

## Verhoudingen bij coassurantie: hoe volgzzaam moet de 'volgend' verzekeraar zijn?

Bb 2017/31

Afgelopen juli werd door de Rechtbank Rotterdam een uitspraak gedaan die op interesse vanuit de verzekeringswereld kon rekenen. De uitspraak betreft de uitleg van een verzekeringspolis waarbij meerdere verzekeraars als risicodragers betrokken waren (coassurantie). Centraal stond de vraag of de 'volgend' verzekeraars gebonden waren aan een door de 'leidend' verzekeraar getroffen schikking. Volgens de verzekerde was dit het geval en waren de volgend verzekeraars verplicht om naar rato van hun aandeel aan de schikking mee te betalen. De rechtbank besliste echter anders.

### 1. Achtergrond – Coassurantie

De zaak speelt zich af in de context van coassurantie. Van coassurantie wordt gesproken wanneer verschillende verzekeraars intekenen op één verzekeringspolis. Bij een dergelijke horizontale risicoverdeling worden de risico's opgedeeld tussen verschillende risicodragers die 'naast elkaar' staan en waarbij elke verzekeraar een percentage draagt van het totale onder de polis gedekte risico. Bij grote(re) risico's kunnen verzekeringsprogramma's ook verticaal worden opgeknipt. Dan is sprake van boven elkaar geplaatste lagen van verzekeringsovereenkomsten (*layers*).

Voor een verzekerde onder een in coassurantie gesloten verzekeringspolis is het in het geval van een calamiteit belangrijk om te weten welke verzekeraar zijn (eerste) aanspreekpunt is en, nog belangrijker, of deze verzekeraar ook bevoegd is om namens de andere verzekeraars te handelen. Om te voorkomen dat een verzekerde over zijn claim met elke betrokken verzekeraar apart moet onderhandelen over de dekking en de mogelijke afwikkeling van claims kan een 'to follow-clausule' worden overeengekomen. Zo'n bepaling bestaat in vele vormen. Vaak wordt bepaald dat de volgende verzekeraars verplicht zijn om de leidend verzekeraar te volgen in zijn beslissingen over bijvoorbeeld het treffen van een schikking. Een dergelijke 'to follow-clausule' brengt in feite een driepartijenverhouding tot stand (leidend en volgend verzekeraar(s), volgend verzekeraar en verzekerde en leidend verzekeraar en verzekerde). Is een 'to follow-clausule' door alle verzekeraars ondertekend, dan wordt doorgaans aangenomen dat sprake is van een volmacht-situatie. Maar wat heeft nu te gelden als een 'to follow-clausule' ontbreekt? Is een verzekeraar, die er blijkens het handtekeningblad bij de polis mee instemt om 'volgend' te zijn, dan ook gebonden aan de beslissingen van de 'leidend' verzekeraar over dekking, uitkeringen en/of schikkingen? Of mag elke verzekeraar in dat geval voor zichzelf beoordelen of zij dekking wenst te verlenen? In de Nederlandse verzeke-

ringsmarkt bestaan wel regelingen over schadeafwikkeling in het geval van coassurantie, maar daarin is niet in algemene zin geregeld dat verzekeraars gebonden zijn aan (dekking)beslissingen van de leidend verzekeraar(s).

Dit kan overigens anders liggen in de Londense verzekeringsmarkt. Voor de bij Lloyd's aangesloten verzekeraars (die ook op Nederlandse risico's kunnen intekenen) geldt op basis van een Claims Scheme dat volgverzekeraars in beginsel ook zonder volgclausule in de polis aan afwikkeling door de leidend verzekeraar zijn gebonden (zie ook D.C. Theunis en M. Van der Veen, 'Schadeafwikkeling bij coassurantie met volgclausules en follow-form-clausules', *TvPP* 2016, 2, p. 31-35).

