

COVID-19 en bedrijfsschadedekking; wegdenken van niet-gedekte gevaren toegelaten?

VAST 2021 / B-041

15 september 2021

Blog

Vorig jaar werd er door de Britse toezichthouder, de Financial Conduct Authority (hierna: 'FCA'), een testcase gestart waarin de Engelse High Court of Justice (hierna: 'HCoJ') een oordeel werd gevraagd over de uitleg van bedrijfsschadedekkingen in het licht van de uitbraak van COVID-19. De zaak kon gestart worden onder het (snelle) regime van het 'Financial Market Test Case Scheme'. Alleen vorderingen die van belang (kunnen) zijn op het algemeen belang én waarover direct gezaghebbend en richtinggevend advies vereist is op het gebied van het Engelse recht, komen voor dit regime in aanmerking. De testcase is zo'n zaak.

In deze *FCA-testcase* stond de uitleg van 21 polissen van een achttal verzekeraars centraal met belangrijke implicaties voor veel verzekerde bedrijven in het midden en kleinere segment, zoals kroegen en nagelstudio's. Het ging hierbij om polissen die representatief en veelvoorkomend waren. De potentiële reikwijdte van de beslissing in deze zaak werd op deze manier zo groot mogelijk gemaakt. De FCA heeft zelf ingeschat dat de uitkomst van de testcase gevolgen zou kunnen hebben voor 700 polissen van 60 verzekeraars. Dit betreft tot wel 370.000 verzekerden.

In eerste aanleg gaf de HCoJ een ruime uitleg aan de diverse polissen en hebben zowel de FCA als de betrokken verzekeraars de kwestie met een *leapfrog appeal* ('sprongcassatie') direct aan de Engelse Supreme Court (hierna: 'SC') voorgelegd. Vervolgens heeft de SC op 15 januari 2021 uitspraak gedaan. In deze bijdrage gaan wij kort in op de achtergrond van de *testcase* om vervolgens te bespreken of de oordelen van de hoogste Engelse rechter eenvoudig naar Nederlandse polissen kunnen worden gemuteerd.

1. Korte introductie FCA-testcase

De *testcase* is gestart door de FCA in een poging duidelijkheid te krijgen over de uitleg van bedrijfsschadedekkingen. Voor de exacte details van de achtergrond, de betrokken partijen en het verloop van de procedure verwijzen wij naar de website van de [FCA](#), alwaar ook de uitspraken zelf zijn te downloaden. Zie ook [VAST 2020 / B-0048](#) over de uitspraak in eerste instantie.

Voor de Nederlandse situatie is van belang dat deze testcase alleen betrekking heeft op zogenaamde *non-material damage* bedrijfsschadedekkingen. Dat zijn bedrijfsschadedekkingen die dekking verlenen zonder dat sprake dient te zijn van - kort gezegd - materiële schade aan de verzekerde interessen. Aangezien de meeste Nederlandse polissen voor dekking onder de rubriek bedrijfsschade als voorwaarde stellen dat van materiële schade sprake dient te zijn, waarvan – zo wordt althans algemeen aangenomen in de markt – bij een COVID-19-besmetting geen sprake is, is de *testcase* alleen van belang voor dié bedrijfsschadedekkingen die niet de voorwaarde stellen dat het materiële schade-criterium vervuld moet zijn.

Dergelijke dekkingen worden bijvoorbeeld door horecaondernemingen uitgenomen voor het geval zich in de 'nabijheid' van de verzekerde locatie een 'ziekte' manifesteert. Een dergelijke *disease clause* kan in diverse varianten in polissen zijn opgenomen. Zo kan die een algemene definitie bevatten van hetgeen onder disease wordt begrepen. Naast met naam genoemde ziekten (zoals legionella, malaria,

voedselvergiftiging, miltvuur, kinkhoest, zie p. 44-45, uitspraak van de HCoJ), kan COVID-19 daaronder vallen. Daarnaast kan de polis expliciet bepalen dat de ziekte moet zijn opgetreden in een bepaalde radius van de verzekerde locatie (bijvoorbeeld 25 mijl). Het kan echter ook voorkomen dat geen absoluut getal wordt genoemd maar een meer open norm. In dat geval wordt aan dekking de voorwaarde gesteld dat de ziekte zich binnen de *vicinity* van een verzekerde locatie moet hebben gemanifesteerd.

2. Wat heeft de Engelse Supreme Court besloten?

Met het SC-arrest is duidelijkheid gegeven over de werking van diverse polisbepalingen naar Engels recht. Niet alleen over de werking van de hiervoor bedoelde *disease clauses* heeft de SC geoordeeld, maar bijvoorbeeld ook over *prevention of access clauses*. Wij beperken ons in deze bijdrage tot de uitleg van de *disease clause* en de wijze van begroting van bedrijfsschade voor Nederlandse polissen.

