

Verzekeren tegen beroepsaansprakelijkheid

mr. A.M.C. van Leeuwen
Aon Professional Services te Amsterdam

Belangrijke aspecten van de diverse beroepsaansprakelijkheidsverzekeringen en dekkingsverschillen zijn het in- en uitlooprisico op een polis, de no-claimverklaring en de polisregeling bij in- en uittreding op een kantoor.

Beroepsaansprakelijkheidsverzekeringen zien op schade die voortvloeit uit een beroepsfout. De fout moet zijn begaan tijdens werkzaamheden die verzekerd zijn opgedragen in het kader van 'de verzekerde hoedanigheid', ofwel de werkzaamheden die behoren tot de normale praktijk van een Nederlandse advocaat. Vaak bevat de polis een niet-limitatieve opsomming van deze werkzaamheden.

Alleen wanneer een advocaat werkzaamheden verricht die niet 'des advocaats' zijn, zal hiervoor een aparte regeling in de polis noodzakelijk zijn. Maar wat voor de ene advocaat geldt als een 'normale' activiteit is voor een ander misschien uitzonderlijk. Het kantoor waar iemand werkzaam is of de aard van de praktijk die hij voert, kan hierin een rol spelen. Geruststellend is dat verzekeraars nauwelijks onenigheid kennen over deze vraag. In de afgelopen dertig jaar heeft dit in slechts twee schadekwesties tot discussies geleid. De eerste schade betrof een advocaat die op een veiling namens zijn cliënt een bod uitbracht op een schilderij.¹ In het tweede geval ging het om een advocaat die optrad als vereffenaar/bestuurder, waarover later meer.

Een voorbeeld van een activiteit die duidelijk (nog) niet behoort tot de normale advocatenpraktijk, en dus niet is verzekerd, is het registreren van een merkenrecht. De oplossing is een aantekening op de polis, uiteraard met instemming van verzekeraars.

BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID

Als een bepaalde activiteit is verzekerd, bijvoorbeeld het optreden als curator, zijn

*ik denk dat ik net voor ze me er uitgooien
even een gemeen verstopt beroepsfoutje ga
planten...*



daarmee dan ook activiteiten in de hoedanigheid van bestuurder verzekerd? Het bestuurdersaansprakelijkheidsrisico is immers een gangbare uitsluiting op een beroepsaansprakelijkheidsverzekering. Hoewel de polissen het niet met zoveel woorden vermelden, is een aanspraak tegen een curator pro se op

een beroepsaansprakelijkheidsverzekering in beginsel verzekerd, ook wanneer het een bestuurdersfout betreft. De achterliggende gedachte is dat door de nauwkeurige regelgeving in de Faillissementswet en door het toezicht van de R-C, het handelen van de curator met voldoende waarborgen is

omkleed. Daarom durven verzekeraars het aan om voor de hoedanigheid van curator een ‘volledige’ dekking te bieden.

Geldt dit dan naar analogie voor andere functies waarin de advocaat op grond van zijn specialistische vakkennis en kwaliteit kan worden benoemd, zoals een vereffenaar? Nee, zo bleek enige tijd geleden bij een gemelde schade door een vereffenaar die als bestuurder aansprakelijk was gesteld. De polisdekking ten behoeve van de vereffenaar vraagt dus wel om speciale aandacht: beroepsfouten van een vereffenaar zijn in de regel verzekerd, voor dekking voor bestuurdersfouten moet een aparte regeling in de polis worden opgenomen.

VERZEKERINGSGBIED

De ‘normale praktijk’ van een Nederlandse advocaat kan een internationale cliëntenkring bedienen, zodat aanspraken ook buiten Nederland kunnen worden ingesteld, al dan niet op grond van buitenlands recht. Hiermee zijn we bij het aspect ‘verzekeringsgebied’ aanbeland. Sommige beroepsaansprakelijkheidspolissen bieden uitsluitend dekking tegen aanspraken die zijn ingesteld binnen Nederland, binnen de Europese Unie of binnen Europa. De meeste polissen bieden dekking tegen aanspraken die waar ook ter wereld zijn ingesteld. Het risico van binnen de Verenigde Staten of Canada ingestelde aanspraken is echter vrijwel altijd uitgesloten. Redenen hiervan zijn de sterke claimcultuur in die landen, een ander rechtssysteem en een andere schadevergoedingsvorm (*punitive damages*). Meestal kan een en ander in clausulevorm worden geregeld, maar dit moet apart met verzekeraars worden over-eengekomen.