### 2. Het geschil tussen partijen

In de zaak die voorlag aan de Rechtbank Rotterdam waren er een 'leidend' verzekeraar en twee 'volgend' verzekeraars, maar ontstond vervolgens discussies over het bereik van die begrippen.

De zaak betrof een beroepsaansprakelijkheidsverzekering (BAV) van Strukton Betonbouw B.V. die via beursmakelaar AON was gesloten. Op het handtekeningblad stonden drie verzekeraars als risicodragers vermeld die elk een percentage van het risico voor hun rekening namen, te weten Zurich (40%), HDI (40%) en Liberty (20%). Daarbij stond vermeld dat Zurich "leidend" was en dat HDI en Liberty als "volgend" verzekeraar optraden. Er was echter geen 'to follow-clausule' opgenomen. Volgens de eisende partij 'Aquaduct N57', aan wie de verzekerde haar vordering gecedeerd had, gold er op grond van (onder meer) de vermeldingen op het handtekeningblad echter wel degelijk een volgplicht.

De vraag naar een eventuele volgplicht was relevant omdat Zurich met Strukton een schikking had getroffen, waarin was bepaald dat Zurich haar aandeel van 40% van een totaalbedrag van € 2.000.000 (dus € 800.000) zou betalen. In de vaststellingsovereenkomst was verder bepaald dat Zurich zich (naast AON) zou inspannen om ook de volgverzekeraars in de regeling te laten participeren. HDI en Liberty weigerden echter om aan de schikking deel te nemen en betwisten gebonden te zijn aan de door Zurich getroffen schikking. Volgens HDI en Liberty was er geen sprake van een volgplicht.

Aquaduct N57 baseerde haar stelling dat er sprake was van een volgplicht met name op de aanduidingen "leidend" en "volgend" op het handtekeningblad. Deze zouden verder strekken dan slechts de betekenis dat Zürich als spreekbuis optrad, hetgeen ook uit het gebruik of gewoonterecht bij coassurantie zou volgen. De aanwezigheid van een volgplicht zou volgens Aquaduct N57 bovendien bevestigd zijn door de feitelijke opstelling van HDI en Liberty, die met stilzitten ge-

<sup>1</sup> Mr. F. Leopold en mr. H.P. Verdam zijn beiden advocaat bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam.

rechtvaardigd vertrouwen in hun volgplicht zouden hebben gewekt.

HDI en Liberty stelden daar onder meer het volgende tegenover:

- De aanduidingen “leidend” en “volgend” op het handtekeningenblad zouden slechts aangeven dat Zurich het grootste aandeel in de verzekering had en als spreekbuis namens de volgverzekeraars optrad.
- Genoemde aanduidingen gaven Zürich geen volmacht om namens de andere verzekeraars een bindende beslissing over het uit te keren bedrag te nemen.
- In eerdere polissen was wél een ‘to follow-clausule’ opgenomen, maar deze was op uitdrukkelijk verzoek van HDI en na overleg met AON verwijderd.
- Uit de tekst van de schikkingsovereenkomst bleek dat Zurich de schikking expliciet op eigen titel en uitsluitend voor haar eigen aandeel was aangegaan. Mocht er al een volgplicht zijn, dan zou de werking daarvan daardoor zijn vervallen.

### 3. Het vonnis van de Rechtbank Rotterdam

In haar vonnis stelt de rechtbank voorop dat het hier gaat om een kwestie van uitleg van de verzekeringsovereenkomst. Uit vaste jurisprudentie volgt dat de wijze van uitleg van een verzekeringsovereenkomst, en een beurspolis in het bijzonder, afhankelijk is van de mate waarin over de bepaling(en) waarop de uitleg betrekking heeft, is onderhandeld. Dit kan variëren van een voornamelijk objectieve, tekstuele uitleg bij overeenkomsten waarover de gebonden partijen niet zelf hebben onderhandeld (de zogenaamde cao-norm), tot een ‘dynamische’ uitleg aan de hand van de bedoelingen van partijen en hetgeen zij over en weer van elkaar mochten verwachten (de bekende Haviltex-norm). Wanneer het gaat om een beurspolis, zal daarbij bovendien meewegen dat beide partijen geacht worden over professionele kennis te beschikken en kunnen ook brancheopvattingen en beursgebruiken een rol spelen.

