

# De werking van volgbepalingen bij horizontale en verticale co-assurantie

Mr. drs. J.I. Roos, datum 23-05-2017

**Datum**

23-05-2017

**Auteur**

Mr. drs. J.I. Roos<sup>[1]</sup>

**Folio weergave**

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

**Vakgebied(en)**

Verbintenissenrecht / Schadevergoeding

Verzekeringsrecht (V)

Verbintenissenrecht / Aansprakelijkheid

Verbintenissenrecht (V)

In dit artikel worden de 'to follow-clausule' en de 'follow form-clausule' besproken, zoals die voorkomen bij verzekeringsovereenkomsten die zijn gesloten door middel van co-assurantie. Deze volgbepalingen zijn van belang voor de co-assurantiemarkt en kunnen grote gevolgen hebben voor zowel verzekeraars als verzekeringnemers. In deze bijdrage wordt onder andere uiteengezet op welke grond de volgende verzekeraars aan de volgbepalingen zijn gebonden en welke werking de bepalingen hebben, bij zowel horizontale als bij verticale co-assurantie.

## 1. Inleiding

Grote risico's worden vaak verzekerd door middel van co-assurantie. Dit kan gebeuren op horizontale of verticale wijze. In het kort is er sprake van horizontale co-assurantie wanneer het risico wordt gespreid over een aantal verzekeraars, die ieder een deel van het risico accepteren. Van verticale co-assurantie is sprake wanneer het risico wordt gespreid over boven elkaar geplaatste lagen ('layers') van verzekeringsovereenkomsten (ook wel een verzekeringstoren genoemd). De onderste laag is dan de primaire polis ('primary') en daarboven zijn excess verzekeringen ('excess layers') gestapeld. Een combinatie van beide vormen is ook mogelijk. Een verzekeringnemer wil dat de verschillende lagen van verzekeringen op elkaar aansluiten. Dit kan worden gerealiseerd door een 'follow form'-clausule in de excess verzekeringen op te nemen, zodat de voorwaarden van onderliggende polissen van toepassing worden op de excess verzekering. Ook bij horizontale co-assurantie is het van belang dat verzekeraars geen afwijkende dekkingstandpunten innemen. Dat kan worden bewerkstelligd door een 'to follow'-clausule in de verzekeringsovereenkomst op te nemen. Bovendien zal een verzekeringnemer, vertegenwoordigd door zijn beursmakelaar<sup>[2]</sup>, dan kunnen volstaan met onderhandelingen met één verzekeraar, in plaats van alle verzekeraars afzonderlijk.<sup>[3]</sup> Deze ene verzekeraar fungeert dan als spreekbuis namens verzekeraars en neemt tevens beslissingen over schade-uitkeringen.

Opvallend is dat beide clausules zelden het onderwerp zijn van gerechtelijke uitspraken in Nederland. De clausules roepen namelijk een aantal (juridische) vragen op. Hoe dient een to follow-clausule bijvoorbeeld juridisch gekwalificeerd te worden? Op welke grond zijn verzekeraars aan deze clausule gebonden? Wat zijn de gevolgen van onenigheid tussen verzekeraars onderling? Hoe ver strekt de werking van een follow form-clausule bij verticale co-assurantie? Op deze vragen zijn in de Nederlandse jurisprudentie nauwelijks antwoorden te vinden.

Een verzekeringsovereenkomst kan overigens ook worden gesloten zonder volgbepalingen. Men kan zich afvragen of er in dat geval een leidende verzekeraar is en, zo ja, of er een volgplicht bestaat voor de volgende verzekeraars? Deze vragen kwamen aan de orde in een (zeldzame) uitspraak over (de afwezigheid van) de to follow-clausule in een verzekeringsovereenkomst.<sup>[4]</sup>

## 2. Een volgplicht zonder to follow-clausule?

In het geval er geen to follow-clausule is opgenomen in een polis zijn de volgende verzekeraars in beginsel vrij om zelf te beoordelen of zij dekking verlenen onder de polis. Zij zijn dan niet gebonden aan de beslissingen van de leidende verzekeraar.<sup>[5]</sup> Maar heeft dat nog steeds te gelden wanneer er op het handtekeningblad van een polis wordt gesproken van 'leidende' en 'volgende' verzekeraars? De Rechtbank Rotterdam beantwoordde deze vraag bevestigend in haar