DEKKING IN TIJD

Een belangrijk aandachtspunt is de periode van dekking. Een kenmerk van aansprakelijkheid is immers dat de ‘ijkpunten’ op verschillende tijdstippen kunnen worden gelegd. Op enig moment wordt een fout begaan, de schade ontstaat al dan niet op een later tijdstip, de benadeelde dreigt met juridische stappen, stelt de verzekerde wellicht op een later moment daadwerkelijk aansprakelijk en uiteindelijk wordt de aanspraak bij

Beroepsfouten van een vereffenaar zijn in de regel verzekerd, maar voor bestuurdersfouten moet een aparte regeling worden getroffen

de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar gemeld. Deze momenten kunnen in een zeer kort tijdsbestek plaatsvinden, maar er kunnen ook jaren tussen liggen. Aan welk verzekeringsjaar moet de schade dan worden toegerekend, met andere woorden: welke polis moet dekking bieden?

Voor de aansprakelijkheidsverzekering zijn verschillende dekkingssystemen ontwikkeld: ‘act committed’ (bepalend voor dekking is het moment van begaan van de fout), ‘loss occurrence’ (bepalend is het moment van ontstaan van schade) en ‘claims made’ (moment van instellen van de aanspraak en melding bij verzekeraars). Alle (Nederlandse) beroepsaansprakelijkheidspolissen bieden tegenwoordig dekking op basis van het *claims made*-systeem: de aanspraken tegen de verzekerde moeten tijdens de looptijd van de

verzekering zijn/worden ingesteld en bij verzekeraars zijn/worden gemeld. Dus de polis die van kracht is wanneer bij de verzekeraar een aansprakelijkstelling wordt gemeld, moet in beginsel dekking bieden, ongeacht wanneer sprake is één van de andere ijkmomenten. Een ‘zuivere’ *claims made*-polis biedt dus wél dekking voor aanspraken voor fouten begaan vóór de ingangsdatum van de verzekering (inlooprisico)² en géén dekking voor aanspraken die bij verzekeraars worden gemeld na beëindiging van de verzekering (uitlooprisico).

Wanneer een beroepsaansprakelijkheidspolis jaarlijks doorloopt of wordt verlengd zonder wijziging in voorwaarden of verzekerde bedragen, of zonder oversluiting naar een andere verzekeraar, dan is er niets aan de

DOOR DE ORDE ONTWIKKELDE VERZEKERING

Sommige aspecten van de beroepsaansprakelijkheidsverzekering kunnen, bij onzorgvuldigheid of onachtzaamheid, leiden tot dekkingsproblemen. Bij de invoering van de verzekeringsverplichting (1991) heeft de Orde met behulp van Aon een polis ontwikkeld die deze mogelijke problemen ondervangt. Zo is bijvoorbeeld de auditor onder de ‘verzekerde hoedanigheid’ opgenomen. Andere kenmerken zijn:

- ▶ dekking voor de vereffenaar door de inmiddels opgenomen bepaling dat in het geval een vereffenaar door de rechter is benoemd, bestuurdersaansprakelijkheid niet wordt uitgesloten;
- ▶ mogelijkheid om het risico van aanspraken in de Verenigde Staten of Canada alsnog (beperkt) in te sluiten, onder de voorwaarde dat op de overeenkomst met opdrachtgevers Nederlands recht van toepassing is en dat een uit de overeenkomst voortvloeiend geschil wordt voorgelegd aan de Nederlandse rechter;
- ▶ ‘zuivere’ *claims made*-polis – om dekkingsoverlappingsen te voorkomen wordt altijd bezien of er nog uitloop onder een eventueel voorafgaande polis bestaat en zo ja, hoeveel;
- ▶ ruime regeling bij toe- en uittreding: ten behoeve van toetreders voor fouten begaan vanaf het moment van toetreding, inloop in beginsel zonder additionele premie mee te verzekeren, en ten behoeve van verzekerden die hun praktijk beëindigen, overlijden of uittreden voor fouten die begaan vóór de genoemde momenten; deze dekking blijft ook na beëindiging van de verzekering in stand.

Het risico van claims binnen de Verenigde Staten is meestal uitgesloten vanwege de claimcultuur en het andere rechtssysteem

hand. Gemelde aanspraken blijven onder die polis vallen. Problemen kunnen ontstaan op het moment dat een polis (gedeeltelijk) wordt overgesloten naar een andere verzekeraar of wordt beëindigd. Op dat moment houdt de dekking (voor de betreffende verzekeraar) immers op te bestaan. Gezien het eerder beschreven *claims made*-karakter van de beroepsaansprakelijkheidspolissen kunnen aanspraken dan dus niet meer (bij die verzekeraar) worden gemeld.³ Dekking moet dan vervolgens worden gezocht onder de nieuw afgesloten polis bij het (al dan niet gedeeltelijk) nieuwe panel van verzekeraars.