Tegen deze achtergrond overweegt de rechtbank allereerst dat de woorden “leidend” en “volgend” op het handtekeningenblad in elk geval (wel) een voorttrekkersrol van de leidend verzekeraar meebrengen als het gaat om schadevaststelling. De woorden ‘leidend’ en ‘volgend’ zijn op zichzelf echter te onbepaald om een volgvplichting in het leven te roepen. *‘Instemming van HDI c.s. met een zodanige verplichting – die vergaande juridische en financiële gevolgen kan hebben – kan niet uitsluitend op deze aanduidingen worden gebaseerd’* – aldus de rechtbank. Daarbij geeft zij wel nadrukkelijk aan dat dit anders had kunnen zijn als het in de branche gebruikelijk zou zijn om deze aanduidingen een verdergaande betekenis toe te dichten. Dat had Aquaduct N57 wel gesteld, maar niet voldoende concreet onderbouwd. Die onderbouwing zal ook niet makkelijk te geven zijn. Zo volgt uit de Regeling Schadeproces Coassurantie, waarnaar door Aquaduct N57 was verwezen, nu juist dat verzekeraars ten aanzien van schikkingen de mogelijkheid van een ‘opt-out’ hebben. De rechtbank oordeelde daarom dat in die regeling de onderbouwing niet gevonden kon worden.

Vervolgens constateert de rechtbank dat in deze zaak juist wel over de volgplicht was onderhandeld. Uit het feit dat deze onderhandelingen tot het weglaten van de ‘to follow-clausule’ hebben geleid, leidt de rechtbank af dat partijen de bedoeling hebben gehad dat er geen volgplicht (meer) zou gelden.

In het kader van de uitleg van de beurspolis, wordt door de rechtbank dus bijzonder gewicht toegekend aan het feit dat er is onderhandeld over het (niet langer opnemen van een ‘to follow-clausule’ op de polis. Beursmakelaar AON was ermee bekend dat HDI geen ‘to follow-clausule’ meer wenste en die clausule is ook niet opgenomen. Die wetenschap van de beursmakelaar dient volgens de rechtbank aan de verzekerde te worden toegerekend, nu de makelaar onderhandelingen over de polis namens de verzekerde voert met verzekeraars. Op basis hiervan moet het er volgens de rechtbank voor worden gehouden dat verzekerde heeft ingestemd met het niet-opnemen van een ‘to follow-clausule’.

Uit de overwegingen lijkt te volgen dat de rechtbank op dit vlak een onderscheid maakt tussen een (beurs)makelaar en een assurantietussenpersoon (*“anders dan bij bemiddeling door een assurantietussenpersoon”*). Voor zover dit oordeel zou inhouden dat wetenschap van een assurantietussenpersoon als hoofdregel niet aan een verzekerde toegerekend kan worden, vragen wij ons af of dat helemaal juist is. Ook de wetenschap van een (zelfstandig) assurantietussenpersoon kan, afhankelijk van de feitelijke omstandigheden, aan een verzekeringnemer dan wel verzekerde worden toegerekend (zie *Asser/Wansink, Van Tiggele & Salaomons 7-IX\* 2012/364*).

