

De FCA-testcase: slaat 'viruswaanzin' toe bij polisuitleg?

VAST 2020 / B-0048

14 oktober 2020

Blog

In een door de Britse toezichthouder (Financial Conduct Authority, 'FCA') gestarte *test case* heeft de Engelse High Court of Justice ('HCoJ') enkele principiële oordelen gegeven over de uitleg van bedrijfsschadedekkingen in het licht van COVID-19. Dit gaat weliswaar over polissen naar Engels recht, maar het is niettemin zinvol te onderzoeken wat de testcase voor Nederlandse polissen kan betekenen. Heeft de FCA-testcase een voorbeeldfunctie voor de polisuitleg naar Nederlands recht? Hoe zou de Nederlandse rechter met de problematiek omgaan?

Deze bijdrage leent zich niet voor een diepgaande bespreking daarvan en ik beperk mij daarom tot een beknopte analyse van een tweetal subonderdelen van de HCoJ-uitspraak: (i) de uitleg van de term '*vicinity*' in bedrijfsschadedekkingen en (ii) de hypothetische situatie waarvan bij de berekening van de bedrijfsschade moet worden uitgegaan.

Mutatie HCoJ-uitspraak?

Voordat ik inga op de te bespreken subonderdelen van de HCoJ-uitspraak, is het van belang op te merken dat ik in deze bijdrage niet alle details de revue kan laten passeren. De uitspraak beslaat 162 pagina's, gaat in op 21 verschillende formuleringen van dekkingen, is gedaan naar Engels recht en staat open voor vernietiging in hogere instantie. Om in virusterminologie te blijven: de oordelen van de HCoJ zullen niet simpel naar Nederlandse polissen (met andere formuleringen) kunnen muteren. Toegegeven kan worden dat polisuitleg naar Engels recht in sommige opzichten vergelijkbaar is met die naar Nederlands recht, maar vanzelfsprekend zijn er ook verschillen (bijvoorbeeld: Nederlandse beursgebruiken). Bovendien dient elke individuele formulering, zoals ook nadrukkelijk in de HCoJ-uitspraak is geoordeeld, op eigen merites beoordeeld te worden.

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 verwijs ik kortheidshalve naar de website van de FCA (<https://www.fca.org.uk/news/press-releases/result-fca-business-interruption-test-case>), alwaar ook de uitspraak zelf is 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 HCoJ-uitspraak 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 *vicinity* van de verzekerde locatie een ‘ziekte’ manifesteert. Dat begrip kan dan een algemene definitie bevatten van hetgeen onder ziekte wordt begrepen (waaronder ook COVID-19 kan vallen), maar ook met naam genoemde ziekten (zoals legionella, malaria, voedselvergiftiging, miltvuur, kinkhoest, p. 44-45 van de uitspraak).

Uitleg van de term ‘vicinity’ door HCoJ

Zoals aangegeven is voor de dekking relevant of de ziekte zich binnen de *vicinity* van de verzekerde locatie heeft gemanifesteerd. In de HCoJ-uitspraak wordt een voorbeeldpolis aangehaald die deze term als volgt definieert (p. 46):

‘Vicinity means an area surrounding or adjacent to an Insured Location in which events that occur within such area would be reasonably expected to have an impact on an Insured or the Insured’s Business.’

Gelet op de woordelijke betekenis hiervan zou een lezer verwachten dat bedoeld is dekking te verlenen voor bedrijfsschade door een ziekte die zich in de (min of meer) directe omgeving van de verzekerde locatie voordoet. De Engelse HCoJ oordeelde anders (p. 49):

‘We consider that (...) in relation to a disease such as COVID19, an extensive area, possibly embracing the whole country, can be regarded as the relevant Vicinity for the purposes of this wording.’

De HCoJ is dit oordeel toegedaan gelet op – kort gezegd – de impact van COVID-19 en de aard en overige context van de polis. Cru gezegd kan dit in theorie ertoe leiden dat een uitbater van een in Londen gelegen hotel dekking heeft voor bedrijfsschade door een COVID-19 besmetting in Leeds (bijna 275 km verderop).

