

Risico's bij overname van een advieskantoor

Beoefenaars van de zogeheten 'vrije beroepen' kunnen door hun cliënten of patiënten aansprakelijk worden gesteld voor fouten gemaakt tijdens de uitoefening van hun beroep. Om zich tegen de financiële gevolgen daarvan te beschermen, beschikken de meeste beroepsbeoefenaars over een beroepsaansprakelijkheidsverzekering. Voor sommigen (advocaten en notarissen) is dat vanuit de beroepsgroep verplicht gesteld. Voor assurantietussenpersonen is die verplichting zelfs in de wet opgenomen.

Door: Coen Fledderus, advocaat en partner bij Van Beem de Jong Advocaten

Een beroepsaansprakelijkheidsverzekering is doorgaans gebaseerd op het claims-made-principe. Dit houdt kort gesteld in dat deze verzekeringen slechts dekking bieden als tijdens de looptijd van de verzekering de verzekerde aansprakelijk is gesteld en de aanspraak bij de verzekeraar is gemeld. Claims-madeverzekeringen kennen dus in beginsel onbeperkte inloopdekking en geen uitloopdekking. Eindigt de looptijd van de verzekering, dan eindigt ook de dekking.

In de praktijk worden de scherpe kanten van deze dekkingsvorm wat verzacht. In de eerste plaats is er de omstandighedendekking. Indien een 'omstandigheid' (een latente beroepsfout) tijdens de looptijd van de verzekering aan de verzekeraar wordt gemeld, is er ook na de looptijd van de verzekering dekking voor de gevolgen van die beroepsfout. Dan wordt die latere claim geacht te zijn ingesteld op de datum van de melding van de omstandigheid. Over de vraag wat onder een omstandigheid verstaan moet worden, kun je uiteraard van mening verschillen. In de meeste polissen moet er sprake zijn van een 'reële dreiging tot een aanspraak'. In de tweede

plaats bestaat de mogelijkheid om voor de beroepsaansprakelijkheidsverzekering na beëindiging daarvan een uitloopdekking te sluiten tegen betaling van premie. Aanspraken die voortvloeien uit fouten gemaakt tijdens de looptijd van de verzekering zijn dan alsnog gedekt. Dit wordt de nameldingsdekking genoemd.

De nameldings- en omstandighedendekking van de beroepsaansprakelijkheidsverzekering spelen een belangrijke rol bij een bedrijfsovername van een financieel adviseur.



Stel: tussenpersoon A besluit het bedrijf van tussenpersoon B over te nemen. Er worden tussen partijen gesprekken gevoerd en men is het op hoofdlijnen eens over de voorwaarden waaronder de overname zal plaatsvinden. Adviseur A heeft het voornemen om een boekenonderzoek ('due diligence') bij het bedrijf van adviseur B

Bij een bedrijfsovername spelen de namelings- en de omstandighedendekking een belangrijke rol

uit te voeren. Hij vraagt zich af of hij tijdens het boekenonderzoek aandacht moet besteden aan (latente) claims die uit de portefeuille van B kunnen voortvloeien. Ook vraagt A zich af of er dekking is op de beroepsaansprakelijkheidsverzekering voor beroepsfouten van B. Adviseur A wil voorkomen dat hij in de toekomst wordt geconfronteerd met een oude claim zonder dat daar verzekeringsdekking voor bestaat.

Wanneer is adviseur A aansprakelijk voor fouten van adviseur B? A kan aansprakelijk gesteld worden voor fouten van B indien A het bedrijf van B in zijn geheel heeft overgenomen. In dat geval wordt A geacht zowel de lusten als de lasten van B te hebben overgenomen.

Is slechts sprake van een portefeuilleovername, dan is de huidige opvatting in de jurisprudentie dat fouten van B gemaakt vóór de datum van de portefeuilleovername voor rekening en risico van B blijven. A is slechts dan aansprakelijk indien hij een zelfstandige fout heeft gemaakt. Die fout kan eruit bestaan dat A na overname van de portefeuille niet snel genoeg in actie is gekomen om de reeds door B veroorzaakte situatie weer recht te breien. Over het algemeen wordt A hiervoor wel enige tijd gegund.

