

## De werking van de loss limit-bepaling: wat zijn de voor- en nadelen?

*Bb 2020/68*

Op 6 maart 2020 heeft de Hoge Raad een arrest gewezen in een procedure waarin de uitleg van een zogeheten 'loss limit-bepaling' in een op de assurantiebeurs afgesloten verzekeringspolis – een zogeheten 'beurspolis' – centraal stond (HR 6 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:387). Dit is kort gezegd een bepaling die beoogt de door de verzekeraar te betalen vergoeding per schadegeval te maximaliseren. Nu het een 81 RO-zaak betreft (waarbij een zaak wordt afgedaan zonder inhoudelijke motivering, omdat de zaak volgens de Hoge Raad geen juridisch belangrijke nieuwe vragen oproept), wordt aan dit arrest in de literatuur helaas vrij weinig aandacht besteed. Ik maak daarom graag van de gelegenheid gebruik om naar aanleiding van dit arrest een aantal algemene opmerkingen te maken over de werking en het nut van de loss limit-bepaling, die relevant kunnen zijn voor de dagelijkse (beurs)verzekeringspraktijk. Hoewel de loss limit-bepaling zeker een aantal voordelen met zich brengt (zoals een lagere premie en gemakkelijkere voltekening door verzekeraars), dienen ook de risico's niet uit het oog verloren te worden. Zo blijft het altijd op de loer liggende risico van onderverzekering bestaan, en dient de verzekerde som daarom nauwlettend in de gaten te worden gehouden. Wanneer dit risico niet onderkend wordt, loopt een bedrijf grote bedragen mis wanneer een grote schade optreedt. Er bestaan alternatieven voor de loss limit-bepaling, waar dit risico niet of minder aanwezig is. Het is daarom van belang om met je (beurs)makelaar stil te staan bij de vraag wat voor jouw bedrijf de beste verzekeringsconstructie is.

### **Wat is een beurspolis, en hoe komt deze polis tot stand?**

Grote risico's worden 'ter beurze' verzekerd. Vroeger gebeurde dit fysiek, op de assurantiebeurzen in Amsterdam en Rotterdam. Tegenwoordig vinden de verzekeringsmakelaars en verzekeraars elkaar via een elektronische assurantiebeurs ('e-ABS'), waar men onderhandelt over bijvoorbeeld de hoogte van de verzekerde som, de toepasselijke voorwaarden of de te betalen premie. De verzekeringspolis die uiteindelijk tot stand komt, noemt men een beurspolis. Bij (zeer) grote risico's zijn verzekeraars zelden geneigd om het volledige risico te dekken. Als zo een groot risico intreedt, zou dit namelijk een te grote klap voor één verzekeraar zijn. Vaak worden beurspolissen daarom gesloten in co-assurantie. Co-assurantie wil zeggen dat meerdere verzekeraars de polis ondertekenen, allen voor een bepaald percentage (of nominaal bedrag) van het te verzekeren risico. De verzekeringsmakelaar zal daarbij zijn best doen om het volledige risico bij verzekeraars onder te brengen. Soms

wil het gebeuren dat de verzekeringsmakelaar niet genoeg verzekeraars kan vinden om het volledige risico te dekken. In dat geval draagt de verzekeringnemer een gedeelte van het risico zelf. Wanneer een beursmakelaar negen verzekeraars vindt die allen 10% van het risico willen verzekeren, dan draagt de verzekeringnemer dus 10% van het risico zelf.

