

De CAR-verzekering en toekomstige bedrijfsschade (DSU)

VAST 2024 / P-005
30 januari 2024

Op 27 oktober 2023 heeft de Technische Commissie Engineering van de VNAB de modelclausule 'Toekomstige Bedrijfsschade' (hierna: de 'modelclausule') gepresenteerd (zie de website van de VNAB <https://www.vnab.nl/nl/themas-commissies/engineering> voor deze voorwaarden en de modelclausule). Deze is ontworpen om aan te sluiten op de reeds door de VNAB ontwikkelde Nederlandse Beurspolis Voor Bouw- En Montagewerken 2013 ('NBBM'). De NBBM is een model- c.q. basispolis, waarmee – kort gezegd – materiële schade aan bouwwerken verzekerd kan worden. Met de introductie van de modelclausule *Toekomstige Bedrijfsschade* faciliteert de VNAB in een uitbreiding van de onder de NBBM geboden dekking door in aanvulling op de onder deze constructieverzekering verzekerde materiële schade ook bedrijfsschade mee te verzekeren.

1. Inleiding

In deze bijdrage zal ik ingaan op de werking van de nieuwe modelclausule. Voor een goed begrip daarvan is het zinvol om eerst in te gaan op de achtergrond van de algemene kenmerken van een constructieverzekering. Belangrijke voorwaarde vooraleer bedrijfsschade onder de modelclausule wordt vergoed, is namelijk dat die bedrijfsschade het gevolg dient te zijn van een (gedekte) materiële schade. Dit is een in de verzekeringsmarkt gebruikelijke koppeling, die ook bij andere typen polissen gehanteerd wordt.

Voordat ik inga op de achtergrond en werking van de constructieverzekering merk ik op dat de modelclausule weliswaar de titel 'Toekomstige Bedrijfsschade' heeft meegekregen, maar dat (internationaal) de term DSU (*Delay in Start Up*) meer gangbaar is: door vertraging in de oplevering van een bouwproject kan er financiële schade ontstaan.¹ Het is die schade die men onder een DSU-clausule beoogt te verzekeren.

Nadat ik ben ingegaan op de achtergrond van de constructieverzekering, zal ik de systematiek en inhoud van de modelclausule bespreken. Dit laatste zal ik doen vanuit het uitgangspunt dat de uitleg van beurscondities met name afhankelijk is van objectieve factoren, zoals de bewoordingen van de bepaling, gelezen in het licht van de polisvoorwaarden als geheel en van de eventueel daarbij behorende toelichting. Daarbij dient niet uit het oog verloren te worden dat *ter beurze* bestaande opvattingen in een bepaalde branche, zoals in dit geval: de technische verzekeringsmarkt, over de uitleg van een bepaald beding

ook meegenomen dienen te worden bij het vaststellen van de omvang van de polisdekking.²

De aard van deze bijdrage is die van een overzichtsartikel.³ Ik beoog daarin de lezer een breder kader te schetsen van het karakter en de werking van de modelclausule, waarmee DSU – buiten de technische verzekeringsmarkt een betrekkelijk weinig belicht fenomeen⁴ – wordt meeverzekerd. Ik kan niet uitpuittend daarop ingaan, maar zal mij concentreren op enkele hoofdlijnen van de materiële dekkingssomvang aan de hand van de NBBM.⁵

2. CAR-verzekering in vogelvlucht

De NBBM is een *Construction All Risks-verzekering*, ook wel CAR-verzekering genoemd. Belangrijk hierbij is dat er niet een standaardpolis met standaard-*wording* is. In de markt zijn veel verschillende verschijningsvormen met (tekstuele) nuanceverschillen qua dekking in omloop. Zoals aangegeven heeft de VNAB de NBBM opgesteld. Daarnaast hebben bekende makelaars sets van voorwaarden opgesteld die regelmatig worden gebruikt bij het verzekeren van bouwrisico's. Uiteraard zijn er ook maatschappijpolissen. Een CAR-polis heeft niettemin bepaalde standaardkenmerken en marktpartijen kiezen er soms voor om wel of niet bij bepaalde in de markt gebruikte formuleringen aan te haken of juist daarvan expliciet af te wijken (in eigen voorwaarden of in clausules). Voor een goed begrip van een CAR-polis en hoe bepaalde, meer exotische bepalingen en dekkingen onder een CAR-polis moeten worden begrepen, is het van belang om een beeld te hebben bij de standaardkenmerken van een CAR-verzekering.⁶

Allereerst is van belang dat een CAR-verzekering een constructieverzekering is: daaronder worden bouwwerken verzekerd. Meer specifiek worden onder een dergelijke polis de belangen van in principe alle bij de bouw betrokken personen gedekt. De verzekering is dan ook primair bedoeld om discussie uit de weg te gaan wie bij schade waarvoor aansprakelijk is. Bij complexe bouwprojecten met een hoofdaannemer, onderaannemer en nevenaannemers, kan dat namelijk een aardige puzzel zijn. Een dergelijke discussie speelt niet (althans: minder) als voor dekking van schade aan het verzekerde bouwwerk de schuldvraag niet beantwoord behoeft te worden. De bedoeling van een CAR-verzekering is dat schade snel afgewikkeld kan worden en een eventuele aansprakelijkheidsdiscussie de voortgang van de bouw niet dwarszit.