In beide overnamegevallen is het voor A van belang om te weten of de portefeuille van B al dan niet besmet is met (mogelijke) beroepsfouten. Die wetenschap is voor A immers van belang voor het opnemen van vrijwaringsclausules in het overnamecontract, voor de hoogte van de

overnamesom, en voor de vraag of deze beroepsfouten onder een beroepsaansprakelijkheidsverzekering zijn gedekt.

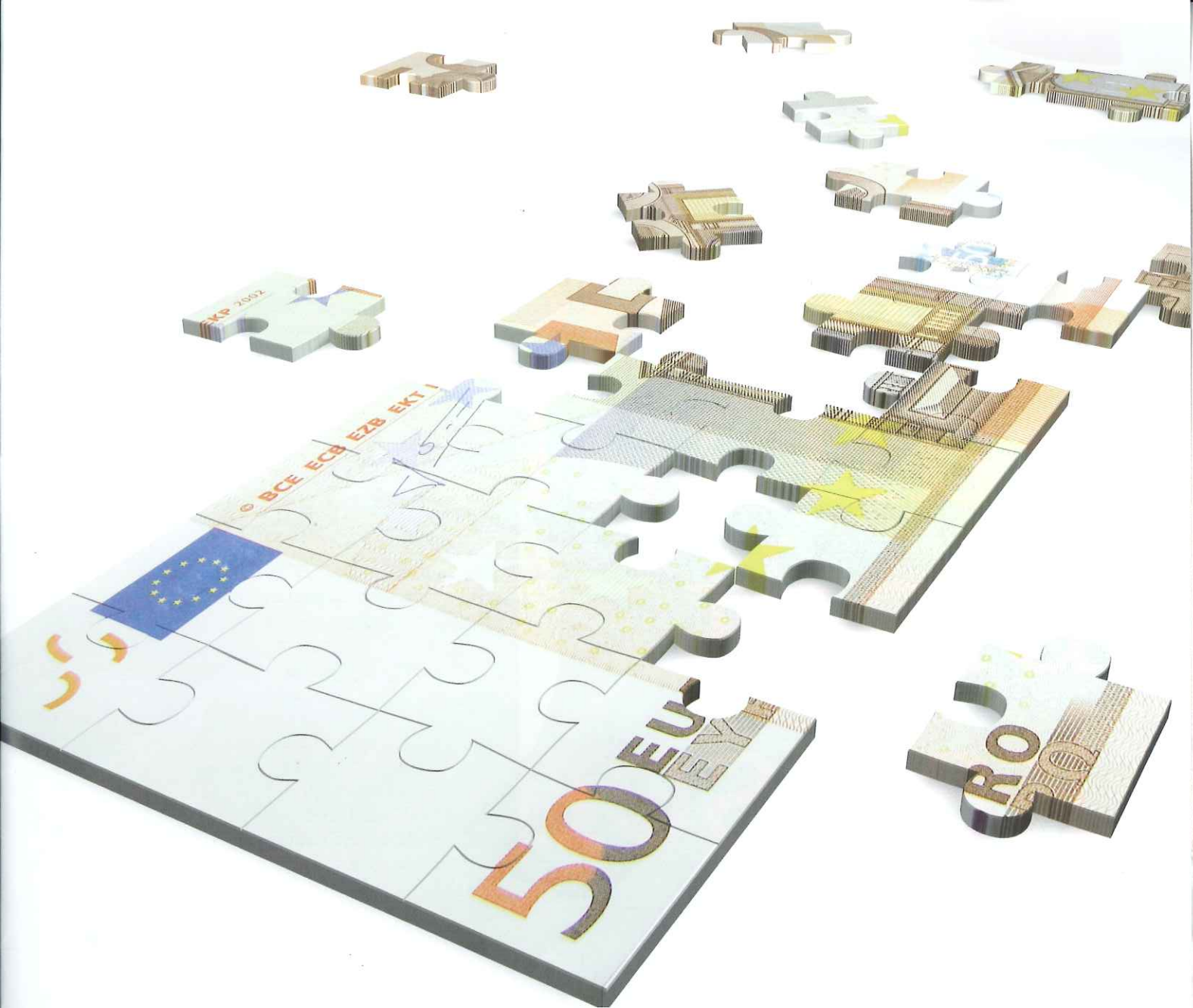
Scenario I

Stel: uit het boekenonderzoek tijdens het overnametraject kan adviseur A geen tikkende tijdbommen in de portefeuille van B ontdekken. In dat geval is het raadzaam een vrijwaringsbeding ten gunste van A in het overnamecontract op te nemen. A moet daarbij dan ook bedingen dat B voor de uitlooptekking (de namelingsdekking) op zijn beroepsaansprakelijkheidspolis zorgdraagt. Die namelingsdekking zal ten minste vijf jaar moeten zijn. Die termijn sluit aan bij de reguliere verjaringstermijn in het civiele recht. Het gevaar bestaat dat het vrijwaringsbeding met de daaraan gekoppelde namelingsdekking op de beroepsaansprakelijkheidspolis van B een papieren zekerheid blijkt te zijn. Dit kan zich voordoen indien B nalaat om de premie voor de namelingsdekking te voldoen. Is dat het geval dan kan A zich in beginsel tot zijn eigen beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar wenden.

Voor claims die niet uit het boekenonderzoek naar voren zijn gekomen en ook niet te ontdekken waren geweest bestaat in beginsel gewoon dekking onder de bestaande beroepsaansprakelijkheidspolis van A. Er geldt dan wel dat A zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de overname op de hoogte moet hebben gesteld.

Scenario II

Stel: A stuit tijdens het boekenonderzoek bij B op een aantal mogelijke beroepsfouten met een forse financiële impact. Adviseur B is nog niet aansprakelijk gesteld. Er dient echter wel rekening mee gehouden te worden dat dit in de toekomst op enig moment zal gebeuren. A wil de overname nog wel laten