## 2.1 Rechtbank Rotterdam 13 juli 2016 (ECLI:NL:RBROT:2016:5431)

In deze zaak ging het om een aanspraak door (een rechtsopvolger van) de verzekerde op een beroepsaansprakelijkheidsverzekering. Het handtekeningblad van de verzekering vermeldde de verdeling van het risico over de participerende verzekeraars, waarbij Zurich (40%) als 'leidend' stond aangegeven en HDI (40%) en Liberty (20%) 'volgend' waren. In de polis was echter geen to follow-clausule opgenomen. Zurich en verzekerde troffen een schikking, waarbij Zurich aangaf dat zij bereid was 'al hetgeen te doen wat redelijkerwijs van haar kan worden verwacht om volgverzekeraars in deze regeling te laten participeren'. HDI en Liberty weigerden echter uitkering onder de polis. Verzekerde vorderde vervolgens uitkering van HDI en Liberty en stelde daartoe 'dat er een volgplicht bestaat op grond van het handtekeningblad en uit art. 4.3 van de Regeling Schadeproces Co-assurantie (SPC) van de VNAB – en in die zin wel degelijk een to follow-clausule geldt – ook al is er geen sprake van een uitdrukkelijke schriftelijke clausule'. De volgende verzekeraars hebben dit betwist en betoogden onder meer dat de vermelding 'leidend' en 'volgend' op het handtekeningblad slechts een beperkte betekenis heeft, namelijk dat de leidende verzekeraars het grootste aandeel in het risico nemen en tegenover de makelaar als spreekbuis namens de andere verzekeraars optreedt. Verder stelden zij dat de leidende verzekeraar geen volmacht had om namens de volgers een bindende beslissing te nemen over schadeuitkeringen nu er geen to follow-clausule in de verzekeringsovereenkomst was opgenomen. Tot slot beriepen de volgende verzekeraars zich erop dat in voorgaande polissen wel een to follow-clausule was opgenomen, maar dat deze in de onderhavige polis bewust verwijderd was en dat daarover overleg is gevoerd met de makelaar.

Volgens de rechtbank betrof het geschil de uitleg van de (verzekerings)overeenkomst; meer specifiek de uitleg van 'een polis die op basis van door de beursmakelaar samengestelde voorwaarden op de beurs is aangeboden en afgesloten'. De rechtbank overwoog dat 'voor zover over een beurspolis niet is onderhandeld door partijen, de uitleg met name afhankelijk is van objectieve factoren, zoals de bewoordingen, gelezen in het licht van de (polis)voorwaarden als geheel (aldus aansluitend bij de zogenoemde CAO-norm). In dat kader kan ook betekenis toekomen aan branche-opvattingen en/of beursgebruiken'. Echter, 'voor zover wel is onderhandeld tussen partijen wordt vooral belang gehecht aan de bedoelingen van partijen en hetgeen zij over en weer van elkaar mochten verwachten (de zogenoemde Haviltex-norm)'. Vervolgens oordeelde de rechtbank dat de woorden 'leidend' bij Zurich en 'volgend' bij HDI en Liberty, zonder dat er een to follow-clausule in de polis is opgenomen, op zichzelf te onbepaald zijn om een volgvplichting ten aanzien van een schaderegeling voor HDI en Liberty in het leven te roepen. De rechtbank overwoog hierbij dat instemming van HDI en Liberty met een zodanige verplichting vergaande juridische en financiële gevolgen kan hebben, zodat zij niet uitsluitend op deze aanduidingen kan worden gebaseerd. Overigens merkte de rechtbank op dat dit niet betekent dat deze aanduidingen zinledig zijn. Immers, zij zien (ten minste) op de voorttrekkersrol van de leidende verzekeraar als het gaat om schadeafhandeling.

Verder achtte de rechtbank het niet ondenkbaar dat wegens branche-opvattingen en/of beursgebruiken een verdergaande betekenis aan het woord 'volgend' toegekend zou moeten worden, maar daarover is door de verzekerde niets concreets aangevoerd.

Art. 4.3 van de SPC bood de verzekerde overigens geen steun omdat die bepaling gaat over een machtiging namens de volgende verzekeraars, maar van een dergelijke machtiging is in de polis geen sprake. De enkele bewoordingen 'leidend' en 'volgend' werden hiervoor door de rechtbank onvoldoende geacht.

Bovendien achtte de rechtbank het van belang dat er door partijen was onderhandeld over het al dan niet opnemen van een volgplicht in de polis. De makelaar had namens verzekerde ingestemd met het niet opnemen van een to follow-clausule. Deze instemming moet volgens de rechtbank worden beschouwd als instemming van de verzekerde, zodat dit in rechte betekent dat partijen hebben afgesproken dat er geen to follow-clausule zou gelden. Dit zou volgens de rechtbank ook opgaan in de hypothetische situatie waarin 'de enkele bewoordingen 'leidend' en 'volgend' volgens een objectieve uitleg de woorden tot een volgplicht zouden leiden'. [\[7\]](#)

Uit bovenstaande concludeerde de rechtbank tot slot dat er geen sprake was van een volgplicht voor HDI en Liberty, zodat zij niet waren gehouden aan de vaststellingsovereenkomst tussen Zurich en verzekerde.

## 2.2 Geen volgplicht zonder to follow-clausule

Wanneer er geen to follow-clausule in de overeenkomst is opgenomen, zal er dus in beginsel geen sprake zijn van een volgplicht. Het feit dat er in de polis werd gesproken van 'leidend' en 'volgend' doet daaraan *in dit geval* niets af. De uitspraak is echter zeer casuïstisch van aard. [\[8\]](#) Het is daarom voorstelbaar dat het oordeel van de rechter anders zou zijn geweest wanneer er niet uitdrukkelijk was onderhandeld over het al dan niet opnemen van een to follow-clausule in de polis. Uit deze uitspraak kan worden afgeleid dat de afwezigheid van een to follow-clausule verstrekkende gevolgen hebben, met name voor de verzekeringnemer. Deze dient zich te beseffen dat hij (althans zijn beursmakelaar voor hem) dan met iedere verzekeraar apart zal moeten communiceren en onderhandelen en met name dat verzekeraars zelf het recht hebben om te besluiten of zij dekking onder de polis verlenen.