Dat HDI en Liberty alle aanleiding hadden om zich met hand en tand te verzetten tegen hun gebondenheid aan de schikking, blijkt uit het vervolg van de uitspraak. Daarin oordeelt de rechtbank namelijk dat de claim, op basis waarvan Zürich de schikking had gesloten, niet onder de polis gedekt is. Volgens de rechtbank is onvoldoende gebleken dat sprake was van een fout in de zin van de polis: dit was door Aquaduct 57 onvoldoende concreet onderbouwd (een enkele verwijzing naar de producties voldeed niet). Dit zal voor Zurich een hard gelag zijn; zij had zich immers al aan een regeling gebonden en kon dus niet meer op haar betaling terugkomen. Als de rechtbank een volgplicht zou aannemen zouden bovendien ook HDI en Liberty, ondanks het feit dat er geen dekking was, aan deze regeling gebonden zijn. Dat blijkt echter niet het geval.

### 4. Commentaar

Kortom, het enkele feit dat op het handtekeningenblad de nogal vage begrippen ‘leidend’ en ‘volgend’ verzekeraar worden genoemd, maakt nog niet dat de volgverzekeraars steeds in alle opzichten een volgplicht hebben. In dit geval had de verzekerde, althans, haar makelaar, er in het kader van de totstandkoming van de polis (stilzwijgend) mee ingestemd dat de polis geen ‘to follow-clausule’ (meer) bevatte. Echter, ook als er niet over de aanwezigheid van een volgplicht is onderhandeld of gesproken, lijkt het er gezien de uitspraak van de rechtbank op dat niet snel tot een volgplicht gecon-

cludeerd kan worden, wanneer een dergelijke verplichting niet expliciet is vermeld.

Een 'volgend' verzekeraar zal – tenzij anders is bepaald – dus niet snel aan afspraken van de leidend verzekeraar zijn gebonden. Dat kan onder omstandigheden anders liggen als dat in de branche of op de beurs waar de polis is gesloten gebruikelijk is, maar dat zal dan wel concreet aangetoond moeten worden. Afgaand op de uitspraak van de rechtbank, lijkt een dergelijk gebruik voor de Nederlandse assurantiebeurs lastig aan te tonen. Maar dat zou anders kunnen zijn bij verzekeringspolissen gesloten in het buitenland, zoals op de Londense markt (waarop ook soms Nederlands recht van toepassing kan zijn).

Een volgplicht voor volgend verzekeraars hoeft niet per se beter te zijn dan geen volgplicht, en andersom. Vanuit het perspectief van een verzekerde, lijkt het in ieder geval van belang te weten of die volgplicht er wel of niet is en daar rekening mee te houden. Wel of geen volgplicht kan immers voor verzekerde ingrijpende consequenties hebben. Meer specifiek verdienen vanuit dat oogpunt de volgende punten aandacht:

- Bij coassurantie is het raadzaam om bij het sluiten van de verzekering met verzekeraars duidelijke – in de polis vast te leggen – afspraken te maken over hun onderlinge verhouding; wel of geen volgplicht.
- Een 'to follow-clausule' kan uitkomst bieden, mits verzekeraars bereid zijn die te accepteren.
- Of er nu wel of geen 'to follow-clausule' wordt afgesproken; voor een verzekerde is het raadzaam om te zorgen van deze – vaak door de beursmakelaar gemaakte – afspraken daadwerkelijk op de hoogte te zijn. Wees er daarbij bewust van dat een beursmakelaar namens een verzekerde optreedt en dat kennis van de beursmakelaar ook aan een verzekerde kan worden toegerekend (zodat men achteraf niet eenvoudig kan betogen dat men de afspraken hierover niet kende of niet begreep).
- Is er geen 'to follow-clausule' overeengekomen? Dan is het raadzaam hiermee rekening te houden bij de afhandeling van een claim (en meer specifiek: bij het treffen van een schikking).
- Mocht er geen 'to follow-clausule' zijn, maar de verzekerde wenst toch in een procedure een volgplicht af te dwingen, dan dient deze volgplicht concreet onderbouwd te worden met beursgebruiken en/of brancheopvattingen. Dit zou bijvoorbeeld kunnen spelen indien de polis (deels) in een buitenlandse verzekeringsmarkt is gesloten.