### **Feiten onderliggend aan de loss limit-procedure**

Voordat ik aan mijn opmerkingen toekom, neem ik de lezer terug in de tijd naar het jaar 1998. Het jaar dat Parcan met behulp van een verzekeringsmakelaar voor haar fabriek een brandverzekering afsluit op de assurantiebeurs, met een verzekerde som van (omgerekend naar euro's) bijna € 15.000.000. Een aantal jaar later wordt de polis geëxtendeerd. De makelaar probeert de polis te laten voltekenen, maar dit wil helaas niet vlotten. Om de deelnamebereidheid van verzekeraars te verhogen, wordt in het polisaanhangsel een "loss limit" van € 7.500.000 opgenomen. Na opname van deze loss limit-bepaling, sprokkelt de beursmakelaar (bij maar liefst 13 verschillende verzekeraars) een dekking van in totaal 89,5% bij elkaar.

Sommige lezers – en wellicht de verzekeraars die hebben geweigerd in te tekenen op deze polis – hadden mogelijk al opgemerkt dat Parcan een kaarsenfabrikant is. Helaas vatten de kaarsen in deze fabriek vroegtijdig vlam, wanneer in 2003 in de fabriek een grote brand uitbreekt. De schade wordt door deskundigen vastgesteld op € 10.166.116. De verzekeraars keren gezamenlijk € 6.708.025 uit, dat gelijk is aan 89,5% van de loss limit (minus het eigen risico).

### **Uitstapje: wat is een loss limit-bepaling precies?**

In de literatuur valt vrij weinig te vinden over de betekenis van de "loss limit". In de hierna te bespreken conclusie van A-G Hartlief, wordt uit p. 168 van het boek Assurantietermen en Wetsartikelen de aldaar besproken betekenis van het begrip "single loss limit" geciteerd:

"Bedrag dat de maximale aansprakelijkheid van de verzekeraar per schadegeval aangeeft. Normaliter vormt de verzekerde som tevens de loss limit. Soms wordt evenwel een lager bedrag als maximale vergoeding per schadegeval in de polis opgenomen, bv. als de verzekeraar zijn acceptatie afstemt op mededelingen van de verzekeringnemer omtrent de verwachte maximale grootte van een schade. (...)"

Hoewel de loss limit-bepaling in de literatuur weinig aandacht krijgt, wordt de bepaling regelmatig toegepast. De meest bekende variant van de loss limit-bepaling is de

<sup>1</sup> Mr. L.A. Godwaldt is advocaat bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam.

vorklausule, waaraan in de hierna te bespreken procedure de nodige aandacht is besteed (en welke ik verderop nog zal toelichten). Loss limit-bepalingen worden om verschillende redenen toegepast, bijvoorbeeld (i) wanneer de maximale grootte van de schade (nog) niet vaststaat, (ii) wanneer een totaal verlies van de verzekerde zaken niet te verwachten is, of – zoals in het geval van Parcan – (iii) wanneer de beursmakelaar de polis niet volgetekend krijgt. In dat soort gevallen staan er dus twee bedragen op de polis, namelijk de verzekerde som die bestaat uit de maximale grootte van de schade en de (lagere) loss limit die de maximale aansprakelijkheid van de verzekeraar aangeeft.

Sommige lezers vragen zich nu wellicht af: waarom wordt de verzekerde som niet simpelweg omlaag gebracht tot aan het bedrag van de loss limit? Voor het antwoord op die vraag is een korte uitleg over het 'risico van onderverzekering' (artikel 7:958 lid 5 BW) op zijn plaats. Er is sprake van onderverzekering, wanneer het bedrag waarvoor een verzekeringnemer verzekerd is, lager is dan de werkelijke waarde van het verzekerde object of risico. Denk bijvoorbeeld aan een huis met een (herbouw)waarde van € 500.000, terwijl de opstalverzekering dekking biedt voor een maximum van € 400.000. De regels van onderverzekering brengen met zich dat wanneer schade intreedt, de verzekeringnemer een evenredig deel van de schade vergoed krijgt. In ons voorbeeld zou, wanneer sprake zou zijn van (herstelbare) schade aan de woning van € 100.000, de uitkering als volgt worden berekend. € 400.000 van € 500.000 is 80%, het huis is dus voor 80% verzekerd. De verzekeraar zal daarom 80% van de schade, namelijk € 80.000, uitkeren.