In eerste aanleg oordeelde de HCoJ kort gezegd dat uitleg van de clause ertoe leidde dat de polis dekking bood voor gevallen van COVID-19 wanneer de verzekeringnemer kan aantonen dat één besmetting is geconstateerd binnen de door de clause genoemde radius van de locatie. Vervolgens wordt alle door de pandemie veroorzaakte bedrijfsschade gedekt geacht, ongeacht of deze gerelateerd kan worden aan een besmettingsgeval binnen de door de clause genoemde radius.

Dit oordeel werd door verzekeraars bestreden met als argument dat bij de begroting van de bedrijfsschade onderscheid gemaakt diende te worden tussen enerzijds (a) de schade die het gevolg is van besmettingen binnen de verzekerde radius en anderzijds (b) de bedrijfsschade die verzekerde sowieso door de pandemie zou hebben geleden. Zoals bekend wordt die normaliter berekend door (vereenvoudigd gezegd) vergelijking van (a) de winst die feitelijk is behaald met (b) de winst die in de hypothetische situatie zonder verzekerd evenement zou zijn behaald.

Verzekeraars beargumenteerden dat bepaald diende te worden welke bedrijfsschade uitsluitend door de 'plaatselijke' besmettingen werd veroorzaakt. De gevolgen van de pandemie en de naar aanleiding daarvan door de overheid opgelegde maatregelen (zoals lockdown) moesten volgens verzekeraars voor de bedrijfsschade niet meetellen. Die schade zou sowieso door verzekerde worden geleden, ook zonder verzekerd evenement.

De SC lijkt daarin mee te gaan door de *disease clause* - in tegenstelling tot de eerste rechter - meer tekstueel uit te leggen (r.o. 74):

'We conclude that the disease clause (...) is properly interpreted as providing cover for business interruption caused by any cases of illness resulting from COVID-19 that occur within a radius of 25 miles of the premises from which the business is carried on. The clause does not cover interruption caused by cases of illness resulting from COVID-19 that occur outside that area.'

Ondanks dat de SC overweegt dat de clause geen dekking biedt voor besmettingen buiten de verzekerde radius, komt de SC (niettemin) tot het eindoordeel dat er toch dekking is voor alle door de pandemie (waaronder ook de door de overheid getroffen maatregelen worden geschaard) veroorzaakte schade. Voor de SC maakt het niet uit of er een onderverdeling kan worden aangebracht tussen het deel van de schade dat door (i) verzekerde besmettingen en (ii) onverzekerde besmettingen is veroorzaakt. Volgens de SC zou een andere benadering voor verzekerden geen betekenisvolle dekking opleveren (r.o. 195):

'(...) it seems to us contrary to the commercial intent of the clause to treat uninsured cases of a notiable disease occurring outside the territorial scope of the cover as depriving the policyholder of an indemnity in respect of interruption also caused by cases of disease which the policy is expressed to cover.'

pandemie voet aan wal kan zetten in Nederland en/of door terugloop van buitenlandse bestedingen in Nederland. Als er zich dan toch één geval van COVID-19 voordoet op Schiphol, hebben bedrijven in de verzekerde radius van Schiphol dan dekking voor de volledige door de pandemie veroorzaakte bedrijfsschade?

Wat ons betreft is een meer chirurgische precisie passender dan de Engelse benadering van de problematiek. Er moet naar Nederlands recht onderscheid gemaakt worden tussen schade die het gevolg is van een verzekerd evenement (lokale besmetting) en schade die hier niet het gevolg van is en dus niet is verzekerd. Alleen de verzekerde schade hoeft door de verzekeraar te worden uitgekeerd.

Dit kan moeilijkheden met zich meebrengen bij de vaststelling van de omvang van de schade. Het principe achter de vaststelling van de omvang van de schade is immers dat de verzekerde zoveel mogelijk in de toestand moet worden gebracht waarin hij zou verkeren als het verzekerde evenement achterwege was gebleven. Bij de schadevaststelling bij bedrijfsschade moet er een vergelijking worden gemaakt tussen (i) het bedrijfsresultaat zoals dat feitelijk is behaald en (ii) het bedrijfsresultaat dat (vermoedelijk) zou zijn behaald indien het verzekerde evenement niet zou hebben plaatsgevonden (vergelijk bijvoorbeeld Asser/Sieburgh 6-II 2017/31). Dit betekent dat de gevolgen van de gehele pandemie niet weggedacht mogen worden, hetgeen op het detailniveau van schadecijfers vaak tot discussie zal leiden. Dit vormt in onze visie (evenwel) onvoldoende reden om de niet-gedekte pandemiegevolgen volledig buiten beschouwing te laten.

