

# COVID-19 en bedrijfsschadedekking

Muteert de polis (mee)?

Vorig jaar werd er door de Britse toezichthouder, de Financial Conduct Authority (hierna: 'FCA'), een *test case* 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 uitleg van 21 polissen stond centraal met belangrijke implicaties voor veel verzekeringnemers, veelal bedrijven in het midden- en kleinbedrijf, zoals kroegen en nagelstudio's.

Door Patrick van der Vorst en Daan van Ark

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* direct aan de Engelse Supreme Court (hierna: 'SC') voorgelegd. Vervolgens heeft de SC op 15 januari 2021 uitspraak gedaan. In deze bijdrage gaan we 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 muteren.

## 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, betrokken partijen en verloop van de procedure verwijzen wij naar de website van de FCA\*, alwaar ook de uitspraken zelf zijn te downloaden.

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 die 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.

## Wat heeft de Engelse Supreme Court besloten?

Met de SC-uitspraak is nu duidelijkheid gegeven over de werking van diverse polisbepalingen naar Engels recht. Niet alleen over de werking van de hierboven 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.

Bij lezing van de uitspraak lijkt de SC daarin mee te gaan door de *disease clause* – in tegenstelling tot de eerste rechter – meer tekstueel uit te leggen (nr. 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:

*" (...) it seems to us contrary to the commercial intent of the clause to treat uninsured cases of a notifiable 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."*

## Gevolgen voor Nederlandse polissen?

Voor de Engelse verzekeringnemers is de uitspraak van de SC goed nieuws. Meer verzekeringnemers zullen dekking krijgen onder hun polis en verzekeringnemers die al dekking hadden, zullen hogere bedragen uitgekeerd krijgen. Betekent deze uitspraak ook goed nieuws voor Nederlandse



Patrick van der Vorst is advocaat en partner bij VanNiekerkCieremans Advocaten



Daan van Ark is advocaat bij VanNiekerkCieremans Advocaten

verzekerden met ter beurze afgesloten verzekeringen waarin een *disease clause* is opgenomen? Dat betwijfelen wij. Het afwentelen van het volledige pandemierisico (feitelijk een systeemrisico) op verzekeraars doet in onze visie bijvoorbeeld geen recht aan datgene wat partijen hebben beoogd te verzekeren (dekking voor gevolgen van lokale besmetting) en wat niet. De door de SC gekozen benadering vormt volgens ons een breuk met de wijze waarop conventionele evenementen worden behandeld.

Stel bijvoorbeeld dat de COVID-19-pandemie in het geheel aan het Europese continent voorbij was gegaan. Toch ondervinden Nederlandse bedrijven economische hinder daardoor, bijvoorbeeld door de vrees dat de pandemie voet aan wal kan zetten in Nederland en/of door terugloop van buitenlandse bestellingen 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. Voor de Nederlandse situatie is bovendien van belang of een uitsluiting zoals is neergelegd in artikel 2.4.6 van de NBZB 2006 in de polis is opgenomen. Een dergelijke clause sluit, kort gezegd, *sowieso-schade* van dekking uit. Met de uitspraak van de SC in het achterhoofd valt te overwegen een dergelijke of zelfs specifiekere uitsluiting in polissen op te nemen als – in pandemietermen – vaccin tegen mutatie van de polis. <

\* <https://www.fca.org.uk/news/press-releases/result-fca-business-interruption-test-case>

## Vaccin tegen mutatie van de polis?