Door een loss limit op te nemen in de polis, is men bewust voor een lager bedrag verzekerd (de loss limit) dan de werkelijke waarde van het verzekerde object of risico (de verzekerde som). Door een loss limit op te nemen, in combinatie met een accurate verzekerde som, is er geen sprake van onderverzekering bij een totaal verlies van het verzekerde object. Het voorgaande betekent echter niet dat men bij het hanteren van een loss limit geen enkel risico meer loopt op onderverzekering. Wanneer de werkelijke waarde van het verzekerde object of risico hoger is dan de verzekerde som, dan is nog altijd sprake van onderverzekering bij herstelbare schade, en geldt bovengenoemd rekenvoorbeeld. Dit is ook de reden dat op de polis zowel de verzekerde som als de loss limit worden genoemd. Bij het toepassen van een loss limit bepaling, dient de juistheid van de verzekerde som dus nauwlettend in de gaten te worden gehouden.

### Procedure in eerste aanleg bij het hof

Parcan is het niet met de hoogte van de uitkering eens en betreft haar 13 verzekeraars in een gerechtelijke procedure. In eerste aanleg neemt Parcan het standpunt in dat de loss limit-bepaling niet van toepassing is. Zij vordert daarom betaling van een bedrag gelijk aan 89,5% van de door de deskundigen vastgestelde schade (minus het reeds uitgekeerde bedrag). Parcan wordt in 2008 door de Rechtbank Amsterdam in het ongelijk gesteld.

In hoger beroep verlaat Parcan haar eerder ingenomen standpunt dat de loss limit-bepaling geen toepassing vindt, en vordert slechts nog een bedrag ter hoogte van de volledige loss limit (minus het reeds uitgekeerde bedrag en het eigen risico). Volgens Parcan moet de loss limit-bepaling aldus worden uitgelegd dat wanneer 89,5% van de schade uitstijgt boven de loss limit van € 7.500.000, tenminste dit laatste bedrag moet worden uitgekeerd, óók wanneer de polis (zoals in casu) niet is volgetekend. De beperking van 89,5% ziet volgens Parcan dus enkel op de verzekerde som, en niet op de loss limit van € 7.500.000. De betrokken verzekeraars voeren uitgebreid verweer, dat er (zeer) kort gezegd op neerkomt dat de beperkte voltekening van de polis tot 89,5% wel degelijk ook tot een beperking met dit percentage van de loss limit leidt, reden waarom de verzekeraars menen dat zij terecht een bedrag van (slechts) € 6.708.025 hebben uitgekeerd.

Het Hof Amsterdam wijst drie (tussen)arresten. Allereerst wordt Parcan in haar hoger beroep jegens verzekeraars 8 tot en met 12 niet ontvankelijk verklaard, omdat zij haar grieven niet tegen de afwijzing van haar vorderingen jegens die verzekeraars heeft gericht. In lijn met vaste jurisprudentie van de Hoge Raad over de uitleg van verzekeringsovereenkomsten (Chubb/Dagenstaed, HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2793) overweegt het hof vervolgens dat het in deze kwestie gaat om een beurspolis, over de inhoud waarvan in de regel niet tussen partijen wordt onderhandeld. Dit heeft tot gevolg dat de verzekeringsvoorwaarden vooral moeten worden uitgelegd aan de hand van objectieve factoren, zoals de gangbare betekenis van de bewoordingen van een bepaling, gezien in het licht van de polisvoorwaarden als geheel. In dit kader spreekt het hof de behoefte uit om bij verzekeringsdeskundigen voorlichting in te winnen over de vraag of een loss limit-bepaling als de onderhavige destijds op de beurs op een bepaalde manier werd uitgelegd (bestond er indertijd een beursgebruik?). In zijn tweede tussenarrest beveelt het hof een onderzoek door verzekeringsdeskundigen R.J.W. van der Wal, C. Kortleve en H.J. van Calcar op basis van door het hof vastgestelde vragen.