Voor de Nederlandse situatie is in dit verband van belang of een uitsluiting zoals is neergelegd in artikel 2.4.6 van de NBZB 2006 in de polis is opgenomen. Deze uitsluiting luidt als volgt:

‘Van de verzekering is uitgesloten bedrijfsschade die ook ontstaan zou zijn als de schade aan of het verlies van het gevaarsobject door een gedekt gevaar/gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden.’

Een dergelijke clausule sluit, kort gezegd, *sowieso-schade* van dekking uit. Deze uitsluiting laat er in onze visie geen twijfel over bestaan dat bedrijfsschade die het gevolg is van de economische teruggang als gevolg van de wereldwijde COVID-19-pandemie - indien al gedekt - op basis van deze bepaling van dekking is uitgesloten.

Met het arrest van de SC in het achterhoofd valt (niettemin) te overwegen een dergelijke of zelfs specifiekere uitsluiting (of andere voorziening) in polissen op te nemen als - in pandemietermen: - vaccin tegen mutatie van de polis. Daar waar gedekte en niet-gedekte gevaren met elkaar lijken te interfereren, kan dit zinvol zijn.

Een geval waarin dit ook lijkt te spelen gaf aanleiding tot het arrest van de Hoge Raad van 4 juni 2021 ([ECLI:NL:HR:2021:815](https://www.eclis.nl/HR:2021:815)) inzake *Bosporus/ASR*. Dit ging om de dekking onder een autoverzekering, waarbij een auto eerst gestolen werd en vervolgens uitgebrand werd teruggevonden. Vereenvoudigd weergegeven claimde verzekerde de gehele schade onder de polis met als argument dat schade door brand onder de polis is gedekt. De verzekeraar meende dat er in het geheel geen dekking was, omdat diefstal niet was gedekt. Alhoewel bekend is dat auto's na diefstal in brand worden gestoken (om sporen weg te maken) was in dit geval niet vast komen te staan dat de oorzaak van de brand daadwerkelijk te relateren viel aan de diefstal. Een andere oorzaak van de brand kon niet worden uitgesloten (zoals door steenmarters veroorzaakte brand of een technische oorzaak).

Onder die omstandigheden paste het hof een proportionele benadering toe, waarbij de schade als uitgangspunt op basis van 50/50 procent werd toegerekend aan de gedekte en niet-gedekte oorzaak om uiteindelijk een correctie aan te brengen voor het ervaringsgegeven dat auto's na diefstal in brand worden gestoken. Dit leidde ertoe dat het hof uiteindelijk 70 procent van de schade aan de diefstal toerekende.

Dit oordeel werd door de Hoge Raad in stand gelaten, waarbij het hof de vrijheid kreeg om als onderdeel van de uitleg van de verzekeringsovereenkomst te kiezen voor de toegepaste proportionele benadering en niet de (heersende) leer van de *dominant cause*.

In [VAST 2021 / B-030](#) is de relevantie van dit arrest gesignaleerd voor de te hanteren causaliteitsmaatstaf en het voert te ver in deze bijdrage uitgebreid op de implicaties van het arrest in te gaan. Wel wensen wij – in het licht van het SC-arrest te signaleren dat de door het hof gekozen (en door de Hoge Raad gesanctioneerde) benadering overeenkomsten met de benadering van de SC vertoont. Niettemin menen wij dat het *Bosporus/ASR*-arrest weinig relevantie heeft voor beurspolissen met bedrijfsschadedekking voor COVID-19 waarbij sprake is van *niet* en *wel* gedekte besmettingen. Los van andere relevante verschillen, ging het in *Bosporus/ASR* feitelijk om *veroorzakingonzekerheid* ten aanzien van de oorzaak van de schade c.q. de dekkingstrigger (wat is de oorzaak van de schade?), terwijl de moeilijkheid bij de COVID-19-problematiek veeleer ligt in de berekening van de *omvang* van de schade. De proportionele benadering uit *Bosporus/ASR* ligt vanuit die gedachte minder voor de hand.

Bij de berekening van bedrijfsschade dienen de gevolgen van niet-gedekte gevaren/oorzaken in onze visie niet 'weggedacht' te worden. Dit maakt de begroting van de bedrijfsschade er weliswaar niet makkelijker op, maar doet in onze visie wel recht aan de wijze waarop de in deze bijdrage bedoelde polissen zijn ingericht.

Keywords

Bedrijfsschade
Berekening
Corona
COVID-19
Verbintenissenrecht

Auteur(s)

Patrick van der Vorst

Advocaat bij VanNiekerkCieremans te Rotterdam, tevens redacteur van VAST [LinkedIn](#)

Daan van Ark

Advocaat te Rotterdam bij VanNiekerkCieremans B.V.

[LinkedIn](#)