

BI-verzekering en coronamaatregelen: hoe zit het internationaal?

VAST 2020 / P-0046

6 november 2020

Wereldwijd worden veel bedrijven (opnieuw) getroffen door significante terugval van bedrijfsactiviteiten en/of sluiting als gevolg van de maatregelen die door overheden worden getroffen om het coronavirus het hoofd te bieden. Een groot deel van deze bedrijven heeft waarschijnlijk wel een of andere vorm van bedrijfsschadeverzekering ('*Business Interruption*' verzekering). Zo'n verzekering dekt omzetsderving door bedrijfsstilstand. In dit artikel bespreken wij of bedrijfsschade als gevolg van coronamaatregelen onder een BI-verzekering kan vallen. Internationaal zien we verschillende polisvoorwaarden én verschillende meningen. Deze internationale ontwikkelingen zijn ook van belang voor de Nederlandse markt. Dat geldt zeker voor een baanbrekende test case die recent tot een boeiende uitspraak in het Verenigd Koninkrijk heeft geleid. Daarnaast gaan we in op de situatie in Duitsland, Frankrijk, de Verenigde Staten en uiteraard Nederland.

1. Typen BI-verzekeringen

Een *Business Interruption* of BI-verzekering kan als '*standalone*' verzekering worden afgesloten of als onderdeel/extensie van een bestaande polis, normaliter tegen betaling van extra premie.

In algemene zin – en in internationaal perspectief bezien – kunnen drie 'kerntypes' BI-verzekeringen worden onderscheiden:

- i. verzekeringen die dekking bieden voor bedrijfsschade als gevolg van materiële schade aan een verzekerde opstal/een verzekerd eigendom, die plaatsvindt als gevolg van een specifiek evenement (een zogeheten '*named peril*', zoals brand);
- ii. verzekeringen die dekking bieden voor bedrijfsschade als gevolg van materiële schade aan opstallen/eigendommen van een *derde*, die plaatsvindt als gevolg van een *named peril*, en die de bedrijfsvoering van het verzekerde bedrijf raakt omdat dit bedrijf bijvoorbeeld van de toelevering door deze derde afhankelijk is; en
- iii. verzekeringen die dekking bieden voor bedrijfsschade als gevolg van onderbreking van de bedrijfsvoering, bijvoorbeeld als gevolg van beperkingen opgelegd door de autoriteiten die het onmogelijk maken om het bedrijf te betreden.

De eerste twee genoemde types BI-verzekeringen zijn afhankelijk van het eerst plaatsvinden van enige vorm van materiële schade – alleen het derde genoemde type BI-verzekering is dat niet.

2. De BI-verzekering in Nederland

In Nederland kennen wij *standalone* BI-verzekeringen en BI-verzekeringen als extensie van (bijvoorbeeld) een opstal- of machinebreukverzekering. Dergelijke verzekeringen vergoeden de doorlopende vaste kosten van een bedrijf, waartegenover de inkomsten zijn weggevallen, plus gedeerde winst. Wij hebben voor dit artikel 58 polissen van 24 verzekeraars vergeleken.¹ Onze bevindingen zijn hieronder opgenomen.

Standalone bedrijfsschadeverzekeringen bieden over het algemeen dekking voor:

- (1) materiële schade aan gebouwen, inventaris en/of goederen van de *verzekerde*, of
- (2) materiële schade aan gebouwen, inventaris en/of goederen van een *derde*, als gevolg van een in de polis genoemde oorzaak, als die de bedrijfsvoering van de verzekerde raken.