Anders dan bijvoorbeeld bij een aansprakelijkheidspolis grijpt de dekking bij een CAR-verzekering reeds aan op het moment dat sprake is van *materiële* schade aan c.q. *materiële* beschadiging⁷ van het verzekerde object.⁸ Wat exact daaronder moet worden verstaan, zal ik straks nog nader aanstippen.

Een CAR-verzekering geeft dus primair een *cascodekking*: het object wordt verzekerd, ook al zijn daarmee *indirect* aansprakelijkheidsbelangen van bouwpartijen verzekerd.⁹

Het tweede hoofdkenmerk is dat de CAR-verzekering een *all risks*-karakter heeft. Dat betekent dat in principe alle risico's daaronder zijn verzekerd. Zo bepaalt artikel 1.1 van Rubriek 1 van de NBBM:

'Tijdens de bouw-/montage en testtermijn dekt de verzekering de schade die een verzekerde lijdt als gevolg van verlies en/of materiële beschadiging van (een deel van) het werk, door eigen schuld, uit eigen gebrek of door ongeacht welke andere oorzaak (...).'

Dit is een ruime dekking, aangezien daarmee geen nadere voorwaarden aan dekking zijn verbonden zoals je die bijvoorbeeld wel ziet bij bijvoorbeeld *all risk*-dekkingen onder *property*-polissen. Dan wordt meestal (ook) 'alles' gedekt, maar wordt wel de voorwaarde gesteld dat de schade het gevolg moet zijn van een 'plotselinge en onvoorziene gebeurtenis' (of soortgelijke bewoordingen).

De dekking onder een CAR-verzekering is dus ruim. Dat betekent dat het voor de dekking niet uitmaakt of het werk in aanbouw afbrandt doordat een dakdekker niet brandveilig genoeg heeft gewerkt of omdat er kortsluiting ontstaat in een installatie. Ook als gevolg van corrosie en gradueel ontstane schade (door bijvoorbeeld gebruik van verkeerd materiaal) valt in principe onder de dekking. Doorslaggevend is namelijk of er materiële beschadiging is ontstaan. Wat de rechtens relevante oorzaak daarvan is, is in een CAR-verzekering niet zo relevant.¹⁰ A-G Hartkamp heeft in zijn conclusie voor Hoge Raad 27 juni 1997 (NJ 1998/329) de constructieverzekering als volgt gekarakteriseerd:

'een projectverzekering, waarmee een dynamisch proces (de realisatie van een bouwproject) tegen alle mogelijke "mislukkingen" is verzekerd'.

Het citaat van Hartkamp is illustratief, maar juridisch minder accuraat. Het *all risks*-karakter betekent niet dat werkelijk *alles* zou zijn gedekt. Een belangrijke voorwaarde is de *materiële beschadiging* van het werk en daarnaast zijn er bijvoorbeeld nog uitsluitingen. Zo is bedrijfsschade standaard van dekking uitgesloten. De constatering dat niet alles onder een CAR-verzekering is gedekt, is relevant omdat dit doorwerkt in de reikwijdte van de DSU-dekking (daarover later meer).

Een belangrijke beperking in de reikwijdte van geboden dekking zit bij de CAR-verzekering in het materiële schade-begrip ingebakken. Volgens vaste jurisprudentie is alleen sprake van een materiële schade c.q. beschadiging in het geval sprake is van een objectieve aantasting van de stoffelijke structuur van een zaak die naar verkeersopvattingen de stoffelijke gaafheid van de zaak kenmerkt.¹¹ Dit betekent dus dat sprake dient te zijn van (i) aantasting van de stoffelijke structuur van de zaak, én (ii) de gaafheid van de zaak moet zijn aangetast, hetgeen naar verkeersopvattingen moet worden bepaald.

Om aan het materiële schade-begrip te kunnen voldoen moet er dus (simpel gezegd) iets *kapot* zijn gegaan. Verminderde bruikbaarheid van een zaak is onvoldoende. En voordat een zaak kapot kan gaan, moet die zaak kort gezegd

eerst ooit *goed* geweest zijn. Dat is (eveneens) een element waarover veel discussie kan plaatsvinden.