Om dit te voorkomen wordt in de praktijk vaak een to follow-clausule in de verzekeringsovereenkomst opgenomen. Op basis

daarvan zal er een volgplicht voor volgende verzekeraars jegens de verzekeringnemer bestaan.

### 3. De volgbepaling bij horizontale co-assurantie

Bij horizontale co-assurantie wordt vaak gebruikgemaakt van een 'to follow-clausule'.<sup>[9]</sup> Het doel van deze volgbepaling is om een uniforme afhandeling van de verzekering te bewerkstelligen.<sup>[10]</sup> Door middel van een to follow-clausule verklaren volgende verzekeraars dat zij de leidende verzekeraar(s) zullen volgen in zijn beslissingen.<sup>[11]</sup> De leidende verzekeraar zal als spreekbuis optreden namens verzekeraars.<sup>[12]</sup> De makelaar kan dan volstaan met onderhandelingen met de leidende verzekeraar.<sup>[13]</sup> Op deze manier wordt er gezorgd voor een uniforme uitvoering en afhandeling van de verzekering. Zo wordt voorkomen dat ieder van de verzekeraars afzonderlijk een beslissing neemt (bijv. over de vraag of er dekking onder de polis bestaat en of er aldus uitgekeerd dient te worden). Dat zou immers het risico met zich meebrengen dat er hiaten in de dekking ontstaan. Door een volgbepaling op te nemen in de verzekeringsovereenkomst wordt dit risico beperkt.<sup>[14]</sup> Ook voor de verzekeraars biedt een to follow-clausule voordelen. Het scheelt een verzekeraar tijd en kosten wanneer hij slechts voor een aandeel in het gehele risico heeft getekend en de leider kan volgen. Een volgende verzekeraar maakt daarbij gebruik van de kennis en expertise van de leidende verzekeraar. De volgende verzekeraar kan daardoor optimaal gebruikmaken van zijn tekencapaciteit, zelfs met weinig ervaring of mankracht. De capaciteit van de volgende verzekeraars wordt op die manier uitgebreid.

Ondanks de voordelen die een to follow-clausule kan bieden aan verzekeringnemers en verzekeraars moet wel worden bedacht dat het lot van de verzekeringnemer volledig in handen van de leidende verzekeraar ligt. Wanneer een verzekeringnemer het niet eens is met een beslissing van een leidende verzekeraar, heeft deze geen rechten jegens de volgende verzekeraars indien zij de beslissing van de leider volgen. Volgende verzekeraars moeten de beslissingen van de leidende verzekeraar volgen, zelfs als zij het met deze beslissingen niet eens zijn.<sup>[15]</sup> Dit kan lastige situaties opleveren, met name wanneer de belangen van verzekeraars uiteenlopen. Het is daarom van belang om te weten op welke grond de volgende verzekeraars aan de beslissingen van de leider zijn gebonden.

### 4. Gebondenheid aan de to follow-clausule

Het is niet zonder meer duidelijk op welke grond verzekeraars gebonden zijn aan de to follow-clausule. Zo wordt wel verondersteld dat er sprake is van een verlening van volmacht van de volgende verzekeraar(s) aan de leidende verzekeraar(s), maar wordt ook wel gesproken van een contractuele gebondenheid van de volgende verzekeraars jegens de verzekeringnemer. In de rechtspraak is hierover nog geen concrete uitspraak gedaan. Beide opties worden daarom hieronder besproken.

#### 4.1 Volmacht?

Van Huizen stelt dat wanneer de to follow-clausule onderdeel uitmaakt van de polis, waarvan zowel volgers als de leidende verzekeraar ondertekenaars zijn, er sprake is van een volmacht.<sup>[16]</sup> De to follow-clausule is volgens Van Huizen niet slechts een mededeling van de volgende verzekeraar aan de verzekeringnemer. Doordat de leidende verzekeraars de polis hebben medeondertekend, is duidelijk dat zij de inhoud van de clausule onderschrijven en van hun positie als gevolmachtigde kennis dragen en zich als zodanig willen opwerpen, aldus Van Huizen. Verder stelt hij dat de to follow-clausule een externe betrekking tussen volgende verzekeraars en de verzekeringnemer doet ontstaan, maar ook een interne volmachtverlening van de volgende verzekeraars aan de leidende verzekeraar.<sup>[17]</sup> Van Huizen gaat er dus vanuit dat het enkele ondertekenen van een verzekeringsovereenkomst met een to follow-clausule, niet slechts een contractuele relatie met de verzekeringnemer tot stand brengt, maar dat daaruit tevens een volmachtverlening van de volgende verzekeraars aan de leider volgt.

Om te bepalen of er een volmacht is verleend en, zo ja, wat de inhoud daarvan is, zijn de artikelen 3:33 BW en 3:35 BW (de wilsvertrouwensleer) van belang. Bepalend is volgens de Hoge Raad wat de volmachtgever en de gevolmachtigde over en weer hebben verklaard en over en weer uit elkaars gedragingen en verklaringen hebben mogen begrijpen. Daarbij is in het bijzonder van belang de verklaring of gedraging waarbij de volmacht is verleend.<sup>[18]</sup> Of er sprake is van een volmacht is dus afhankelijk van wat de volmachtgever en de gevolmachtigde in hun onderlinge relatie hebben verklaard en begrepen en welke gedraging of verklaring daaraan ten grondslag heeft gelegen. Het komt daarom aan op de vraag of de volgende verzekeraar, door de verzekeringsovereenkomst met de verzekeringnemer (met daarin een to follow-clausule), heeft bedoeld een volmacht te verlenen aan de leidende verzekeraar, en of de leidende verzekeraar dit aldus mocht opvatten.