Dit betreft dus de kerntypes i en ii zoals hiervoor genoemd, en vereist enige vorm van materiële schade voordat BI-verzekeringsdekking wordt geboden. In deze polissen is de dekking daarnaast vrijwel altijd beperkt tot in de polis genoemde oorzaken, zoals brand, ontploffing, storm enzovoort. Ook wordt in sommige (uitgebreide polissen) dekking geboden voor schade als gevolg van het uitvallen van de openbare levering van gas, elektriciteit, warmte of water. Daarnaast worden in iedere polis bepaalde oorzaken van dekking uitgesloten, zoals een kernreactie of een aardbeving. Wij hebben geen *standalone* BI-polissen gezien die specifiek 'pandemie' als uitgesloten oorzaak opnemen, maar dat lijkt ook logisch nu het hier gaat om oorzaken van de hiervoor genoemde *materiële* schade en niet om de oorzaken van de daaropvolgende bedrijfsschade. Hoe dan ook leidt zowel het feit dat er eerst sprake moet zijn van een materiële schade, als het feit dat deze schade het gevolg moet zijn van een in de polis genoemde oorzaak, tot de conclusie dat bedrijfsschade als gevolg van de COVID-19-pandemie in principe niet gedekt is onder de gangbare Nederlandse *standalone* BI-verzekeringen.

Waar het gaat om BI-verzekeringen als extensie van (bijvoorbeeld) een opstal- of machinebreukverzekering dekken deze doorgaans de bedrijfsschade die het directe gevolg is van de primair gedekte materiële schade aan een verzekerde opstal/een verzekerd eigendom als gevolg van een specifiek evenement (bijvoorbeeld brand). Dit betreft dus het kerntype i zoals hiervoor genoemd, en vereist ook enige vorm van materiële schade voordat BI-verzekeringsdekking wordt geboden. Zo zal onder een opstalverzekering de bedrijfsschade in principe alleen worden gedekt als (eerst) sprake is van materiële schade aan verzekerde goederen (zoals onroerend goed of inventaris), veroorzaakt door een risico dat in de polisvoorwaarden is gespecificeerd (zoals brand of storm). Bij een machinebreukverzekering/machinebreuk-bedrijfsschadeverzekering zal eerst sprake moeten zijn van het stilvallen van een machine, waarna de verzekeraar opkomt voor zowel het herstel van de machine als voor de bedrijfsschade die door de stilstand ontstaat (met een eigenrisicotermijn).

Andere – bredere – (standaard)types BI-verzekering zijn ons op de Nederlandse markt niet bekend. De reikwijdte van een BI-verzekering is hier dan ook beperkt: bedrijfsschade is in feite een gevolgschade van het oorspronkelijke euvel, en wordt ook alleen als afgeleide daarvan gedekt. Bij verzekeringen die een dergelijke materiële schade vereisen alvorens over te gaan tot dekking van de bedrijfsschade die daar het gevolg van is, zal de bedrijfsstilstand door de COVID-19-pandemie dus in principe niet gedekt zijn. In het algemeen kwalificeert schade die het directe of indirecte gevolg is van de pandemie – denk bijvoorbeeld aan bedrijfsschade als gevolg van een al dan niet gedwongen tijdelijke sluiting – immers niet als materiële schade aan eigendommen, en zal ook geen sprake zijn van het plaatsvinden van een in de polis genoemd risico. In Nederland lijkt de verzekeringsmarkt dan ook unaniem van oordeel dat dergelijke schade niet valt onder de reguliere BI-dekking.

Dit zou anders kunnen zijn bij een maatwerkpolis waarin de bewoording van de dekkingsomschrijving ruimer is. Afhankelijk van de formulering van de gedekte risico's (bijvoorbeeld als sprake zou zijn van een *all risks* verzekering met uitsluitingen, in plaats van een verzekering op basis van *named perils*) – en zeker als het gaat om de markt voor complexere risico's – kan het scala aan oorzaken voor bedrijfsstilstand, en dus ook de gevallen waarin bedrijfsschade gedekt zal zijn, groter zijn. Dat geldt zeker ook voor verzekeringen die worden gesloten op buitenlandse markten, zoals de Londense verzekeringsmarkt, waar men in ieder geval ook het hiervoor genoemde derde typevoorbeeld BI-verzekering kent. In dergelijke gevallen is het denkbaar dat bedrijfsstilstand, bijvoorbeeld door een gebod of verbod van overheidswege, wél gedekt is.