In de rechtspraak wordt geregeld gediscussieerd om de vraag of het wordingsproces van een deel van het werk al dan niet voltooid was *alvorens* een wijziging van de stoffelijke structuur plaatsvond. Een beschadiging waarmee de zaak 'wordt geboren' is in principe niet onder de CAR-polis gedekt.¹²

Een derde hoofdkenmerk is dat een CAR-verzekering een paraplu-polis (meerdere verzekeringen in één) is (of kan zijn). Een CAR-verzekering kan meerdere *rubrieken* hebben, waaronder verschillende risico's zijn gedekt met van elkaar afwijkende verzekerde sommen en eigen risico's.

Voor de modelclausule is met name rubriek 1 'het werk' relevant. Dit is een cascorubriek, waaronder het eigenlijke werk dat (volgens het bouwbestek) gebouwd moet worden, wordt gedekt.

Voor dit artikel is rubriek 2 'aansprakelijkheid' minder interessant. Die rubriek is bedoeld om de bouwpartijen te beschermen tegen claims van derden.

Daarnaast bevat een CAR-verzekering doorgaans een rubriek 3 'eigendommen opdrachtgever'. Net als rubriek 1 (het werk) is dit een cascorubriek. Onder deze rubriek worden de bestaande eigendommen van de opdrachtgever verzekerd.

Daarnaast zijn er nog andere rubrieken, zoals die voor aannemersmaterieel en eigendommen van bouwdirectie en personeel. Dit zijn de rubrieken 4 en 5 in het geval van de NBBM.

In de praktijk komt het vervolgens voor dat een (zesde) rubriek wordt toegevoegd om DSU-schade mee te verzekeren. Een dergelijke rubriek werd in de praktijk bijvoorbeeld meeverzekerd teneinde bij DBFM-contracten het risico van door Rijkswaterstaat opgelegde 'boetes' bij niet-tijdige oplevering te verzekeren. Een dergelijke boete vormt dan voor de projectvennootschap bedrijfsschade. Daarnaast zijn in de regel zogenaamde 'versnellingskosten' onder de DSU-dekking gedekt: kosten verband houdende met extra inspanningen van de bouwer (extra inzet van materieel en 'handjes') om een eventuele vertraging te beperken dan wel in zijn geheel te voorkomen.

Tijdens de online-presentatie is door de Technische Commissie Engineering toegelicht dat nu er met name vanuit de praktijk behoefte is aan DSU-dekking, omdat financierders van *off shore*-windmolenparken de eis stellen dat er dekking is voor vertraging in de oplevering. Een DSU-dekking geeft geldschietters extra comfort, aangezien bij de bouw van dit soort projecten veelal lege projectvennootschappen (zogenaamde SPVs, *Special Purpose Vehicles*) worden gebruikt.

Met de modelclausule is er een standaardtekst voor DSU-dekking ontwikkeld, waarbij het partijen – evenals bij de NBBM het geval is – vanzelfsprekend vrijstaat om daarvan af te wijken. Daarmee ben ik aanbeland bij de bespreking van de modelclausule.

3. De modelclausule (DSU)

Algemeen

Het doel van de modelclausule is om een zesde rubriek aan de NBBM toe te voegen: rubriek 6 'toekomstige bedrijfsschade', waarmee dekking wordt toegevoegd voor schade door vertraging in de oplevering.

Relevant hierbij is dat 'bedrijfsschade' standaard van dekking is uitgesloten. Ik verwijs naar artikel 1.5 aanhef en onder e van Rubriek 1 (het werk), waaruit blijkt dat uitgesloten is:

'bedrijfsschade alsmede kosten gemaakt ter voorkoming van bedrijfsschade, waaronder begrepen de kosten voortvloeiende uit vertraging van het werk en in de uitvoering van en onderhandeling over contracten'.

In de NBBM is *bedrijfsschade* als volgt gedefinieerd:

*'Geldelijk nadeel bestaande uit het verlies van nettowinst en de doorgaande vaste lasten waar geen inkomsten meer tegenover staan, als gevolg van stagnatie in het bedrijf door materiële beschadiging en/of verlies.'*¹³

In de modelclausule wordt vervolgens bedrijfsschade in de vorm van *toekomstige bedrijfsschade* meeverzekerd, maar uitsluitend ten behoeve van de verzekeringnemer. Zie artikel 3.1 van Rubriek 6:

'Deze Rubriek dekt de Toekomstige bedrijfsschade van de verzekeringnemer voortvloeiende uit een Vertraging en/of de Extra kosten als gevolg van of veroorzaakt door één of meerdere Gedekte gebeurtenis(sen).'

Hieruit volgt dat de modelclausule zowel 'Toekomstige bedrijfsschade' als 'Extra kosten' dekt.