Het enkel ondertekenen van de polis met de door de verzekeraar, is geen verklaring of gedraging van een volger jegens de leidende verzekeraar. Dit is immers de overeenkomst die wordt gesloten tussen de verzekeraar en de verzekeringnemer. De leidende en volgende verzekeraar hebben geen onderlinge relatie, zij contracteren ieder voor zich met de verzekeringnemer, niet met elkaar. Er ontstaat geen zelfstandige overeenkomst tussen de (leidende en volgende)

verzekeraars onderling. Dit wordt niet anders door het feit dat zij met elkaar een risico dekken en dit al dan niet samen op één polis doen.<sup>[19]</sup>

Hieruit mag dan ook niet tevens een onderlinge relatie en een verlening van volmacht worden begrepen.

## 4.2 Privatieve werking van de volmacht

Misschien nog wel belangrijker is dat een to follow-clausule een heel ander effect beoogt dan een volmacht. De volmacht is een middel om iemand anders, de gevolmachtigde, de bevoegdheid te verlenen om in naam van de volmachtverlener rechtshandelingen uit te oefenen. Hierbij is een belangrijk kenmerk van de volmacht dat zij geen privatieve werking heeft. Dit betekent dat een volmachtgever zelf bevoegd blijft om de rechtshandelingen te verrichten waarvoor hij een volmacht heeft verleend. De volmachtgever blijft dus zelf, naast de gevolmachtigde, bevoegd. Met andere woorden: door middel van de volmacht breidt de volmachtgever zijn beschikkingsmacht uit.<sup>[20]</sup>

Dit staat mijns inziens haaks op wat partijen beogen wanneer zij instemmen met een to follow-clausule. Door toepassing van een to follow-clausule wordt immers de handelingsbevoegdheid van de volgende verzekeraar juist beperkt, in het kader van een efficiënte uitvoering van de verzekering. Dit volgt ook uit een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam waarin werd geoordeeld dat een volgende verzekeraar door ondertekening van de polis haar zelfstandige positie opgeeft en aldus geen beslissingen kan nemen die op grond van de to follow-clausule slechts door de leidende verzekeraars kunnen worden genomen:

“Uit de ruime formulering van de to follow-clause, meer in het bijzonder de duidelijke en ondubbelzinnige bewoordingen “..terwijl deze zich ook in alle andere opzichten bij eerstgenoemde ondertekenaars zullen aansluiten”, volgt dat *[de volgende verzekeraar] haar zelfstandige positie jegens [verzekeringnemer] heeft prijsgegeven bij ondertekening van de polis*. Zij dient – in beginsel in alle opzichten – de leaders te volgen.”<sup>[21]</sup> [toevoegingen en cursivering, *JIR*].

Uit deze overweging volgt dat de volgende verzekeraar ‘zijn pen uit handen geeft’ en, voor zover de to follow-clausule dat bepaalt, de leider dient te volgen in de beslissingen die deze neemt. Een volgende verzekeraar kan deze beslissingen dan zelf niet meer nemen omdat hij bij ondertekening van de polis als het ware zijn recht opgeeft om deze beslissingen te nemen.

Kortom, door in te stemmen met een to follow-clausule beperkt de volgende verzekeraar zijn eigen beslissingsbevoegdheid. Deze wordt niet uitgebreid, zoals juist kenmerkend is voor een volmacht. De to follow-clausule zou haar waarde verliezen als de volgende verzekeraar bevoegd zou blijven om zelf deze beslissingen te nemen. Het lijkt mij daarom onjuist om de gebondenheid van de volgende verzekeraar te zoeken in een volmachtconstructie.<sup>[22]</sup>

## 4.3 Contractuele gebondenheid jegens verzekeringnemer

De gebondenheid van de volgende verzekeraar aan de to follow-clausule dient te worden gezocht in het contract met de verzekeringnemer. De volgende verzekeraars verklaren jegens de verzekeringnemer dat zij de beslissingen van de leidende verzekeraar zullen volgen. Zo volgt ook uit een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam, waarin de rechter als volgt overwoog:

“*De volgclausule beoogt slechts tegenover verzekerden een gebondenheid van de volgende verzekeraar te vestigen* (waaruit ook een gebondenheid tegenover co-verzekeraars kan worden afgeleid). Tegenover anderen heeft gedaagde zich dus in beginsel niet gebonden.”<sup>[23]</sup> [cursivering, *JIR*]

In deze uitspraak bepaalde de Rechtbank Rotterdam dat een to follow-clausule slechts een gebondenheid van de volgende verzekeraar tegenover de verzekerde(n) inhoudt.<sup>[24]</sup> De gebondenheid vloeit daarmee voort uit het contract dat iedere afzonderlijke verzekeraar heeft met een verzekeringnemer. Een dergelijke lezing blijkt ook uit recente Engelse jurisprudentie:

“Effect can be given to the [to follow] clause by construing it as an agreement between [the following insurer] and the Assured to follow a settlement by [leading insurers]. Giving effect to the clause in that way is consistent, in my judgement, with the simple language of the clause. Introducing the concept of agency when there is no agreement between [the following insurer] and [the leading insurers] unnecessarily complicates the operation of the clause.”<sup>[25]</sup>

De verzekeringnemer kan aldus, indien nodig, de volgende verzekeraar aanspreken op grond van het contract tussen hen beide. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer een volgende verzekeraar zou weigeren om de leidende verzekeraar te volgen bij een uitkering.