3. Een blik over de grens

3.1 Frankrijk

In Frankrijk geldt – net als in Nederland – dat onder de meeste polissen dekking wordt geboden wanneer sprake is van materiële schade die is veroorzaakt door een van de in de polis vermelde gebeurtenissen. Er lijken echter ook polissen te bestaan die bredere dekking bieden, zoals het hiervoor genoemde kerntype iii, voor schade in geval van een door de overheid opgelegde sluiting.² In Frankrijk actieve verzekeraars stellen zich niettemin op het standpunt dat zij niet uit hoeven te keren, op gronden die vergelijkbaar zijn met de opmerkingen die hiervoor zijn gemaakt over de polissen in Nederland.

Er zijn al enkele rechtszaken gestart over deze problematiek. Opvallend is een uitspraak van een Franse voorzieningenrechter, die in het voordeel van de verzekerde besliste.³ De verzekeraar, AXA, werd in kort geding veroordeeld tot betaling van een voorschot van € 45.000 aan een Parijse restauranthouder die met bedrijfsschade werd geconfronteerd als gevolg van het coronavirus. De restauranthouder stelde zich op het standpunt dat AXA dekking zou moeten bieden voor verliezen als gevolg van een door de overheid

opgelegde sluiting. De polis bood namelijk dekking voor 'operationele verliezen' als gevolg van een bedrijfssluiting op last van de politie of gezondheidsautoriteiten. Naar Frans verzekeringsrecht moet een risico 'meetbaar' zijn om verzekeraar te zijn. Er was nog geen precedent over de vraag of een pandemie aan dat criterium voldoet. De rechtbank oordeelde dat de overheidsmaatregelen, die restaurants ervan weerhielden om gasten te ontvangen en hun traditionele diensten aan te bieden, voldoende grondslag boden voor dekking voor bedrijfsonderbreking. De rechtbank verwierp het argument van AXA dat de pandemie een onverzekerbaar risico was en maakte onder verwijzing naar een bepaling uit het Franse verzekeringsrecht duidelijk dat als AXA een dergelijk risico had willen uitsluiten, zij dit uitdrukkelijk in haar polisvoorwaarden had moeten doen. Er zal nog een bodemprocedure moeten worden gevoerd in deze zaak, dus het laatste woord is hier zeker nog niet over gezegd. Er zijn op dit moment ook nog vele andere procedures aanhangig in Frankrijk, waarvan de uitkomst nog op zich laat wachten.

In Frankrijk mengen de overheid en de Franse Verzekeringfederatie zich intussen actief in het discours. Zij proberen de verzekeringsmaatschappijen onder druk te zetten om hun beleid bij te stellen, zodat dekking kan worden geboden en toekomstige mechanismen voor dit soort crises kunnen worden overwogen.⁴

3.2 Duitsland

Ook in Duitsland is een stevige discussie ontstaan over de verzekeringsdekking van de financiële gevolgen van het coronavirus, en ook hier zijn hierover rechtszaken gestart. In Duitsland geldt ook dat veruit de meeste polissen enkel dekking bieden voor materiële schade als gevolg van een in de polis vermelde gebeurtenis, zoals kerntype i en ii als hiervoor genoemd. Slechts bij uitzondering bieden verzekeraars dekking in gevallen waarin de schade wordt veroorzaakt door beperkingen van overheidswege in geval van een besmettelijk virus en/of pandemie.⁵