Toekomstige bedrijfsschade

In artikel 2.7 is *toekomstige bedrijfsschade* als volgt gedefinieerd:

'(...) het totaal van de doorgaande vaste lasten en geprognostiseerde netto winst gedurende de periode dat het verzekerde werk ten gevolge van één of meerdere onder Rubriek 1 van deze polis gedekte gebeurtenis(sen), later wordt opgeleverd dan de Geplande Opleverdatum en de geplande bedrijfsactiviteiten van verzekeringnemer hierdoor nadelig worden beïnvloed'. (onderstreping toegevoegd; PvdV)

Kortom: onder de modelclausule wordt beoogd bedrijfsschade door vertraagde oplevering te verzekeren. Het gaat dan om de door de belanghebbende verzekerde, de partij die na oplevering van het werk inkomsten genereert met de exploitatie daarvan, *daadwerkelijk geleden* bedrijfsschade.

Opvallend is dat in de hierboven geciteerde definitie de dekking wordt gekoppeld aan de onder rubriek 1 (het werk) 'gedekte gebeurtenis(sen)'. Daarbij dient bedacht te worden dat bij de CAR-verzekering de oorzaak van de schade in beginsel niet relevant is en feitelijk beoogd wordt de *materiële beschadiging* van het werk als 'evenement' te verzekeren. Dat is aldus de gedekte gebeurtenis waaraan de modelclausule refereert.

De oplettende lezer is in dit verband ongetwijfeld opgevallen dat het begrippenpaar 'gedekte gebeurtenis(sen)' in artikel 2.7 niet met een hoofdletter is geschreven, waarmee – op basis van een zuiver objectieve uitleg – betoogd zou kunnen worden dat daarmee bedoeld is om *niet* aan te sluiten bij de in artikel 2.4 van de modelclausule opgenomen definitie van 'Gedekte gebeurtenis'. Dat artikel luidt als volgt:

"Onder een Gedekte gebeurtenis in het kader van deze Rubriek wordt verstaan een gebeurtenis waarbij schade is ontstaan in het Dekkingsgebied als gedefinieerd in deze Rubriek, die is gedekt onder Rubriek 1 van deze verzekering gedurende de bouw-/montage- en/of testtermijn, ook indien deze schade beneden het geldende eigen risico van Rubriek 1 blijft of niet wordt vergoed onder Rubriek 1 omdat deze (deels) verhaalbaar is onder een garantieverplichting." (onderstrepingen toegevoegd; PvdV)

Het komt mij voor dat een en ander een verschrijving is, die de opstellers van de modelclausule ongetwijfeld zullen corrigeren, en de modelclausule beoogt om in artikel 2.7 aan te sluiten bij de in artikel 2.4 opgenomen definitie. Het valt wel aan te bevelen dit daadwerkelijk te corrigeren, omdat anders niet uitgesloten kan worden dat een rechter op basis van een objectieve uitleg niet aanhaakt bij de definitie van gedekte gebeurtenis in artikel 2.4.

Extra kosten

Zoals aangegeven zijn onder rubriek 6 – naast de toekomstige bedrijfsschade – ook extra kosten gedekt. Dat zijn de volgende kosten:

'De extra kosten die verzekeringnemer in overleg met de verzekeraar daadwerkelijk gaat maken (ook de kosten voortvloeiende uit artikel 8.2 van deze Rubriek) teneinde de Verwachte vertraging te beperken of voorkomen, ook indien deze kosten achteraf bezien niet zinvol of effectief blijken te zijn. Dit alleen, indien het totaal van deze extra kosten het bedrag waarmee zij de Toekomstige bedrijfsschade voor verzekeraar naar verwachting zullen verminderen niet zullen overschrijden. (...)' (onderstrepingen toegevoegd; PvdV)

Kortom: de versnellingskosten zijn gedekt. Van belang daarbij is dat het maken van die kosten wel in overleg met verzekeraars¹⁴ dient te geschieden. Vanzelfsprekend kan – net als bij beredding – niet vooraf worden gegarandeerd dat een versnellingsmaatregel daadwerkelijk effect zal sorteren, zodat – zoals in de tekst gereflecteerd – voor de dekking van de gemaakte kosten niet uitmaakt of de maatregelen feitelijk aan een beperking/voorkoming van de vertraging hebben bijgedragen.

Voor de goede orde merk ik nog op dat in de definitie van 'Extra kosten' van artikel 2.2 enkele dekkingsbeperkingen zijn opgenomen. Zo is daarin bepaald dat de vergoeding voor extra kosten niet hoger mag zijn dan het bedrag waarmee de maatregelen de Toekomstige bedrijfsschade voor de verzekeraar *naar verwachting* zullen verminderen.¹⁵ Dat lijkt onzekerheid te bieden maar zal in de praktijk wel meevallen, aangezien de maatregelen op voorhand moeten worden afgestemd. Bij dat overleg zullen zij ongetwijfeld meenemen in hoeverre de maatregelen in het belang van verzekeraars en/of verzekerde zijn. Aanbevelingswaardig is om reeds op dat moment (ook) af te stemmen in welke mate de kosten onder de polis zullen worden vergoed. De bepaling lijkt vooral bedoeld te zijn om het vergoedingskader *vooraf* tussen partijen helder te hebben en kan in mijn visie beter in een ander deel van de modelclausule worden ondergebracht dan 'verstopt' in de definitie.