Deze nieuwe polis zal, wanneer het een zuivere *claims made*-polis betreft, gedurende de looptijd van de verzekering dekking bieden voor aanspraken die vanaf de ingangsdatum van de verzekering tegen verzekerden zijn ingesteld en bij verzekeraars worden gemeld, ook wanneer de fout is begaan vóór de ingangsdatum van de nieuwe polis. Reeds bekende aanspraken zijn op deze nieuwe polis niet gedekt! Datzelfde geldt vaak voor op de ingangsdatum reeds bekende fouten en omstandigheden. Vergelijk het met een brandend huis waar geen brandverzekering voor kan worden gesloten. Logisch, maar vaak over het hoofd gezien.

NO-CLAIMVERKLARING

Een belangrijk hulpmiddel bij het naadloos laten verlopen van een oversluiting of bij het afsluiten van een nieuwe verzekering

is de no-claimverklaring. Dit betreft een hulpmiddel, geen opgelegde formaliteit van verzekeraar. Een grondige no-claimprocedure waarborgt dat reeds bekende kwesties tijdig worden gemeld. De no-claimverklaring vraagt namelijk aan verzekerde, meestal de bestuurder van de maatschap of vennootschap, om vóór de ingangs- of oversluitdatum te verklaren dat, na navraag bij de partners of sectieleiders, voor zover niet anders wordt opgegeven, géén bekendheid bestaat met gemaakte fouten en/of omstandigheden die tot een aanspraak zouden kunnen leiden of met een aanspraak die nog niet is gemeld onder de lopende beroepsaansprakelijkheidsverzekering(en). Het verzekerde kantoor wordt op deze manier 'gedwongen' om actief te inventariseren of zich nog 'lijken in de kast' bevinden en deze te melden onder de dan lopende verzekering. De reeds aanwezige lijken kunnen na de over- of afsluiting immers vaak niet meer worden gemeld.⁴

FICTIEF MAAR NIET VREEMD

Een voorbeeld: van de (claims made) beroepsaansprakelijkheidspolis van kantoor A wordt per 1 januari 2006 een aandeel van 50% overgesloten van verzekeraar X naar Y, de overige 50% loopt ongewijzigd door bij verzekeraar Z. Een advocaat van kantoor A heeft in augustus 2005 zelf in een dossier een beroepsfout ontdekt, waarvan cliënt waarschijnlijk nog geen weet heeft. Een andere advocaat van het kantoor is in sep-

tember 2005 door een cliënt aansprakelijk gesteld voor een vermeende beroepsfout, een derde advocaat ten slotte krijgt vanaf januari 2005 bedreigingen aan zijn adres geuit afkomstig van een zeer ontevreden cliënt die zegt 'het er niet bij te laten zitten'. In december 2005 heeft de bestuurder van kantoor A een 'schone' no-claimverklaring afgegeven, met andere woorden: noch hij, noch één van de partners of sectieleiders heeft kennis van een bekende fout, omstandigheid of ingestelde aanspraak. Wees gerust, kantoor A is een fictief kantoor, maar deze geschetste lijn van gebeurtenissen is de assurantieschaakpraktijk niet vreemd.

Wat gebeurt er na 1 januari 2006, wanneer 50% van de verzekering is overgenomen door een nieuwe verzekeraar en kantoor A vervolgens met de ontdekte fout, de ingestelde aanspraak en de reeks van bedreigingen op de proppen komt? Verzekeraar Z zal de kwesties voor zijn aandeel van 50% als aanspraak en omstandigheden in beginsel in dekking nemen; voor hem is de verzekeringstermijn immers gewoon doorgelopen. Verzekeraar Y zal echter het volgende stellen: de polis biedt dekking voor aanspraken die gedurende de verzekeringstermijn tegen verzekerde zijn ingesteld en bij verzekeraar zijn gemeld (claims made). De aanspraak die al was ingesteld in september 2005 valt dus niet onder de dekking. Ook verzekeraar X zal dekking voor de reeds ingediende aanspraak afwijzen. Een claims made-polis geeft immers geen dekking na het einde van de verzekering. De ingestelde aanspraak heeft dus maar voor 50% dekking.