Begroting van de bedrijfsschade door HCoJ

De vraag is vervolgens hoe de bedrijfsschade moet worden berekend. Die wordt normaliter vastgesteld 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. Het draait dan met name om het vaststellen van de situatie onder (b): dient bij de bepaling van de hypothetische situatie alle coronagerelateerde bedrijfsschade weggedacht te worden? Dus niet alleen de plaatselijke besmettingen, maar de gehele (nationale?) epidemie ongeacht wat de invloed is geweest van een door de overheid opgelegde *lockdown*?

Volgens de HCoJ dient bij de besproken dekking van een besmetting in de omgeving zowel (i) de gehele nationale epidemie, alsook (ii) de als gevolg van de uitbraak door de overheid opgelegde restricties 'weggedacht' te worden (zie bijvoorbeeld p. 85, 89):

*'In our judgment the comparison which is to be made is between the **actual performance of the business** after the closure or restrictions which were imposed (which on our findings will not be before 26 March) and what **would have been the performance assuming no restrictions and no COVID-19** which led to them (and no other response to it by the authorities or the public).'* (Vetgedrukt toegevoegd; PvdV.)

Het gevolg daarvan is dat de bedrijfsschade voor de verzekerde en dus de polisuitkering hoger uitvalt: omdat de nationale uitbraak en de naar aanleiding daarvan getroffen maatregelen aan het verzekerde evenement worden 'toegerekend' (feitelijk door incorporatie in dat begrip), wordt een groter deel van de derving geacht geraakt te zijn door het verzekerde evenement.

Hoe muteert dit naar de Nederlandse situatie?

De twee hiervoor genoemde oordelen van de HCoJ zijn ten voordele van verzekerden. Een rode draad in de uitspraak van de HCoJ lijkt te zijn dat de dekkingen anders geen betekenisvolle dekking voor verzekerden opleveren. Gelet op de maatschappelijke impact van de pandemie op grote groepen ondernemingen valt dat weliswaar te billijken, maar de vraag is of dit recht doet aan de reikwijdte van de door partijen overeengekomen dekking. Het laatste woord is daarover in Engeland nog niet gezegd. De vraag rijst hoe een en ander in de Nederlandse situatie zou worden beoordeeld. Ik stip hierna kort enkele aspecten aan voor ter beurze afgesloten verzekeringen.

Uitgangspunt bij de vergoeding van bedrijfsschade is dat de derving van brutowinst van de onderneming wordt vergoed indien die derving te wijten is aan een storing in de bedrijfsactiviteiten die is veroorzaakt door een gedekt gevaar (vergelijk artikel 2.1 van de NBBU 2006, de toelichting op de 2002-versie, en artikel 2.1.2 van de NBZB 2006; ter zijde: dit zijn geen *non-material damage* dekkingen).

De koppeling/causaliteit met het gedekte evenement is dus van belang, evenals de vraag wat onder het gedekte evenement wordt verstaan. Als het gedekte evenement eng moet worden opgevat, valt de bedrijfsschade in abstracto lager uit. Een ruimere uitleg, zoals de HCoJ met haar uitleg van *vicinity* voorstaat, leidt tot een hogere vaststelling van de bedrijfsschade.

In dit verband betwijfel ik of de uitleg van *vicinity* door de HCoJ ook voor de Nederlandse situatie navolging verdient. De wijze waarop de HCoJ dat begrip heeft uitgelegd is weliswaar te volgen en op een galactische schaal bevindt Leeds zich inderdaad in de 'omgeving' van Londen, maar de vraag is of dit recht doet aan hetgeen partijen werkelijk met de gebruikte formuleringen voor ogen hebben gestaan. Partijen kijken niet primair op een dergelijke manier naar hun polis. Uitgangspunt is het verzekeren van de *locatie* van verzekerde, waarbij het – kort gezegd – de uitzondering op de regel is dat evenementen *buiten* die verzekerde locatie zijn gedekt. Daaruit vloeit veeleer voort dat de 'omgeving' een in ruimtelijk opzicht meer afgebakend territorium is, niet een gebied dat 250 km (of verder) ligt. Andere in de markt gebruikte bewoordingen bieden ruimte voor een dergelijke interpretatie. Zo besteedt de HCoJ aandacht aan een polisformulering die alleen dekking biedt als het evenement zich binnen een straal van 1 mijl van de verzekerde locatie manifesteert. De vraag doet zich voor of partijen zulks hebben opgenomen om (a) te willen afwijken van het ruime geografische bereik dat het begrip *vicinity* met zich zou brengen, dan wel (b) met de 1-mijls-bepaling een concrete invulling te geven aan hetgeen in de praktijk onder *vicinity* wordt verstaan. De HCoJ koos, als gezegd, voor het eerste en gaf daarmee een ruime uitleg aan het begrip *vicinity*.