Daarnaast bevat de definitie een allocatiebepaling, relevant voor de reikwijdte van de geboden dekking:

'Indien extra kosten zijn gemaakt ter beperking van zowel de Toekomstige bedrijfsschade als de Wachttermijn, dan zullen deze kosten door verzekeraar op pro rata basis worden vergoed.'

De achtergrond hiervan dat versnellingsmaatregelen zowel in het belang van verzekeraars als in het belang van de verzekerde kunnen zijn. Immers, ook bij een DSU-dekking geldt voor verzekerde een eigen risico. Dat is in dit geval uitgedrukt in een wachttermijn (zie artikel 2.11): een op het polisblad vermelde termijn (in werkdagen) waarbinnen de vertraging in de oplevering voor rekening van de verzekeringnemer blijft. Pas na het verstrijken van de wachttermijn vangt de uitkeringstermijn aan (zie artikel 2.8). Kort gezegd betekent dit als de wachttermijn 30 dagen is en de totale vertraging van 45 dagen met 30 dagen wordt teruggebracht, dat de versnellingsmaatregelen voor 50 procent in het belang van verzekerde en 50 procent in het belang van verzekeraars zijn geweest. De praktijk zal ongetwijfeld weerbarstiger blijken te zijn.

Ook hier geldt dat de analogie met bereddingsmaatregelen kan worden getrokken. In het kader van beredding kan ook sprake zijn van bereddingsmaatregelen die zowel gedekte als niet-gedekte belangen dienen. In een dergelijke situatie vindt doorgaans (ook) een pro rata-benadering plaats.¹⁶ Alhoewel ook argumenten voor een andere benadering aangedragen kunnen worden, komt de pro rata-benadering mij voor als een juiste en billijke verdeling van de kosten van versnellingsmaatregelen tussen verzekerde en verzekeraars.

Uitsluitingen

Los van de dekkingsbeperkingen die volgen uit de systematiek van de modelclausule (zie hoofdstuk 4 hieronder), bevat artikel 6 van de modelclausule enkele uitsluitingen. Daarin is dekking uitgesloten voor vertraging die is veroorzaakt door of ten gevolge van bijvoorbeeld onvoldoende financiële middelen van de verzekeringnemer of het niet-bereikbaar zijn van het

bouwterrein. Artikel 6.7 bevat daarbij een uitsluiting voor verbeteringen in de oorspronkelijke uitvoeringswijze van het werk. Dit artikel is in mijn visie strikt genomen overbodig, aangezien dit reeds uit de systematiek van de dekking voortvloeit.

Separate aandacht verdient de uitsluiting voor door verzekeringnemer verhaalbare boetes op aannemers/leveranciers. De aanhef van artikel 6 en artikel 6.4 van de modelclausule luidt in combinatie als volgt:

'Onder deze Rubriek bestaat geen dekking voor c.q. van deze Rubriek zijn uitgesloten de Toekomstige Bedrijfsschade en/of Extra kosten en/of beïnvloeding van de vertraging veroorzaakt door of ten gevolge van (...) boetes en soortgelijke bedragen die verzekeringnemer kan verhalen op de aannemers/leveranciers ten gevolge van het niet- of vertraagd opleveren van het verzekerde werk.' (onderstrepingen toegevoegd; PvdV)

Volgens een tekstuele uitleg ziet de uitsluiting alleen op vertraging die is veroorzaakt of het gevolg is van verhaalbare boetes. Dat laat zich moeilijk voorstellen. Bedoeld zal zijn, zoals ook wel tijdens de online-presentatie aan de orde gekomen, om de dekking *secundair* te laten zijn ten opzichte van op aannemers/leveranciers verhaalbare boetes. Op dit punt is er, zo lijkt mij, nog wat werk aan de winkel voor de opstellers van de modelclausule om de tekst van de bepaling te stroomlijnen met de bedoeling van de Technische Commissie Engineering. In het geval de huidige tekst wordt gehandhaafd, is het namelijk niet ondenkbaar dat verhaalbare boetes worden meeverzekerd. Immers, de tijdens de online-presentatie gegeven toelichting is geen onderdeel van de schriftelijke toelichting op de modelclausule, waarmee het risico bestaat dat een rechter de tekst van de uitsluiting zal laten prevaleren.

4. De verhouding tussen de DSU-dekking en Rubriek 1 (het werk)

Zoals aangegeven is de DSU-dekking gekoppeld aan de dekking voor materiële beschadiging van het werk. Dit is een belangrijk uitgangspunt bij de bepaling van de reikwijdte van de DSU-dekking.

De toelichting op de modelclausule (zie pagina 6 van de modelclausule) vermeldt in dit verband:

'Omdat de dekking van deze Rubriek enkel en alleen van kracht is in verband met een gedekt[e] schade onder Rubriek 1 hebben eventuele beperkingen in de dekking van Rubriek 1 en in de algemene voorwaarden ook impact op de dekking van deze Rubriek.'