Of de fout en de bedreigingen uiteindelijk door verzekeraar Y in dekking worden genomen zal afhangen van de omstandigheden van het geval. De polis dient in elk geval geen uitsluiting van bekende omstandigheden te bevatten, maar discussie zal er

1 Polisdekking werd uiteindelijk niet op grond van het niet-vallen binnen de verzekerde hoedanigheid, maar op andere grond, ontzegd.
2 Toch is een aantal verzekeraars ertoe overgegaan in een claims made-polis eveneens als voorwaarde te stellen dat de fouten moeten zijn begaan tijdens de verzekeringsduur. Er bestaat ook nog een tussenvorm op basis waarvan het inlooperisico

voor bijvoorbeeld twee jaar is meeverzekerd.
3 Sommige polisvoorwaarden kennen een zogenaamde nameldingstermijn zodat na het einde van de verzekering bekende omstandigheden en tegen verzekerde ingestelde aanspraken nog gedurende een in de polis genoemde periode bij verzekeraars kunnen worden gemeld.
4 Zie de vorige noot voor een uitzondering.

5 Ook op grond van de algemene polisvoorwaarden bestaat de polisverplichting om bij een aansprakelijkstelling of bij bekend raken met omstandigheden, zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk is schriftelijk mededeling te doen aan verzekeraars.

De no-claimverklaring dwingt het kantoor actief te inventariseren of er 'lijken in de kast' zijn

veelal zijn. Dit alles had voorkomen kunnen worden wanneer aan het afgeven van de no-claimverklaring daadwerkelijk een grondige no-claimprocedure was voorafgegaan: de 'lijken' waren dan immers uit de kast gehaald en hadden vóór de oversluitdatum bij verzekeraars X en Z kunnen worden gemeld.

Daarom bij dezen de belangrijke boodschap om de interne organisatie zo in te richten dat aansprakelijkstellingen, fouten en omstandigheden zo spoedig mogelijk kenbaar worden gemaakt, en in overleg met de assurantiemakelaar eventueel bij verzekeraars worden gemeld. Daar is de verzekering immers voor. In dit geval leidt uitstel immers bijna altijd tot afstel, dus tot problemen die door tijdige melding eenvoudig voorkomen hadden kunnen worden.⁵

TOE- EN UITTREDDING

De hiervoor beschreven 'dekking in tijd' is eveneens van belang voor situaties waarin advocaten tot een kantoor toetreden, naar een ander kantoor overstappen, met pensioen gaan of overlijden (de inactieven).

Voor toetreding kennen alle polissen de regeling dat dekking wordt geboden voor de tijdens de looptijd van de verzekering nieuw tot het kantoor van verzekeringnemer toetreden advocaten, dit uitsluitend voor fouten begaan vanaf de datum van toetreding. Het inlooprisico is dus niet standaard meeverzekerd. Eigenlijk is dat ook heel logisch; verzekering van fouten uit het verleden van de toetreders zou de polis van het kantoor immers kunnen vervuilen, terwijl de omzet die uit de werkzaamheden is gegenereerd door het nieuwe kantoor nooit is genoten. Van belang in dezen is dus de vraag of en in hoeverre de polis van het vorige kantoor dekking biedt voor fouten begaan vóór het moment van uittreden, terwijl de aanspraak ná dat moment wordt ingesteld (uitlooprisico inactieven). Voorziet de voorafgaande

polis hierin, dan biedt de standaardregeling voor toetreders voldoende dekking. Geeft de voorafgaande polis die uitloopdekking echter niet, dan zal bij het nieuwe kantoor inloop apart moeten worden verzekerd, wellicht tegen een additionele premie.

Hoe is de uitloop voor inactieven in de meeste polissen geregeld? Het is lastig om daar een rode draad in te vinden, aangezien de regelingen nogal uiteenlopen: uitloop voor een periode van twee of vijf jaar, uitloop tot het moment dat de verzekering wordt beëindigd, volledige uitloop tenzij de verzekerde een andere polis heeft gesloten (waarin inloop voor toetreders hoogstwaarschijnlijk

niet is meeverzekerd). Het is dus verstandig om bij de overstap naar een ander kantoor de assurantiemakelaar beide polisvoorwaarden te laten checken.

ZEKERHEID EN WAAKZAAMHEID

Concluderend kan worden gesteld dat met het afsluiten van een beroepsaansprakelijkheidsverzekering in beginsel de nodige zekerheid wordt verkregen. Waakzaamheid blijft echter geboden op het moment dat wijzigingen plaatsvinden. Omdat de polissen onderling nogal verschillen, is gedegen onderzoek en advies door een vakbekwame makelaar onontbeerlijk. ●