De deskundigen komen tezamen tot de conclusie dat er indertijd ten aanzien van de loss limit-bepaling een vast beursgebruik heeft bestaan. Dit gebruik betrof het opnemen van een zogenaamde vorklausule in geval de herbouwwaarde van een verzekerd gebouw in de oude staat (bij totale vernietiging) aanzienlijk hoger lag dan de bouwkosten voor een nieuw gebouw dat even functioneel zou zijn als het oude gebouw. Door een loss limit op te nemen die overeenkwam met de bouwkosten voor nieuwbouw werd bereikt dat de premie lager was, terwijl bij verlies van het oude gebouw met de verzekeringsuitkering een nieuw gebouw met dezelfde functionaliteit kon worden gebouwd. Na een analyse van het deskundigenbericht, oordeelt het hof dat de loss limit-bepaling zoals in deze kwestie aan de orde is een andere achtergrond heeft, namelijk om voltekening van de polis door verzekeraars te bereiken. Nu geen vast beursgebruik is komen vast te staan met betrekking tot een loss limit-bepaling in combinatie met een niet volgetekende beurspolis, valt het hof terug op de 'normale' verdeling van

de stelplicht en de bewijslast, die in dit geval op Parcan rusten.

Bij de nog te bespreken uitleg van de onderhavige loss limit-bepaling, neemt het hof als uitgangspunt dat de beursmakelaar het volledige brandrisico van Parcan bij verschillende verzekeraars heeft proberen onder te brengen. Toen dat echter niet vlotte, heeft de beursmakelaar voorgesteld een loss limit-bepaling in de polis op te nemen om de deelnamebereidheid van verzekeraars te vergroten. Met deze loss limit heeft de beursmakelaar vervolgens een voltekening van 89,5% bereikt. Relevant voor de uitleg acht het hof voorts het 'afhankelijkheidsargument' dat door de verzekeraars wordt gevoerd. De verzekeraars lichten dit argument als volgt toe. Als een verzekeraar voor 25% heeft ingetekend, is hij bij een volgetekende polis slechts gehouden tot uitkering van 25% van de loss limit. Wanneer de uitleg van Parcan wordt aangehouden, zou deze verzekeraar in het geval de polis niet is volgetekend gehouden zijn tot uitkering van een (veel) hoger bedrag dan 25% van de loss limit. Verzekeraars zouden in dat geval volledig zijn overgeleverd aan de inspanningen van de beursmakelaar en aan de bereidheid van andere verzekeraars om een deel van het risico te dragen. Het hof acht dit een sterke aanwijzing voor de redelijkheid van de door de verzekeraars gegeven uitleg. Parcan heeft hier volgens het hof onvoldoende tegenover gezet, waarbij het hof nog overweegt dat de beursmakelaar wist dat het intekenen op een beurspolis door elke verzekeraar voor zich gebeurt, waarbij elke verzekeraar het percentage bepaalt waarvoor hij bereid is in het risico te delen. Die kennis van de beursmakelaar wordt volgens het hof aan Parcan toegerekend. Parcan heeft haar stellingen voorts onvoldoende toegelicht, reden waarom niet wordt toegekomen aan haar bewijsaanbod. Het hof wijst de vorderingen van Parcan af.

