen worden voorgelegd aan de interne klachtenbehandelaar van:

(...)

Wanneer het oordeel van AIG Europe (Netherlands) N.V. voor u niet bevredigend is, kunt u zich wenden tot:

KiFiD (Het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening) (...).”

- 2.3 Op 24 mei 2004 is schade ontstaan aan een boortoren doordat een door [X] gefabriceerd onderdeel ten behoeve van het realiseren van twee boortorens, was bezweken. De opdrachtgever voor het realiseren van de boortorens was [Naam opdrachtgever] en de hoofdaannemer en ontwerper was [Naam hoofdaannemer en ontwerper] (hierna: Naam hoofdaannemer en ontwerper). [Naam hoofdaannemer en ontwerper] heeft [X] als onderaannemer ingeschakeld. [X] was (met name) verantwoordelijk voor het leveren van onderdelen van de staalconstructie aan [Naam hoofdaannemer en ontwerper].
- 2.4 [Naam hoofdaannemer en ontwerper] heeft op 3 juni 2009 aangekondigd dat zij [X] aansprakelijk zou stellen voor het ongeval en zij is op 1 december 2009 een gerechtelijke procedure tegen, onder meer, [X] gestart in [Naam land]. [X] is op 29 november 2011 failliet verklaard.
- 2.5 Op 3 juni 2011 heeft [Naam hoofdaannemer en ontwerper] twee van de drie (feitelijk) bestuurders van [X] aansprakelijk gesteld op grond van onbehoorlijk bestuur. Per e-mail van 14 juni 2011 heeft Aon laten weten dat verzekeraars voor deze bestuurders dekking hebben toegezegd onder de D&O-verzekering.
- 2.6 Op 3 maart 2014 heeft [Naam hoofdaannemer en ontwerper] Klager, in zijn hoedanigheid van feitelijk bestuurder van [X], aansprakelijk gesteld op grond van onbehoorlijk bestuur. Klager heeft voor de claim een beroep gedaan op de D&O-verzekering bij Verzekeraar.
- 2.7 Per e-mail van 2 oktober 2014 heeft Verzekeraar laten weten dat hij nog geen definitief dekkingstandpunt kan innemen omdat vragen bestaan over de feiten en omstandigheden in het dossier.
- 2.8 Op 3 mei 2016 hebben de curator van (de rechtsopvolger van) [X] en [Naam hoofdaannemer en ontwerper] onder meer de bestuurders, waaronder Klager, gedagvaard voor de schade door het onrechtmatig handelen als gevolg waarvan de schuldeisers in het faillissement van [X] zijn benadeeld, respectievelijk voor de schade als gevolg van het ongeval en de ontwerp- en constructiefouten van [X]. Het onbehoorlijk bestuur is gebaseerd op twee grondslagen. De eerste grondslag betreft onbehoorlijk bestuur vanwege het faciliteren en initiëren van onttrekking van activa aan [X] op 31 december 2004, waardoor [X] niet in staat was aan haar verplichtingen jegens [Naam hoofdaannemer en ontwerper] te voldoen.

De grondslag van de aansprakelijkheid zou ook zijn gelegen in het laten verjaren van een aanspraak op de Aansprakelijkheidsverzekering voor Bedrijven van [X], waaronder de schade van [Naam hoofdaannemer en ontwerper], tot vergoeding waarvan [X] door de High Court in [Naam stad] is veroordeeld, in elk geval voor een deel was gedekt.