doorgaan. Wat dient adviseur A dan te doen? A moet dan met B overeenkomen dat deze claims voor rekening van B blijven. Daartoe moet A in de overname-overeenkomst dan een vrijwaringsbeding opnemen. De strekking van dit beding is dat als adviseur A wordt aangesproken door de klant voor de fouten van B, A de claim kan doorschuiven naar B. Om ervoor te zorgen dat B ook in staat is de financiële gevolgen van die claim te dragen, moet B de latente claims dan alvast melden bij zijn beroepsaansprakelijkheidsverzeke-



Het risico bestaat dat een oude claim niet gedekt is onder de beroepsaansprakelijkheidsverzekering

raar. Omdat B zijn beroepsactiviteiten staakt, eindigt de beroepsaansprakelijkheidsverzekering na de overname. B maakt aldus gebruik van de omstandighedenmelding.

Adviseur A moet zich ervan vergewissen dat B deze melding ook daadwerkelijk heeft gedaan. Bijvoorbeeld door een kopie van de ontvangstbevestiging van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van B te verlangen. Ook in dit scenario moet met B overeengekomen worden dat B een namelingsdekking van 5 afsluit. A dient op zijn beurt aan zijn eigen beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar te melden dat hij het bedrijf van B overneemt. Laat A dit na, dan is niet uitgesloten dat zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar

een beroep op dekking kan ontzeggen. Aan A kan immers worden tegengeworpen dat hij een weselijke risicowijziging in de omvang van zijn verzekerde hoedanigheid niet heeft doorgegeven. De verzekeraar kan dan op die grond dekking ontzeggen. Of de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van A ook de reeds bestaande fouten wil meeverzekeren, valt te betwijfelen.

Serius

Het is van groot belang voor A als overnemende partij om het onderzoek naar mogelijke claims aan het adres van B serieus te nemen. Het risico bestaat anders dat er voor een oude claim geen dekking onder de beroepsaansprakelijkheidsverzekering is. ■