### Conclusie van de A-G en Hoge Raad

In de cassatieprocedure klaagt Parcan in grote lijnen over een drietal aspecten: (i) het hof zou geen aandacht hebben gegeven aan de bewoordingen van het polisaanhangsel, (ii) het hof zou ten onrechte, althans op onbegrijpelijke wijze, de overwegingen van verzekeraars bij het intekenen op de polis bepalend hebben laten zijn en (iii) het hof zou ten slotte ten onrechte hebben geoordeeld dat voor de onderhavige loss limit-bepaling geen vast beursgebruik aan de orde is. In de lezenswaardige conclusie van A-G Hartlief wordt alvorens de cassatieklachten te bespreken stilgestaan bij beursverzekeringen, co-assurantie, de (functies van de) verzekerde som, loss limit-bepalingen en de uitleg van verzekeringsvoorwaarden. De bovengenoemde aspecten waarover Parcan in cassatie klaagt, vallen uiteen in een viertal onderdelen. Geen van die onderdelen treft volgens A-G Hartlief doel. Zijn conclusie strekt dan ook tot verwerping van het cassatieberoep. Mogelijk omdat de Hoge Raad het geheel met Hartlief eens was, en/of omdat de uitleg van polisvoorwaarden sterk verweven is met de waardering van de feiten, heeft de Hoge Raad de kwestie op 6 maart 2020 afgedaan als een 81 RO-zaak.

### Algemene opmerkingen over de loss limit-bepaling en mogelijke alternatieven

Voor veel lezers zal de uitkomst van deze procedure weinig verbazing wekken. De uitleg van Parcan zou er immers toe leiden dat co-assuradeuren in dit soort gevallen (voor de vraag hoeveel zij moeten uitkeren) overgeleverd zijn aan de inspanningen van de beursmakelaar en de bereidwilligheid van andere verzekeraars om in te tekenen op een polis. Intekenen voor 25% zou anders zomaar in werkelijkheid een hoger percentage kunnen betekenen. Mogelijk zou deze uitleg er zelfs toe leiden dat verzekeraars slechts nog bereid zullen zijn in te tekenen op een beurspolis onder de voorwaarde dat de beursmakelaar kan aantonen dat hij de polis volgetekend kan krijgen (bijvoorbeeld door het tonen van toezeggingen van andere verzekeraars). Denken wij nog een stap verder, dan zou dit vervolgens het ongewenste resultaat met zich kunnen brengen dat bedrijven achterblijven met grote onverzekerde belangen. Lang niet elke beurspolis wordt immers volgetekend, terwijl verzekeraars in deze hypothetische situatie enkel nog zullen willen intekenen wanneer de polis is volgetekend ofwel slechts willen intekenen tegen torenhoge premies. Het is geenszins aannemelijk dat dat soort consequenties met de loss limit-bepaling zijn beoogd of aanvaard.

De aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe mogelijke tekstinterpretaties zouden kunnen leiden, kan volgens vaste jurisprudentie als objectief gegeven worden gebruikt bij de uitleg van een polisbepaling. Om die reden lag deze uitkomst van de onderhavige procedure mijns inziens wel voor de hand. Toch heeft het 13 jaar geduurd voordat partijen uiteindelijk duidelijkheid hebben gekregen over het geschil. Mogelijk heeft deze volhardendheid van Parcan er mee te maken gehad dat zij al enige tijd in financieel zwaar weer verkeerde, alvorens begin 2017 haar faillissement werd uitgesproken, maar dit is slechts speculatie.

De A-G en de deskundigen bij het hof hebben al uitgebreid stilgestaan bij de loss limit-bepaling, waarvan meerdere varianten bekend zijn. Zo schenken de deskundigen de nodige aandacht aan de zogenaamde vorkclausule, die wordt gehanteerd wanneer vaststaat dat een gebouw na niet herstelbare schade, niet in oude staat maar op goedkopere wijze zal worden herbouwd. Als voorbeeld worden vaak oude gebouwen genoemd, zoals kloosters, maar ook nieuwere gebouwen kunnen goedkoper worden herbouwd. Ik denk dan bijvoorbeeld aan het gebouw van de Vrije Universiteit. De vorkclausule zorgt er dan voor dat de (goedkopere) herbouwwaarde als maximale uitkering geldt. Gebruikelijk is dan dat de premie wordt berekend over het gemiddelde van de verzekerde som (de herbouwwaarde in oude glorie) en de loss limit (de goedkopere herbouwwaarde). De premie wordt niet enkel over de loss limit berekend, omdat bij herstelbare schade de verzekerde som van belang blijft, omdat je – zolang herstel nog mogelijk is – schade wel in de stijl van het oude gebouw wilt herstellen. De loss limit heeft – anders dan het bepalen van de maximale uitkering (de goedkopere herbouwwaarde) – in het geval van herstelbare schade geen betekenis. Het zou vreemd zijn wanneer het