Zoals uit deze toelichting en de definitie van Gedekte gebeurtenis (artikel 2.4) volgt, is toekomstige bedrijfsschade alleen gedekt als de vertraging is veroorzaakt door een onder rubriek 1 gedekte materiële beschadiging. Dat is de 'impact' waarop de toelichting doelt. Het door het Verbond van Verzekeraars over DSU-dekkingen opgestelde informatiedocument verwoordt dit scherper:

'Alleen een op de CAR-verzekering gedekte schade kan leiden tot een aanspraak op dekking op de DSU-verzekering. Een DSU-verzekering wordt in de regel alleen gesloten voor een specifiek project. De DSU dekking is in principe gekoppeld aan de dekking onder rubriek I van de CAR polis, "Het werk". Koppeling tussen DSU en andere rubrieken is mogelijk maar vereist wel een nadere risicobeoordeling.

De reikwijdte van de polisdekking voor iedere afzonderlijke rubriek bepaalt impliciet de DSU-dekking.'

Daarbij is het van belang dat vertraging in de oplevering ook kan ontstaan door *niet*-verzekerde omstandigheden. Bijvoorbeeld door externe omstandigheden (een oorlog of Covid 19-crisis), vertraging in aanlevering van materialen, maar ook doordat bij schade wordt ontdekt dat het werk is behept met een ontwerpfout,¹⁷ hetgeen leidt tot een herontwerp (vertraging) en/of een andere uitvoeringswijze (vertraging).

Voor deze en andere 'ongedekte gebeurtenissen' biedt de DSU-dekking geen vergoeding. De (voor zichzelf sprekende) gedachte daarachter is dat de verzekerde zijn ondernemingsrisico niet op zijn verzekeraar kan afwentelen. De DSU-dekking wordt alleen aangesproken voor zover sprake is van een onder de rubriek van het werk gedekte materiële beschadiging. Dit is gebruikelijk ook het geval bij bijvoorbeeld PDBI-verzekeringen en machine(bedrijfs)schadeverzekeringen.

Het voorgaande betekent dat de DSU-dekking in beginsel de dekking onder de cascorubriek (het werk) volgt. Stel bijvoorbeeld dat de CAR-polis onder die rubriek geen dekking biedt voor de kosten verband houdende met het doorvoeren van verbeteringen in het ontwerp,¹⁸ dan bestaat er onder de DSU-rubriek (ook) geen dekking voor vertragingen die het gevolg zijn van het doorvoeren van die verbeteringen. Dit betekent ook dat vertraging die ontstaat doordat schade ontstaat aan een zaak die nooit 'goed' is geweest, niet onder de DSU-dekking valt.

Zie hierover ook het informatiedocument van het Verbond van Verzekeraars (pagina 7):

'2.8 Is alles gedekt?

Zoals bij iedere verzekering geldt, zijn ook bij DSU uitsluitingen van toepassing. Allereerst gelden alle uitsluitingen en beperkingen die van toepassing zijn op de CAR ook voor de DSU.

Veelvoorkomende uitsluitingen zijn vertraging door:

(...)

- *wijzigingen, aanpassingen, verbeteringen en herstel van andere tekortkomingen die worden uitgevoerd nadat het verzekerde evenement zich heeft voorgedaan;*

(...)' (onderstrepingen toegevoegd; PvdV)

Het voorgaande betekent dat de reikwijdte van de DSU-dekking, ondanks dat de tekst van de clausule qua hoeveelheid tekst niet bijzonder uitgebreid is, in belangrijke mate wordt bepaald door beperkingen in de reikwijdte van de dekking onder rubriek 1 (het werk). Die beperkingen kunnen voortvloeien uit *tekstuele* reikwijdtebeperkingen in de dekking onder rubriek 1, maar ook uit inherente – meer impliciete – beperkingen gerelateerd aan hetgeen in een CAR-polis onder *materiële beschadiging* wordt verstaan en de *aard* van de ter zake geboden dekking.

Dit alles maakt dat het vaststellen van de onder de DSU-rubriek gedekte schade nogal complex is. De kunst bij de DSU-dekking is om onderscheid te kunnen maken welk deel gerelateerd is aan vertraging door gedekte materiële beschadiging en welk deel van de vertraging gerelateerd is aan onverzekerde belangen.

Daarbij dient een lastige vergelijking gemaakt te worden: wat zou de opleverdatum van het werk zonder de gedekte schades zijn geweest?

Ten slotte merk ik op dat uit de tekst van de modelclausule volgt dat een vertraging die is veroorzaakt door een materiële beschadiging die weliswaar is gedekt maar *onder* het eigen risico van Rubriek 1 blijft, wel onder de DSU-dekking valt.¹⁹ Dat heeft het voordeel voor verzekerde dat een *grote* vertraging veroorzaakt door slechts een *geringe* materiële beschadiging onder de DSU-dekking valt.