Voor toepassing van een dergelijke 'galactische' uitleg in de Nederlandse situatie vind ik geen aanknopingspunten in de standaard *PDBI-woording* van enkele Nederlandse beursmakelaars. Ook vergelijking van de Nederlandse en Engelstalige versie van de NBZB 2006 biedt daarvoor geen steun (vergelijk de dekkingen onder artikel 3 dat luidt: 'Dekking nabij het gebouw', hetgeen is vertaald met '*Vicinity of the building*'). Kortom: voldoende voer voor een verdiepend artikel over deze uitleg.

De vervolgvraag is: stel dat het begrip *vicinity* beperkter moet worden opgevat, dient bij de bedrijfsschade dan (wel) onderscheid te worden gemaakt tussen derving als gevolg van besmettingen *binnen* en *buiten* het gedefinieerde gebied? In de visie van de HCoJ is dat niet het geval: een lokale uitbraak en een nationale epidemie (inclusief getroffen maatregelen) worden als één evenement beschouwd, althans die dienen weggedacht te worden bij de berekening van de derving.

Dit vereenvoudigt de calculatie van de derving (hetgeen voor de HCoJ lijkt mee te wegen), maar doet in mijn visie geen recht aan datgene dat is beoogd te verzekeren en de te onderscheiden elementen van de problematiek (dekking voor gevolgen van lokale besmetting versus geen dekking voor nationale epidemie en opgelegde overheidsmaatregelen). Een voorbeeld kan dit verduidelijken: stel dat bij een chemisch bedrijf sprake is van een veiligheidscultuur die niet op orde is waardoor een brand ontstaat. Na de brand (maar hetgeen ook in de rede zou hebben gelegen als een reguliere inspectie had plaatsgevonden) beveelt de bevoegde instantie het bedrijf

diverse verbeteringen in organisatorische en fysieke veiligheidsmaatregelen door te voeren waardoor de bedrijfsschade vele malen hoger uitvalt. Als we de visie van de HCoJ daarop toepassen, dan zou ook de derving als gevolg van de overheidsmaatregelen onder de dekking van de polis vallen. Dat lijkt mij moeilijk verdedigbaar: er is bedoeld alleen de derving die het gevolg is van de brand te verzekeren. Op het moment dat de brandschade is hersteld, had het bedrijf – zouden de overheidsmaatregelen niet zijn opgelegd – verder kunnen draaien. Het feit dat het bedrijf zijn veiligheidscultuur niet op orde heeft, hebben partijen niet willen verzekeren. Gelet daarop is in mijn visie het enkele feit dat de brand voortvloeit uit het falende beleid onvoldoende om de gehele derving voor rekening van de verzekeraar te laten komen.

Als we dit voorbeeld transponeren naar COVID-19 (met de bekende kanttekening dat dit met abstracte voorbeelden altijd lastig is): waarom zouden verzekeraars moeten opkomen voor de derving die door de nationale epidemie en getroffen overheidsmaatregelen is veroorzaakt, terwijl zij alleen besmettingen in een beperkt gebied als gedekt evenement hebben aangewezen? Dat zou in mijn visie een breuk zijn met de wijze waarop meer conventionele evenementen worden behandeld. Of hebben we hier te maken met het nieuwe 'normaal'?

Keywords

Bedrijfsschade
Corona
Uitleg vicinity
Verbintenissenrecht
Verzekeringsrecht

Auteur(s)

Patrick van der Vorst

Advocaat bij VanNiekerkCieremans te Rotterdam

[LinkedIn](#)