enkele opnemen van een loss limit ervoor zou zorgen dat de premie enkel over de loss limit zou worden berekend, nu van herstelbare schade (veel) vaker sprake is dan van een totaal verlies. De A-G noemt voorts als specifieke variant van de loss limit de maximum uitkering bij een autocascoverzekering. Bij dit soort verzekeringen kan de verzekerde som zijn bepaald op de cataloguswaarde, terwijl de maximale uitkering de dagwaarde van de auto betreft.

Het opnemen van een loss limit-bepaling kan een aantal voordelen met zich brengen. Zo kan een loss limit ertoe leiden dat de premie voor verzekerde lager is dan bij verzekering van de maximale grootte van de schade. Ook kan het de nodige duidelijkheid bieden over de maximum uitkering die verzekerde zal ontvangen (dit kan bijvoorbeeld van pas komen als de maximale grootte van de schade (nog) niet te berekenen is) en/of kan een loss limit ertoe leiden dat het voor co-assuradeuren aantrekkelijker wordt om op de polis in te tekenen, omdat zij met een limited loss minder risico lopen dan bij intekening op de maximale grootte van de schade.

Klaarblijkelijk was de uitleg van de loss limit-bepaling voor Parcan minder duidelijk dan voor de betrokken verzekeraars. Het kan voor partijen zonder expertise op het gebied van (beurs)verzekeringen (kennelijk) verwarrend zijn wanneer op de polis zowel een verzekerde som als een loss limit wordt genoemd, welke verwarring er (kennelijk) toe kan leiden dat men niet verwacht dat men bij een schade groter dan de loss limit (toch) een bedrag kleiner dan die loss limit ontvangt. Ik kan mij hier wel iets bij voorstellen, zeker bij partijen met beperkte kennis over het principe van onderverzekering. Ik hoop met dit artikel de nodige duidelijkheid te hebben geboden.

Door voortschrijdend inzicht zou men tot de conclusie kunnen komen dat veel tijd en geld bespaard had kunnen worden als in de polisvoorwaarden een duidelijk artikel was opgenomen waarin uiteen was gezet wat de consequenties waren van niet-voltekening van de polis voor de loss limit-bepaling. Uiteraard zijn – afhankelijk van de specifieke situatie – voorts allerlei alternatieven te bedenken voor het opnemen van een loss limit-bepaling in de polis. Denk hierbij bijvoorbeeld aan premier risque-verzekeringen, waarbij de verzekerde som is gemaximaliseerd en waarin voorbij wordt gegaan aan het principe van onderverzekering. Verzekeren op basis van premier risque komt met name voor wanneer vooraf geen begroting van de werkelijke waarde van het verzekerde object kan worden gemaakt of wanneer een totaal verlies van de verzekerde zaak niet te verwachten is. Er lijkt zich een tendens voor te doen waar de premier risque ook steeds vaker wordt gebruikt voor eenvoudiger verzekeringsproducten. Ook andere constructies, waarbij de verzekerde som op een bepaald bedrag wordt vastgesteld en een clause wordt opgenomen om het risico van onderverzekering uit te sluiten, zouden uitkomst kunnen bieden voor de in deze situatie opgetreden verwarring. Het is aan te raden om met de (beurs)makelaar van jouw bedrijf te bepalen welke verzekeringsconstructie voor jouw bedrijf het meest geschikt is.