In Duitsland lijken inmiddels wel compromissen te ontstaan. Zo hebben het Beierse Ministerie van Economische Zaken, brancheorganisaties en enkele verzekeraars een oplossing uitgewerkt voor bedrijven in de deelstaat Beieren die een bedrijfsschadeverzekering hebben. Hun (niet bindende) gezamenlijke aanbeveling is dat verzekeraars in geval van bedrijfssluitingen als gevolg van de coronapandemie een bepaald (gemaximeerd) bedrag van de bedrijfsschade moeten dekken.⁶ Veel verzekeraars hebben aangekondigd dat zij deze regeling ook in de rest van Duitsland zullen toepassen en dus 10-15 procent van de verliezen van al hun Duitse klanten zullen dekken. Sommige verzekeraars hebben zelfs vrijwillig verklaard dat zij hun klanten in grotere mate tegemoet zullen komen. Bijzonder is hieraan dat het gaat om een vrijwillige bijdrage van de verzekeringssector met het oog op de uitzonderlijke situatie van de huidige pandemie. De betalingen worden dan ook gedaan zonder erkenning van een wettelijke en/of contractuele verplichting.

3.3 Verenigde Staten

De COVID-19-pandemie heeft er ook in de Verenigde Staten toe geleid dat een hevige discussie is ontstaan over de vraag of de gevolgen hiervan worden gedekt onder een bedrijfsschadeverzekering. Voor zover wij hebben kunnen nagaan wordt in de Verenigde Staten – net als in Nederland – onder de meeste polissen dekking geboden voor bedrijfsschade wanneer sprake is van materiële schade aan het verzekerde gebouw, inventaris en/of goed (*'direct physical loss of or damage'*). Hier lijkt dus geen plaats te zijn voor kerntype iii verzekeringen.

De staten (en de zich daarin bevindende rechtbanken) van de Verenigde Staten zijn niet gelijkgestemd over de definitie van materiële schade. Sommige rechtbanken vereisen 'tastbare' schade aan eigendommen om een geslaagd beroep te kunnen doen op een bedrijfsschadepolis.⁷ Vanuit dit perspectief lijken de gevolgen van de coronapandemie niet gedekt onder de verzekering. Andere rechtbanken hanteren een minder enge definitie. Met deze ruimere benadering is al aan de kwalificatie van materiële schade voldaan wanneer eigendommen 'onbruikbaar' zijn geworden.⁸ Of deze ruimere benadering de schade als gevolg van de pandemie *we/zou* dekken, is echter een complexe vraag waarop het antwoord van geval tot geval kan verschillen. Veel bedrijven werken vanwege overheidsmaatregelen met beperkte capaciteit, maar zijn niet geheel tot stilstand gekomen aangezien zij nog steeds enige bedrijfsactiviteit ontplooiën (al dan niet na aanpassing).

Er zijn in de Verenigde Staten momenteel al honderden rechtszaken aanhangig waarin verzekerden zich op het standpunt stellen dat het begrip 'materiële schade' ruim moet worden uitgelegd en ook de gevolgen van de COVID-19-pandemie moet omvatten.⁹ De meeste van deze rechtszaken bevinden zich nog in een beginstadium. Er zijn op dit moment slechts enkele uitspraken gedaan, met een enkele positieve maar overwegend negatieve uitkomsten voor verzekerden.¹⁰

In een poging de geschillen te beëindigen en dekkingsbetalingen te stroomlijnen, overwogen het Congres en verschillende staten wetgeving omtrent bedrijfsschadeverzekeringen.¹¹ Deze wetgeving moet een regeling creëren waarbij verzekeraars bedrijfsschade van ondernemingen dekken in ruil voor een achtervangmechanisme voor herverzekering. Deze maatregelen zijn op het moment van schrijven van dit artikel echter nog niet genomen.