## 4.4 Onderlinge verhouding tussen verzekeraars bij de to follow-clausule

Mogelijk zijn verzekeraars het *onderling* niet met elkaar eens. Zo kunnen volgende verzekeraars het oneens zijn met een uitkeringsbeslissing van een leider. Zij zijn dan toch jegens de verzekeringnemer gebonden om de leider te volgen. Een dergelijk geschil speelt tussen verzekeraars en zij zullen onderling tot een oplossing moeten komen. Daarbij wordt de verhouding tussen de verzekeraars beheerst door de eisen van redelijkheid en billijkheid. Dat betekent dat de leidende

verzekeraar bij zijn handelen een grote mate van vrijheid heeft. Slechts wanneer zijn handelingen en/of beslissingen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar worden geacht, kan van aansprakelijkheid van de leider jegens de volgers sprake zijn.<sup>[26]</sup> Leidende verzekeraars doen er daarom verstandig aan om bij belangrijke beslissingen over de uitkering te overleggen met volgende verzekeraars.

## 5. Volgverplichtingen bij verticale co-assurantie

Ook bij verticale co-assurantie, waarbij het risico verticaal gespreid is door verschillende verzekeringsovereenkomsten die in layers boven elkaar zijn geplaatst, kan er sprake zijn van een volgverplichting voor verzekeraars. Om hiaten in de dekking te voorkomen en consistentie tussen de verschillende boven elkaar geplaatste verzekeringen te bereiken, nemen de excess verzekeringen vaak de polisvoorwaarden van de onderliggende polis over.<sup>[27]</sup> Deze praktijk wordt ook wel 'follow form' genoemd. Een follow form-clausule verbindt de excess polissen aan de voorwaarden van de onderliggende of primaire polis (ook wel 'primary' genoemd). Zo werken de voorwaarden van deze polis door in de hogere verzekeringslagen van een verzekeringstoren. De polisvoorwaarden van een excess verzekering met een follow form-clausule zijn om die reden vaak veel minder uitgebreid dan de voorwaarden van de onderliggende polis.

## 6. Gebondenheid aan de follow form-clausule

Op de vraag in hoeverre een excess verzekeraar door middel van een follow form-clausule aan de onderliggende polis en beslissingen van de primaire verzekeraar is gebonden, kan geen algemeen antwoord worden gegeven. Excess verzekeringen kunnen bijvoorbeeld uitsluitingen bevatten waarmee een excess verzekeraar van bepaalde voorwaarden uit de onderliggende polis kan afwijken. Ook kan de excess verzekeraar aangeven wel dezelfde polisvoorwaarden toe te passen als in de onderliggende polis, maar zich niet gebonden te achten aan schikkingen die zijn overeengekomen door de primaire verzekeraar. In de Nederlandse rechtspraak zijn hierover geen procedures te vinden, maar een dergelijke situatie deed zich voor in de Amerikaanse zaak *Allmerica Financial Corp./Certain Underwriters at Lloyd's, London*.<sup>[28]</sup> In deze zaak was er sprake van een 'class action' tegen levensverzekeraar Allmerica. Allmerica verzocht daarom dekking onder haar aansprakelijkheidspolis. De primaire polis had een limiet van \$ 20 miljoen (bovenop een eigen risico van \$ 2,5 miljoen). Allmerica had bovendien een excess verzekering, uitgegeven door Lloyd's met een limiet van \$ 10 miljoen. Deze excess verzekering bevatte een follow form-clausule, die als volgt luidde:

"[this] Policy is subject to the same conditions, limitations and other terms ... as are contained in or may be added to the Policy(ies) of the Primary Insurer(s)."

Uiteindelijk werd er door Allmerica geschikt voor een bedrag van \$ 39,4 miljoen. De primaire verzekeraar was betrokken bij het bereiken van de schikking en was bereid om een uitkering te doen tot het limiet van de polis en deed aldus een uitkering van \$ 20 miljoen. Ook de Lloyd's verzekeraars waren door Allmerica op de hoogte gesteld van de poging om tot een schikking te komen. De Lloyd's verzekeraars waren niet, zoals de primaire verzekeraar, betrokken bij het bereiken van de schikking maar werd door Allmerica wel op de hoogte gehouden. Toen de schikking bereikt was, weigerden de Lloyd's verzekeraars echter uitkering. Zij deden dat op basis van de uitsluitingen in de excess polis. Allmerica betrok de Lloyd's verzekeraars in rechte en vorderde uitkering. Allmerica had gesteld dat de Lloyd's verzekeraars, door middel van de follow form-clausule, niet alleen de woorden en de taal van de primaire verzekeraar hadden overgenomen om de dekking en de uitsluitingen te omschrijven, maar ook "the intent of the parties to the primary policy". Allmerica was aldus van mening dat de Lloyd's verzekeraars zowel waren gebonden aan de interpretatie van de polis door de primaire verzekeraar, als aan de beslissingen over dekking en het bereiken van een schikking door de primaire verzekeraar. De rechter oordeelde dat de excess verzekeraar niet was gebonden aan de beslissing van de primaire verzekeraar om te schikken. De uitspraak van de rechtbank werd bevestigd door het Supreme Judicial Court of Massachusetts:

"An excess carrier's intent to incorporate the same words used in a separate agreement between the primary insurer and the insured does not imply an intent by the excess carrier to accept decisions made by the primary carrier about the extent of its obligations under its own agreement. By adopting the form of words used by [the primary insurer, JIR], the underwriters did not also cede to it the right to make decisions about the underwriters' obligation to perform in various circumstances. To conclude otherwise would undermine the distinct and separate nature of each insurer's contract with Allmerica."<sup>[29]</sup>

Geconcludeerd dient te worden dat een follow form-clausule die slechts de onderliggende polisvoorwaarden van toepassing verklaart op de excess polis, niet tevens beoogt de excess verzekeraar te binden aan de beslissingen van de primaire verzekeraar met betrekking tot de dekking, uitkering of een schikking. Excess verzekeraars willen tot op zekere hoogte zelf kunnen beslissen over uitkeringen. Een reden hiervoor is dat de belangen van primaire en excess verzekeraars vaak uiteenlopen.<sup>[30]</sup> De rechter overwoog dat dit slechts anders is indien de excess verzekeraar zich contractueel verbonden heeft om naast de onderliggende voorwaarden ook de schaderegelingsbeslissingen van de

leidende verzekeraar te volgen:

“In sum, absent an explicit contractual commitment to do so, an insurer is not bound by the settlement another insurer makes for the same claim, even if the language of the nonsettling policy follows the form of the settling policy. The underwriters were entitled to make a determination concerning the merits of the [...] class action settlement and coverage under its policy independent of that made by [the primary insurer, *JIR*].”<sup>[31]</sup>

Een dergelijk voorbeeld van een follow form-clausule waarbij excess verzekeraars wel gebonden waren aan de schaderegelingsbeslissingen van de primaire verzekeraar, is in de Nederlandse rechtspraak te vinden in een uitspraak van Rechtbank Rotterdam van 9 september 1983.<sup>[32]</sup> In deze zaak hadden de excess verzekeraars verklaard dat zij de voorwaarden uit de primaire polis zouden volgen en zich tevens gebonden achtten aan de schaderegelingsbeslissingen, zoals die door de leider van de primary waren genomen. Dit volgde uit de follow form-clausule die in de betreffende verzekeringsovereenkomst was opgenomen. Deze luidde als volgt:

“Where this policy is deemed to be excess it shall be subject to all terms, clauses and conditions as per underlying policies and to follow in all respects payments and/or settlements of same but to pay costs in addition.”<sup>[33]</sup>

De Rechtbank Rotterdam oordeelde dat de excessverzekeraars op basis van deze specifieke follow form-clause gebonden waren aan de maatregelen en betalingen zoals die door de leidende verzekeraar waren genomen in het kader van de schaderegeling:

“Nu terzake van de onderhavige schade de P&I-polis excess-dekking biedt, is de clausule van toepassing als hiervoor vermeld onder 2.5(a). Daarmee zijn P&I-assuradeuren i.c. onderworpen aan de bepalingen van de casco-polis. P&I-assuradeuren zijn derhalve (evenals de casco-assuradeuren) gebonden aan de door [de leidende verzekeraar] genomen maatregelen en gedane betalingen.

Ingevolge het vorenstaande zijn P. & I.-assuradeuren [...] niet alleen gebonden aan het contract van 20 april 1982 [de verzekeringsovereenkomst, *JIR*] maar ook aan de schaderegeling als door [de leidende verzekeraar, *JIR*] vastgesteld.”<sup>[34]</sup>

Uit bovenstaande volgt dat onder meer de bewoordingen van de follow form-clausule onder bepalend kunnen zijn voor de reikwijdte van de clausule. Immers, zoals uit het voorbeeld van de Amerikaanse zaak volgt, heeft de aanwezigheid van een follow form-clausule niet per definitie tot gevolg dat de excess verzekeraars ook gebonden zijn aan de beslissingen van de primaire verzekeraar. Verzekeringnemers en hun beursmakelaars dienen er dan ook voor te waken dat er, ondanks de aanwezigheid van een follow form-clausule, geen hiaten in de dekking ontstaan. Het is raadzaam om een volgbepaling zo nauwkeurig mogelijk te definiëren, zodat zowel verzekeraars als verzekeringnemers zich bewust zijn van de strekking en betekenis van de clausule.<sup>[35]</sup> Een excess verzekeraar kan immers uitzonderingen opnemen in de excess polis, waardoor de voorwaarden van de onderliggende polis niet geheel worden gevolgd zodat dekking door de excess polis niet altijd gegarandeerd zal zijn. In het algemeen kan men er daarom van uitgaan dat hoe omvangrijker de excess polis is, hoe groter de kans is dat deze polis afwijkt van de voorwaarden in de onderliggende polis.<sup>[36]</sup>