5. Afronding

Het valt toe te juichen dat de Technische Commissie Engineering van de VNAB een modelclausule voor DSU-dekking heeft ontwikkeld. Zo wordt er meer bekendheid gegeven aan deze relatief onbekende dekking. Zoals uit het bovenstaande is gebleken, is de tekst van de modelclausule niet bijzonder uitgebreid, maar kan het vaststellen van de onder de DSU-rubriek gedekte schade – gelet op 'samenloop' van gedekte en ongedekte vertraging en de koppeling met het vereiste van materiële beschadiging – daaraan bijna recht evenredig complex zijn. Belangrijk is, zoals de opstellers van de modelclausule ook hebben aangegeven, dat de modelclausule geen oplossing biedt voor alle mogelijke aspecten die bij een DSU-dekking relevant zijn. Wat dat betreft is en blijft DSU-dekking maatwerk, waarbij een taak voor de makelaar is weggelegd.

Ook dit artikel bespreekt niet alle relevante aspecten. Zo kan ook de DSU-dekking in verhouding tot rubriek 3 nog worden verkend (in het geval van een uitbreiding van installaties/gebouwen) en verdient de rol van de risk controller bij DSU-projecten ook de nodige aandacht. Wat dat betreft kan dit artikel worden beschouwd als een versnellingsmaatregel om vertraging op dit gebied in te lopen.

Noten

¹ Ook wordt wel de benaming *Advanced loss of Profit* (ALoP) gebruikt.

² Zie over uitleg van beurspolissen bijvoorbeeld Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2019, nr. 347.

³ Zie over de DSU-clausule ook de informatieve brochure van het Verbond van Verzekeraars van april 2017.

⁴ Zo levert een zoekactie in een juridische zoekmachine op 'DSU', 'Delay in Start Up', 'toekomstige bedrijfsschade', of vergelijkbare termen vanuit verzekeringsrechtelijk perspectief geen resultaten of althans geen bruikbare resultaten op.

⁵ Een vergelijking met andere in de markt bestaande producten is ook zinvol, maar in verband met de omvang van het artikel heb ik ervoor gekozen dat niet te doen.

⁶ Zie daarover ook: T.J. Dorhout Mees, *De CAR-verzekering*, (R&P nr. VR7a) 2019/1.2.

⁷ In de praktijk wordt in polissen soms gebruikgemaakt van de term *materiële beschadiging* (bijvoorbeeld bij de NBBM) en soms wordt ook wel de term *materiële schade* gebruikt. Deze twee begrippenparen zijn wat mij betreft inwisselbaar, waarmee hetzelfde wordt bedoeld.

⁸ Ook *verlies* van een zaak is onder een CAR-polis gedekt. Daarop zal ik niet nader in deze bijdrage ingaan.

⁹ Het oogmerk van een ruime dekking wordt duidelijk als gekeken wordt naar de brede kring van partijen die onder een CAR-verzekering worden meeverzekerd: de opdrachtgever, (hoofd)aannemers, onderaannemers, constructeurs, bouwdirectie, noem maar op. Die hebben allen een door de polis gedekt belang. De verzekeringnemer, dat is meestal de hoofdaannemer of de opdrachtgever, beschermt door afsluiting van een CAR-polis dus niet alleen zijn eigen positie, maar ook die van zijn contractuele wederpartij en andere bij de bouw betrokken partijen.

¹⁰ Ik plaats hierbij de kanttekening dat dit alleen in zijn algemeenheid opgaat. Per geval zal in de polis gekeken moeten worden naar de exacte bewoordingen, waarbij de oorzaak van de schade wel degelijk relevant kan blijken te zijn. In specifieke dekkingen (zie bijvoorbeeld de GWW-clausule, ook in het kader van de VNAB tot stand gekomen en raadpleegbaar via de website van de VNAB) kunnen wel eisen zijn gesteld. Daarnaast kunnen temporele beperkingen in de dekkingssomvang (zoals bij de onderhoudstermijn het geval is) van belang zijn waarmee indirect de oorzaak van de schade een rol kan spelen.

¹¹ In artikel A.V. 1.2 van de NBBM 2013 is deze betekenis van het begrip materiële beschadiging vastgelegd. Daarmee wordt in mijn visie niet beoogd af te wijken van hetgeen in jurisprudentie daaronder wordt verstaan.