4. Verenigd Koninkrijk: de *FCA test case*

4.1 Discussie in aanloop naar de *FCA test case*

Ook in het Verenigd Koninkrijk bestond er in aanloop naar de *test case* onenigheid over de vraag of bedrijfsschadeverzekeraars dekking moesten bieden en zo ja, welke

schadecomponenten ze dan moesten vergoeden. In het Verenigd Koninkrijk zijn er veel verschillende (polis)formuleringen in omloop en kent men ook verzekeringen van het hiervoor genoemde derde kerntype; 'non-material damage' BI-verzekeringen. Sommige polisformuleringen zouden wellicht dan ook ruimte kunnen bieden voor verzekerden.¹² Sinds de uitbraak van het coronavirus zijn er al verschillende rechtszaken aanhangig gemaakt door verzekeringnemers als gevolg van een dekkingweigerings door verzekeraars. Deze zijn echter aangehouden in afwachting van de *FCA test case* (waarover hierna meer). Deskundigen in het Verenigd Koninkrijk hebben in het beginstadium verklaard dat zij die zaken zien als een 'uphill battle'.¹³ Zij benadrukten dat het coronavirus bij organisaties geen materiële schade heeft veroorzaakt, maar ook dat verzekeraars nog andere voorwaarden en uitsluitingen kunnen aanwenden om dekking te onthouden of te minimaliseren.

4.2 Uitgangspunten van de *FCA test case*

Tegen de achtergrond van de hiervoor genoemde discussie is de FCA een *test case* begonnen tegen verschillende verzekeraars. De FCA is de *Financial Conduct Authority* – de Britse toezichthouder op de financiële markten, waaronder de verzekeringsmarkt, en vergelijkbaar met de Nederlandse AFM. De FCA voerde de zaak ten behoeve van polishouders, waarbij maar liefst 21 verschillende representatieve en veelvoorkomende standaardtype polisvoorwaarden van acht verschillende verzekeraars tegen het licht werden gehouden.

De zaak is op 9 juni 2020 gestart onder het versnelde regime van de '*Financial Market Test Case Scheme*'. Dit regime kan gebruikt worden voor vorderingen die raken aan onderwerpen van algemeen belang waarover onmiddellijk gezaghebbend en richtinggevend advies op het gebied van Engels recht nodig is. Gezien het belang en de urgentie van deze zaak is door twee rechters toestemming gegeven om deze zaak versneld te horen. Dat maakt het Verenigd Koninkrijk op dit moment de absolute BI-koploper van Europa.

De acht gedaagde verzekeraars hebben ermee ingestemd om aan de *test case* mee te doen. De FCA behartigde zoals gezegd de belangen van de polishouders, die voor het merendeel bestonden uit mkb-bedrijven. Hoewel er zoals gezegd 21 verschillende polisbewoordingen zijn onderzocht, schat de FCA in dat in naast deze specifieke bewoordingen nog eens 700 types polissen van 60 verzekeraars en 370.000 verzekerden mogelijksterwijs door de beslissing in de *test case* worden geraakt. Die cijfers liegen er niet om.

De zaak is abstract aangepakt. Er zijn geen getuigen gehoord voor deze zaak en over bepaalde feiten die daaraan ten grondslag liggen is door partijen geen discussie gevoerd (zoals de door de Britse overheid genomen maatregelen). Twee belangenverenigingen, de *Hiscox Action Group* en de *Hospitality Insurance Group Action* – actiegroepen van boze klanten die hun claims door hun verzekeraars afgewezen zagen worden – hebben

zich gevoegd aan de zijde van bepaalde polishouders en argumenten aangevoerd ter aanvulling op de argumentatie van de FCA.

4.3 Relevante polisvoorwaarden in *FCA test case*

Zoals gezegd zijn er in de *FCA test case* 21 verschillende representatieve en veelvoorkomende standaardtypes polisvoorwaarden van acht verschillende verzekeraars tegen het licht gehouden. Daarbij is het zeer relevant dat deze polissen '*non-damage business interruption insurance extensions*' betroffen. Het ging dus primair *niet* om het in Nederland voorkomende type BI-verzekeringen – die bedrijfsschade dekken als extensie van een verzekerde materiële schade – maar om in polissen opgenomen extensies voor *andere* schade dan materiële schade.