- 2.9 Klager heeft bij brief met bijlagen van 13 december 2017 een klacht bij Kifid ingediend tegen Verzekeraar over het niet verlenen van dekking onder de D&O-verzekering voor de aansprakelijkheid. Bij brief van 21 december 2017 heeft Kifid Klager bericht dat de klacht niet in behandeling kan worden genomen. Klager heeft bij brief van 10 januari 2018 een bezwaarformulier ingediend. Kifid heeft Klager bij brief van 9 maart 2018 geïnformeerd over de beslissing op bezwaar, inhoudende dat het bezwaar gegrond is en dat de Geschillencommissie de klacht voorlopig in behandeling kan nemen. Partijen zijn in de gelegenheid gesteld schriftelijke reacties in te dienen en hebben zich uitsluitend uitgelaten over de behandelbaarheid van de klacht.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering Klager

- 3.1 Klager vordert dekking onder de D&O-verzekering voor de aansprakelijkheidsclaim van [Naam hoofdaannemer en ontwerper] en de curator en te oordelen dat Verzekeraar is gehouden tot vergoeding van de gemaakte kosten en te maken kosten voor verweer. Deze kosten bedragen ten tijde van het indienen van de klacht bij Kifid € 81.332,61.

Grondslagen en argumenten daarvoor

- 3.2 Klager heeft voor de onderbouwing van zijn vordering allereerst aangevoerd dat hij ontvankelijk is in zijn klacht zodat de Geschillencommissie bevoegd is de klacht van klager in behandeling te nemen. Klager heeft dit als volgt toegelicht.
- Klager is een natuurlijk persoon die een eigen vorderingsrecht ontleent aan de D&O-verzekering. Op grond van artikel 60 van het Reglement is Klager Consument.
 - De hoofdsom van de vordering is € 81.332,61. Op het moment van indiening van de klacht is de competentiegrens van € 1.000.000,- dus niet overschreden. De claim waarvoor Klager wordt aangesproken staat niet vast nu de gerechtelijke procedure niet is afgerond terwijl denkbaar is dat de claim lager is of geheel wordt afgewezen. Daarbij komt dat het maken van juridische kosten in het belang is van Verzekeraar.
 - Op grond van artikel 7.13 van de voorwaarden van de D&O-verzekering kunnen klachten over de uitvoering van de verzekeringsovereenkomst worden voorgelegd aan Kifid. Ook op haar website heeft Verzekeraar vermeld dat Kifid bevoegd is. De klacht gaat over het ten uitvoer brengen van de verzekeringsovereenkomst. De uitleg die Verzekeraar geeft aan artikel 7.10 van de voorwaarden en aan het onderscheid met artikel 7.13, is niet wat bij het sluiten van de overeenkomst is overeengekomen.

Daar komt bij dat klager artikel 7.10 heeft vernietigd op grond van artikel 6:233 aanhef en onder a BW zodat geen sprake is van een klacht waarvan ter beslechting een arbiter bevoegd is.

- Op grond van artikel 7.12 van de verzekeringsvoorwaarden is Nederlands recht van toepassing op de polis en alle daarmee samenhangende rechten en verplichtingen. Het onderwerp van de klacht wordt dus beheerst door Nederlands recht.
- Klager heeft de interne klachtenprocedure doorlopen. Verzekeraar heeft op 4 juli 2017 een definitief standpunt ingenomen over de klacht en zijn eerdere standpunt dat de verzekering geen dekking biedt, gehandhaafd. Verzekeraar heeft niet gewezen op Kifid of de termijn van drie maanden om bij Kifid een klacht in te dienen. Klager heeft de klacht op 13 december 2017 ingediend en dat is binnen een redelijke termijn nadat hij begreep of had behoren te begrijpen dat hij met de klacht bij Kifid terecht kon.
- Klager heeft in zijn klachtbrief ter onderbouwing van zijn vordering voorts toegelicht waarom de aansprakelijkheid onder de D&O-verzekering is gedekt.

Verweer Verzekeraar

3.3 Verzekeraar heeft zich in haar schriftelijke reactie op de klacht uitsluitend uitgelaten over de behandelbaarheid van de klacht. Verzekeraar stelt dat Klager niet ontvankelijk is en heeft daarvoor de volgende argumenten aangevoerd.