¹² Zie bijvoorbeeld hof Den Haag 13 oktober 2020, [ECLI:NL:GHDHA:2020:1844](#) inzake *Consilium Total Care/HDI*, r.o. 3.6: *'Het hof is van oordeel dat HDI met deze beide rapportages voldoende gemotiveerd heeft betwist dat 'prake is van beschadiging van een (aanvankelijk) gave toplaag. De rapportages komen er op neer dat de toplaag te dik is aangebracht, waardoor de oplosmiddelen onder de filmlaag niet voldoende konden uitdampen. Er zijn kratertjes/poriën/pinholes ontstaan en de toplaag is als gevolg van de drukkrachten losgelaten. Dat de toplaag te dik is aangebracht volgt uit onderzoek door COT BV van de verfschilfers afkomstig van de baan zelf. De monsters zijn begin september 2015 genomen bij de delen van de baan waar zich op dat moment blaasvorming voordeed. Hieruit volgt dat de toplaag reeds bij aanvang niet gaaf was, zodat van beschadiging in de zin van de CAR-verzekering geen sprake is.'*

¹³ Zie artikel A.V.1.4 van de NBBM 2013.

¹⁴ Het is de vraag of er recht is op vergoeding van versnellingskosten als dit niet in overleg met verzekeraars is gebeurd. Deze discussie is niet hetzelfde maar vertoont gelijkenissen met de bij aansprakelijkheidsverzekeringen spelende vraag of verzekerde recht heeft op de kosten van rechtsbijstand op het moment dat die niet met goedkeuring van verzekeraars worden gemaakt. Zie bijvoorbeeld: J.H. Wansink in: *Verzekering ter beurze. Coassurantie in theorie en praktijk*, O&R nr. 67, 2017, nr. XVII.5.2.

¹⁵ Dit is een in mijn visie toelaatbare beperking in de omvang van de geboden dekking.

¹⁶ Zie T.J. Dorhout Mees, *De CAR-verzekering*, (R&P nr. VR7a) 2019, p. 488. Vergelijk ook hof Den Haag van 11 oktober 2016, [ECLI:NL:GHDHA:2016:282](#) wat betreft de kosten van verweer.

¹⁷ Belangrijk is dat de vermogensschade die verband houdt met herontwerp en/of een andere uitvoeringswijze niet onder de cascorubriek is gedekt. Zie hierover T.J. Dorhout Mees, *De CAR-verzekering*, (R&P nr. VR7a) 2019, p. 167: *"Als de ontwerpfout tijdig, voordat zij tot beschadiging kon leiden, wordt ontdekt, zal er zeker sprake zijn van schade als gevolg van een ontwerpfout. Ongetwijfeld zullen aanpassingen moeten plaatsvinden die met de nodige kosten gemoeid zullen gaan, er is echter geen dekking omdat zich geen evenement in de zin van de polis, namelijk schade door beschadiging, heeft voorgedaan.(...)"*.

Daarnaast kan een ontdekking van een ontwerpfout tot een situatie leiden, waarin sprake is van een onmiddellijk dreigend gevaar op onder de cascorubriek (het werk) gedekte materiële schade. Zie hierover T.J. Dorhout Mees, *De CAR-verzekering*, (R&P nr. VR7a) 2019, p. 489, die het voorbeeld geeft van een muur die op omvallen staat en stutmaatregelen genomen moeten worden. Hij maakt

– mijns inziens – terecht een ‘knip’ tussen de bloot-feitelijke kosten die gemaakt worden ter afwending van het onmiddellijk dreigend onheil (de kosten van de stutmaatregelen), die wel voor vergoeding in aanmerking komen, en de niet-gedekte (vervolg)kosten van het slopen van de muur (aangenomen dat sloop niet de meest geëigende wijze is om het onmiddellijk dreigend onheil af te weten).

Indachtig die benadering komen ook de kosten van herontwerp en/of een andere uitvoeringswijze niet voor vergoeding in aanmerking. Ik merk bij het voorgaande op dat er sinds het *Asbestdaken*-arrest ([ECLI:NL:HR:2022:588](#)) nogal wat discussie wordt gevoerd over het leerstuk van beredding. Ik ga daar in dit artikel niet op in, maar volsta met de opmerking dat het arrest – los van de vraag of de daarin door de Hoge Raad gehanteerde benadering juist is geweest – wat mij betreft niet een-op-een toepassing kan vinden op een situatie van beredding onder een CAR-polis.

¹⁸ Dergelijke verbeteringen, maar ook bijvoorbeeld een verandering van werkwijze, plegen in de markt niet onder de cascorubriek (het werk) van de CAR-polis te worden gedekt. In het geval van de NBBM is dit in artikel 1.5 sub d van de NBBM 2013 geëxpliciteerd.

¹⁹ Zie de frase in artikel 2.4 *‘ook indien deze schade beneden het geldende eigen risico van Rubriek 1 blijft of niet wordt vergoed onder Rubriek 1 omdat deze (deels) verhaalbaar is onder een garantieverplichting’*.

Keywords

Beursvoorwaarden
CAR
Construction all risks
DSU
Toekomstige bedrijfsschade

Auteur(s)

Patrick van der Vorst

Advocaat bij VanNiekerkCieremans te Rotterdam, tevens redacteur van VAST

[LinkedIn](#)