De relevante bepalingen uit deze polisvoorwaarden kunnen in drie categorieën worden onderverdeeld:

- '*Disease wordings*': bepalingen die dekking bieden voor bedrijfsschade als gevolg van een meldingsplichtige ziekte die zich voordoet binnen een gespecificeerde radius rondom de verzekerde locatie.
- '*Prevention of access/public authority wordings*': bepalingen die dekking bieden wanneer er sprake is van een belemmering van de toegang tot – of gebruik van – de verzekerde locatie als gevolg van restricties opgelegd door de overheid of een andere autoriteit.
- '*Hybrid wordings*': bepalingen die van toepassing zijn ingeval van restricties die worden opgelegd ten aanzien van de verzekerde locatie in samenhang met een meldingsplichtige ziekte.

Daarnaast ging het in de *test case* ook om de vraag hoe '*trend clauses*' werken – dat zijn clausules die in ogenschouw nemen hoe bepaalde zakelijke trends het verzekerde bedrijf zouden hebben beïnvloed indien de specifieke kwestie waarop de verzekeringsclaim gebaseerd is zich niet zou hebben voorgedaan.

4.4 Uitkomst *FCA test case*

De uitspraak van de HCoJ in deze zaak is geweest op 15 september 2020. Hij beslaat 162 pagina's en leent zich niet altijd even goed tot samenvatting. Wij beperken ons tot de meest relevante conclusies.¹⁴

Disease wordings

Vier van de in de *FCA test case* betrokken verzekeraars (RSA, Argenta, MS Amlin en QBE) hadden polissen die in deze categorie vallen. Hoewel de precieze bewoordingen verschilden, dekten vrijwel al deze polissen bedrijfsschade als gevolg van: (1)

onderbreking of inmenging met het bedrijf; (2) volgend op / voortkomend uit / als gevolg van; (3) een meldingsplichtige ziekte / het zich voordoen van een meldingsplichtige ziekte / een menselijke infectieziekte of besmettelijke ziekte vertoond door een persoon; (4) binnen 25 mijl / 1 mijl / de omgeving ('*vicinity*') van de verzekerde locatie.

Verzekeraars stelden zich op basis van deze polisbewoordingen op het standpunt dat er (enkel) dekking was voor het zich *lokaal* voordoen van een meldingsplichtige ziekte. Als, net zoals in dit geval, de ziekte wijdverbreid zou zijn, dan zouden enkel de effecten van de lokale uitbraak van COVID-19 voor het bedrijf gedekt zijn, en dan nog enkel voor zover deze los konden worden gezien van de bredere effecten. Zo betoogden verzekeraars bijvoorbeeld dat er geen dekking kon zijn als – de lokale uitbraak wegdenkend – er dezelfde onderbreking of inmenging in het bedrijf zou zijn geweest. Kort gezegd stelden verzekeraars dus dat in dit geval de lokale uitbraken van COVID-19 de onmiddellijke oorzaak moesten zijn van de onderbreking van of inmenging in het bedrijf (in dit geval: de maatregelen van de overheid die tot sluiting dwongen).

De FCA had daarentegen gesteld dat deze causale toets (onmiddellijke oorzaak) gehaald zou worden als, zoals in dit geval, de COVID-19-uitbraak in het relevante gedekte gebied een onverbreekbaar onderdeel was van de ziekte, dan wel dat de lokale uitbraak moest worden gezien als een van vele lokale uitbraken, zodat ook een pandemie gedekt kan zijn. De HCoJ ging mee in de argumentatie van FCA en oordeelde dat de meldingsplichtige ziekte de onmiddellijke oorzaak was van de onderbreking van de bedrijfsvoering, en dat de lokale uitbraken daar een onlosmakelijk onderdeel van vormen. Een alternatieve interpretatie die de HCoJ daarnaast opperde, was dat elke lokale uitbraak een afzonderlijke maar onmiddellijke oorzaak ('*effective cause*') was voor de nationale maatregelen van de overheid.