## 7. Tot slot

Uit bovenstaande volgt dat volgbepalingen een belangrijke rol kunnen spelen bij verzekeringsovereenkomsten die zijn gesloten door middel van co-assurantie. Immers, zij kunnen gevolgen hebben voor de efficiëntie en consistentie van de schadeafhandeling. Zowel bij horizontale als verticale co-assurantie kunnen er hiaten in de dekking ontstaan wanneer er geen volgbepalingen in de overeenkomst is opgenomen. Echter, het opnemen van een volgbepaling is geen garantie voor dekking. Met name bij verticale co-assurantie in excess verzekeringen wordt regelmatig afgeweken van (bepalingen uit) de onderliggende polis. Het verdient daarom aanbeveling om bij iedere individuele volgbepaling, zowel bij to follow-clausules als follow form-clausules, zorgvuldig te bepalen wat deze inhoudt en wat de exacte reikwijdte van de bepaling is.

Voetnoten

[1]

Mr. drs. J.I. Roos is promovenda aan de Universiteit van Amsterdam en verbonden aan het Amsterdam Centre for Insurance Studies (ACIS). Citeerwijze: J.I. Roos, ‘De werking van volgbepalingen bij horizontale en verticale co-assurantie’, *AV&S* 2017/19, afl. 3.

[2]

Het is in de praktijk van co-assurantie gebruikelijk dat de verzekeringnemer wordt vertegenwoordigd door een beursmakelaar die in opdracht van de verzekeringnemer handelt. Zie De Jong *NTHR* 2015/1, p. 2, *Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX\*2011/66* en Kamphuisen *VA* 1990/4, p. 273.

[3]

*Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX\*2011/192*.

[4]

Rb. Rotterdam 13 juli 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:5431.

[5]

Rb. Rotterdam 7 mei 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD9663, zoals bekrachtigd door Hof Den Haag 19 juni 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW8732.

[6]

Rb. Rotterdam 13 juli 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:5431.

[7]

Rb. Rotterdam 13 juli 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:5431, r.o. 4.7.

[8]

Zie ook D. Baas, 'Een Algemene Volgplicht Bij Coassurantie? Not To Follow, That's The Answer', <https://dirkzwagerasv.nl/> 21 juli 2016.

[9]

Een voorbeeld van een to follow-clausule luidt: 'Indien meerdere ondertekenaars op deze verzekering zijn betrokken, zullen beslissingen betreffende schaderegelingen, restituties etc. zoals door de eerste twee ondertekenaars worden genomen door de andere ondertekenaars worden gevolgd, terwijl deze zich ook in alle andere opzichten bij eerstgenoemde ondertekenaars zullen aansluiten.' (ontleend aan Rb. Rotterdam 9 november 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AZ2840, S&S 2008/11). Een ander voorbeeld: 'To follow London Underwriters in all cases and every respect with or without notice. Any alterations, additions, extensions, amendments, arrangements and/or settlements to be agreed by the first Lloyd's and first two company Underwriters, if any, of the London Cover, placed with Messrs. Bland, Payne en Co. Ltd., whose agreement shall be binding on the whole with or without notice,....' (ontleend aan Rb. Rotterdam 7 december 1984, ECLI:NL:RBROT:1984:AJ1961, S&S 1985/89).

[10]

Rb. Rotterdam 9 november 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AZ2840, S&S 2008/11 (r.o. 4.7): "Immers, de ratio van de to follow-clausule is de eenheid in en stroomlijning van de afwikkeling in het belang van alle betrokkenen bij de polis [...]".

[11]

Dit echter slechts voor zover die beslissingen binnen de reikwijdte van de volgbepaling vallen. De reikwijdte kan per clausule verschillen. Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 9 november 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AZ2840, S&S 2008/11 (r.o. 4.7) en Rb. Rotterdam 7 december 1984, ECLI:NL:RBROT:1984:AJ1961, S&S 1985/89 (r.o. 4.3).

[12]

Londonck Sluijk, 'De verzekeraar: risicodragers ter beurse, internationale programma's en masterpolicies', in: N. van Tiggele-van der Velde e.a. (red.), *Verzekering ter beurse*, Deventer, Kluwer 2011, p. 44 (hierna: Londonck Sluijk 2011).

[13]

Theunis & Van der Veen *TvPP* 2016/2, p. 31.

[14]

Rhidian Thomas, *The Modern Law of Marine Insurance*, Oxon: Informa Law from Routledge 2015 (hierna: Rhidian Thomas, 2015), p. 80: 'It is important that all the contracts work in parallel so that in the event of a claim they all pay. It would be disastrous to an assured if only one or some responded, but not all. This risk may be avoided, or at least minimized, by ensuring that all the contracts are drafted on the same terms and conditions, including the risk insured, exceptions and claims provisions'.

[15]

Rhidian Thomas 2015, p. 81.

[16]

Van Huizen *VA* 1989, p. 282.

[17]

Van Huizen *VA* 1989, p. 282.

[18]

HR 12 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9243, *NJ* 2012/686, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Varde/Harbers*): 'De vraag of een volmacht is verleend en, zo ja, met welke inhoud, dient te worden beantwoord aan de hand van de maatstaven van art. 3:33 en 3:35 BW. Het komt daarbij derhalve aan, kort gezegd, op hetgeen partijen (de volmachtgever en de gevolmachtigde) over en weer hebben verklaard en over en weer uit elkaars gedragingen en verklaringen hebben mogen begrijpen, waarbij in het bijzonder van belang is de verklaring of gedraging waarbij de volmacht is verleend.' Zie ook Hijma, in *T&C BW* 2017, art. 3:61 BW, aant. 2.