- Op grond van artikel 7.10 van de voorwaarden is een arbiter exclusief bevoegd om geschillen (niet zijnde klachten), voortvloeiend uit of in verband met de verzekeringsovereenkomst, te beslechten. Op grond van artikel 2.1 aanhef en onder d van het Reglement dient de klacht buiten behandeling door de Geschillencommissie te blijven. De verwijzing naar Kifid die in de voorwaarden is opgenomen, doet hier niet aan af. De buitengerechtelijke vernietigingsverklaring van de arbitrageclausule is zonder gevolg geweest. Voorts geldt dat de klachtenregeling ziet op andere kwesties dan hier aan de orde en waarin het gaat om een inhoudelijk dekkingsgeschil.
- De dekkingsvraag heeft betrekking op een claim die de verzekerde som van € 5 miljoen overstijgt. De hoofdsom van de vordering van klager gaat daarmee de competentiegrens van de Geschillencommissie van € 1 miljoen te boven. Op grond van artikel 2.1 aanhef en onder h kan de Geschillencommissie de klacht niet in behandeling nemen.
- De klacht is te laat ingediend zodat deze ook op grond van artikel 5.1 niet in behandeling kan worden genomen. Verzekeraar heeft in zijn brief van 2 oktober 2014 zijn definitieve standpunt ingenomen en dit in latere correspondentie herhaald. Klager heeft de klacht ingediend ruim drie jaar nadat de claim was afgewezen en de klacht daarmee niet ingediend binnen een redelijke termijn.

4. Beoordeling

- 4.1 Bij brief van 9 maart 2018 heeft Kifid Klager bericht dat zijn klacht voorlopig in behandeling wordt genomen. Dit was een voorlopige beslissing. Verzekeraar heeft zich op het standpunt gesteld dat de klacht van Klager niet in behandeling kan worden genomen.
- 4.2 De Commissie beoordeelt in de eerste plaats of zij de klacht van Klager in behandeling kan nemen. In het Reglement is bepaald welke klachten de Geschillencommissie behandelt:

“Artikel 1 Welke klachten behandelt de Geschillencommissie?

De Geschillencommissie behandelt Klachten van Consumenten over Financiële diensten tegen Financiële dienstverleners of, bij nawerking, voormalig aangesloten Financiële dienstverleners.”

Artikel 60 Begrippen

In dit Reglement wordt verstaan onder:

(...)

Consument:

“Iedere natuurlijke persoon die handelt voor doeleinden die buiten zijn handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit vallen. Wordt de overeenkomst evenwel gesloten voor doeleinden die deels binnen en deels buiten in de vorige volzin genoemde activiteit van de persoon liggen (gemengde overeenkomsten) en is het oogmerk van die activiteit zo beperkt dat het binnen de algehele context van de overeenkomst niet overheerst, dan dient die persoon eveneens als Consument te worden aangemerkt.

Onder het begrip Consument wordt tevens begrepen:

a) een rechtspersoon waarvan de doelstelling zozeer is gericht op het particuliere belang van een of meer natuurlijke personen die aandeelhouder(s) of bestuurder(s) of lid van deze rechtspersoon zijn, dat deze als een verlengstuk van die natuurlijke persoon of personen kan worden beschouwd; voorbeelden hiervan zijn persoonlijke pensioenvennootschappen en verenigingen van eigenaars. Beslissend is of de rechtspersoon in wezen een verlenging is van de persoon van Consument in diens hoedanigheid van Consument.

b) de deelnemer aan een pensioenregeling, zoals bedoeld in artikel 1 van de Pensioenwet in zijn hoedanigheid van verzekerde natuurlijke persoon van de overeenkomst van levensverzekering met pensioenclausule.

c) de natuurlijke persoon die een eigen vorderingsrecht ontleent aan een overeenkomst van verzekering alsmede degene die als derde-benadeelde aan de wet een eigen recht op schadevergoeding ontleent tegen een verzekeraar. Hieronder valt niet de zogenoemde ‘directe actie’ van art. 7:954 Burgerlijk Wetboek.

d) de natuurlijke persoon met een Privacyklacht.”