Een belangrijk oordeel van de HCoJ is dat de dekking niet beperkt is tot uitbraken die (alleen) volledig binnen het betrokken polisgebied plaatsvonden, omdat (a) in de polisbewoordingen niet uitdrukkelijk was vermeld dat de ziekte *alleen* binnen het betrokken polisgebied mocht voorkomen – de verzekerde oorzaak was *een meldingsplichtige ziekte die zich in de buurt van de verzekerde locatie heeft voorgedaan*, en niet beperkt tot gebeurtenissen die enkel lokaal plaatsvinden; en (b) deze constructie ook in overeenstemming is met de aard van de verzekering met betrekking tot een meldingsplichtige ziekte. Ziektes waarvoor een meldingsplicht bestaat, zijn immers vaak ook ziektes die zich op grote schaal kunnen verspreiden (bijvoorbeeld SARS) en die van dien aard zijn dat zij een reactie van nationale (en niet alleen lokale) instanties vereisen. Infectieziektes en besmettelijke ziektes bij de mens kunnen zich van nature in een zeer gecompliceerd en vloeiend patroon verspreiden. Gevallen binnen het relevante polisgebied staan daarom niet los van gevallen buiten het relevante polisgebied.

Voor een behandeling van de uitleg van de HCoJ van de term 'vicinity' zoals gehanteerd in de *disease wordings* verwijzen wij graag naar de blog van Patrick van der Vorst '*De FCA-testcase: slaat "viruswaanzin" toe bij polisuitleg?*' [VAST 2020 / B-0048](#)).

Prevention of access / public authority wordings

Zes van de in de *FCA test case* betrokken verzekeraars (Arch, Ecclesiastical, Hiscox, MS Amlin, RSA en Zurich) hadden polissen die in deze categorie vallen. Deze polissen dekten bedrijfsschade als gevolg van: (1) verhindering/weigering/belemmering van de toegang tot de verzekerde locatie; (2) door handelingen/advies/beperkingen van, dan wel opgelegd in opdracht van; (3) een regering/lokale overheid/de politie/een andere instantie; (5) als gevolg van een noodsituatie die een gevaar kan opleveren voor leven/naburige eigendommen/een incident binnen een specifiek gebied.

De HCoJ concludeerde dat deze clausules in het algemeen restrictiever moeten worden geïnterpreteerd dan de meeste *Disease wordings*, hoewel sommige bewoordingen wel dekking bieden voor sommige verzekerden. De HCoJ is in diens oordeel vrij specifiek ingegaan op bepaalde elementen van verschillende polissen, waarbij is aangegeven wanneer er naar het oordeel van de HCoJ wel of geen sprake van dekking zou zijn. Omdat dit oordeel heel specifiek ingaat op de verschillende bewoordingen van de beoordeelde polissen in relatie tot de situatie in het Verenigd Koninkrijk ten tijde van de eerste piek van de pandemie, en de door de Britse overheid genomen maatregelen, zal dit hier niet in detail worden besproken.

Wel interessant om te vermelden is dat de HCoJ hier ten aanzien van het verband tussen de locatie van het plaatsvinden van het incident en de maatregelen zoals getroffen door de overheid tot een ander oordeel lijkt te komen dan bij de *Disease wordings*. In dit geval vond de HCoJ dat terminologie als 'noodsituatie in de omgeving', 'gevaar of ontregeling in de omgeving' en/of 'incident in de omgeving' wijst op een specifieke gebeurtenis op een bepaald moment in de lokale omgeving. De HCoJ oordeelde daarom dat dergelijke clausules erop gericht waren om een *beperkte lokale dekking* te bieden. Voor dekking zou er daarom sprake moeten zijn van een handeling van de relevante autoriteiten in antwoord op een lokale uitbraak van de ziekte – maatregelen genomen in reactie op de pandemie in zijn algemeenheid zijn daarvoor niet voldoende, aldus de HCoJ.