[19]

Franken & Meijer, 'De schaderegeling', in: N. van Tiggele-van der Velde e.a. (red.), *Verzekering ter beurse*, Deventer, Kluwer 2011, p. 276 (hierna: Franken & Meijer 2011) en Londonck Sluijk 2011, p. 44-45.

[20]

Hillen-Muns, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:60 BW, aant. 7, Keirse & Beukers, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:84 BW, aant. 95. Zie ook Asser/*Van der Grinten & Kortmann* 2-I 2004/68 en Van Schaick 2011, p. 17.

[21]

Rb. Rotterdam 9 november 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AZ2840, S&S 2008/11, r.o. 4.7.

[22]

Dit zou ook niet in het belang van de verzekeringnemer zijn. Neem bijvoorbeeld de situatie waarin de volgende verzekeraar weigert de leidende verzekeraar te volgen bij een uitkering. In dat geval dient de verzekeringnemer het bestaan van de volmacht aan te tonen. Echter, van een expliciete of schriftelijke volmachtverlening is in beginsel geen sprake. Het is dan maar de vraag of het de verzekeringnemer lukt om het bestaan van een volmacht aan te tonen.

[23]

Rb. Rotterdam 10 januari 2002, ECLI:NL:RBROT:2002:AK4621, S&S 2003/59 (r.o. 6.3 en 6.4).

[24]

In deze uitspraak was sprake van een uitzonderlijke situatie. Een van de co-verzekeraars had, in tegenstelling tot wat in de praktijk gebruikelijk is, tevens namens de andere co-verzekeraars uitgekeerd aan de verzekeringnemer. De uitkerende co-verzekeraar heeft in dat geval verhaal op de andere co-verzekeraar(s). De gebondenheid van een volgende verzekeraar jegens een co-verzekeraar is dus niet een standaard gevolg van de to follow-clausule, maar kan bestaan indien een volgende verzekeraar ook namens andere verzekeraars uitkeringen doet.

[25]

*San Evans Maritime Inc. and Others/Aigaion Insurance Co SA (The St. Efre)* [2014] EWHC 163 (Comm), [2014] 2 Lloyd's Rep 265.

[26]

Londonck Sluijk 2011, p. 45.

[27]

Rhidian Thomas 2015, p. 80.

[28]

*Allmerica Financial Corporation/Certain Underwriters at Lloyd's London*, 871 N.E.2d 418 (Mass. 2007).

[29]

*Allmerica Financial Corporation/Certain Underwriters at Lloyd's London*, 871 N.E.2d 418 (Mass. 2007).

[30]

In de zaak *Puritan Insurance Company/Canadian Universal Ins. Co.*, 775 F.2d 76, 78 (3rd Cir. 1985) werd de relatie tussen een primaire verzekeraar en een excess verzekeraar door de rechter als volgt omschreven: 'The relationship between the primary and excess carrier is an unusual one; each has a separate contract with the insured, but they have none with each other. Conflicts of interest invariably arise when the underlying tort injury is of such severity that a recovery over the limits of the primary policy is possible. In that circumstance, the excess carrier wishes the primary insurer to dispose of the case within its limits and is not unduly impressed with the primary insurer's desire to save some or all of its policy limits by a favorable verdict at trial. Conversely, the primary carrier is unlikely to have such paternalistic feelings as will induce it to concede its limits when there is some chance of obtaining a favorable verdict. In each instance, one carrier is to some extent gambling with the other's money.' Zie ook Theunis & Van der Veen *TvPP* 2016/2, p. 35.

[31]

*Allmerica Financial Corporation/Certain Underwriters at Lloyd's London*, 871 N.E.2d 418 (Mass. 2007).

[32]

Rb. Rotterdam 9 september 1983, ECLI:NL:RBROT:1983:AJ1819, r.o. 4.7, S&S 1984/21 (*Benetank*).

[33]

Zie Rb. Rotterdam 9 september 1983, ECLI:NL:RBROT:1983:AJ1819, S&S 1984/21 (*Benetank*), r.o. 4.7.

[34]

Rb. Rotterdam 9 september 1983, ECLI:NL:RBROT:1983:AJ1819, r.o. 4.7, S&S 1984/21 (*Benetank*), r.o. 8.4 en 8.5.

[35]

Zie ook D. Baas, 'Een Algemene Volgplicht Bij Coassurantie? Not To Follow, That's The Answer', <https://dirkzwagerasv.nl/21> juli 2016.

[36]

Zie voor een sprekend voorbeeld van afwijkende excess verzekeringen de Amerikaanse 9/11-rechtspraak, waarbij er verschillende voorwaarden van toepassing waren die de aanslagen als 'one occurrence' dan wel als 'two occurrences' definieerden, zodat er respectievelijke één dan wel twee keer de verzekerde som moest worden uitgekeerd. Zie onder meer *SR Int'l Bus. Ins. Co., Ltd. v. World Trade Center Props., Inc.*, 467 F.3d 107 (2nd Cir., 2006).