Bij de omschrijving van het Consumentbegrip is voorts een toelichting opgenomen:

“Ter toelichting op de tekst onder c): Met ‘eigen vorderingsrecht’ wordt bedoeld op de verzekeringnemer of (derde) verzekerde die aan de verzekeringsovereenkomst een recht op uitkering ontleent. (...)

Het artikel definieert het begrip ‘Consument’ en breidt dat begrip uit tot een aantal specifieke gevallen. Als een persoon die een klacht indient geen Consument is of daarmee niet gelijk gesteld wordt, kan de Geschillencommissie de Klacht niet in behandeling nemen. (...)”

- 4.3 Uit de onder 4.2 geciteerde omschrijving van het begrip Consument volgt dat de klacht van Klager niet behandelbaar is. De Commissie licht dit als volgt toe.

Het consumentbegrip bevat verschillende aspecten waaraan moet zijn voldaan voordat de Commissie een klacht in behandeling kan nemen. In de aanhef is een omschrijving van het begrip Consument opgenomen. Onder a tot en met c is voor een aantal specifieke gevallen een uitbreiding opgenomen van dat begrip. Deze uitbreiding moet *in samenhang met de aanhef* worden gezien.

- 4.4 De Commissie is van oordeel dat niet aan de voorwaarden voor behandelbaarheid van de klacht is voldaan. De klacht moet zijn ingediend door een natuurlijke persoon die voor doeleinden buiten zijn handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit een Financiële dienst heeft afgenomen. Klager is door [Naam hoofdaannemer en ontwerper] en door de curator van [X] aangesproken op grond van onbehoorlijk bestuur in zijn hoedanigheid van (feitelijk) bestuurder. Klager is dus in de uitoefening van zijn *beroepsactiviteit* en niet als Consument aangesproken. Ook in de hoedanigheid van *beroepsbeoefenaar* heeft Klager beroep op de D&O-verzekering gedaan. Klager kwalificeert daarmee niet als Consument in de zin van het Reglement.
- 4.5 Aan dit oordeel van de Commissie doet niet af dat Klager een eigen vorderingsrecht ontleent aan de door [Y] gesloten D&O-verzekering, zoals bedoeld in artikel 60 onder c van het Reglement. Deze bepaling bedoelt alleen een uitbreiding te geven ten opzichte van het vereiste van artikel 60, aanhef van het Reglement dat Klager zelf een Financiële Dienst moet hebben afgenomen. De omstandigheid dat niet Klager maar [Y] de D&O-verzekering heeft afgesloten, staat dus niet aan de behandelbaarheid van de klacht in de weg. Maar deze uitbreiding laat onverlet dat Klager moet handelen voor doeleinden die buiten zijn handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit vallen. En dat is, zo heeft de Commissie in randnummer 4.4 geoordeeld, niet het geval.

4.6 De slotsom is dat de Geschillencommissie de klacht van Klager niet in behandeling kan nemen. Alle overige door partijen aangevoerde stellingen en argumenten hoeven dus geen bespreking meer.

5. Beslissing

De Commissie stelt vast dat Kifid de klacht niet kan behandelen.

De uitspraak heeft de vorm van een niet-bindend advies. Tegen deze uitspraak staat geen hoger beroep open bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. U kunt de zaak nog wel aan de rechter voorleggen.

U kunt, binnen twee weken na de verzenddatum van deze uitspraak, bij de Voorzitter van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening schriftelijk een verzoek indienen tot herstel van kennelijke vergissingen in de uitspraak. U moet daarbij met name denken aan correctie van reken- of schrijffouten en verbetering van namen en data. De volledige procedure met de termijnen die daarbij in acht moeten worden genomen staat beschreven in artikel 40 van het Reglement.