Hybrid wordings

Twee van de in de *FCA test case* betrokken verzekeraars (Hiscox en RSA) hadden polissen die in deze categorie vallen. Ook hier waren er variaties tussen de formuleringen, maar in grote lijnen boden deze dekking voor bedrijfsschade als gevolg van: (1) een onderbreking van het bedrijf; (2) door de onmogelijkheid om de verzekerde locatie te gebruiken; (3) als gevolg van beperkingen die door een overheidsinstantie worden opgelegd; (4) in reactie op het optreden van een ziekte.

Deze clausules zijn een mengeling van de hiervoor besproken *Disease wordings* en *Prevention of access/public authority wordings*. Voor het 'ziekte-onderdeel' van de

clausule heeft de HCoJ een vergelijkbare benadering gevolgd als hiervoor uiteengezet onder de behandeling van de *Disease wording*, en heeft het de argumenten van de verzekeraars – dat er alleen dekking kon zijn als gevolg van verliezen die voortvloeiden uit een lokale uitbraak – verworpen. Daarentegen heeft de HCoJ, net als bij de *Prevention of access/public authority wordings*, de betekenis van termen als ‘opgelegde beperkingen’ en ‘niet kunnen gebruiken’ echter eng geïnterpreteerd, waarbij het oordeelde dat ‘opgelegde beperkingen’ iets dwingend vereisen, zoals de verplichte onderdelen van de regelgeving, en dat ‘niet kunnen gebruiken’ iets meer vereist dan alleen maar een aantasting van het normale gebruik. Ook in dit geval is daarom een nauwkeurige bestudering van de specifieke voorwaarden van de clausule vereist om de kans op dekking te bepalen.

Trend clauses

Zoals gezegd ging het in deze *test case* ook om de vraag hoe ‘*trend clauses*’ werken – clausules die in ogenschouw nemen hoe bepaalde zakelijke trends het verzekerde bedrijf zouden hebben beïnvloed indien de specifieke kwestie waarop de verzekeringsclaim gebaseerd is zich niet zou hebben voorgedaan. Dit is van groot belang, aangezien de verzekeraars in deze zaak in feite stelden dat het verzekerde gevaar enkel het lokaal plaatsvinden van COVID-19 was, en dat de andere effecten van de pandemie en de maatregelen van de overheid in de *counterfactual* zouden moeten worden meegenomen. Met andere woorden: zelfs als de lokale uitbraak – waartegen de polissen verzekerden – weg zou worden gedacht, had het bedrijf in de redenering van verzekeraars alsnog moeten sluiten als gevolg van de landelijke uitbraak en door de nationale overheid genomen maatregelen.

De HCoJ maakte korte metten met dit argument, gebruikmakend van het door de FCA aangedragen voorbeeld van een restaurant dat van overheidswege moet sluiten als gevolg van een ongedierteplaag door bouwwerkzaamheden in de buurt. Analoog redenerend aan deze zaak, zouden verzekeraars dan stellen dat de restricties van overheidswege moeten worden weggedacht in de *counterfactual*, maar niet de ongedierteplaag zelf en de andere gevolgen die deze eventueel gehad zou hebben. De restauranthouder zou dan geen claim hebben op verzekeraars, tenzij deze zou kunnen aantonen dat het de restricties van overheidswege waren die de klanten weg hadden gehouden, en niet de ongedierteplaag als zodanig. Maar in dat scenario zouden verzekeraars vervolgens stellen dat niemand wil eten in een restaurant waar de ratten vrij spel hebben, en dat er in de *counterfactual* dus dezelfde verliezen zouden zijn geleden. De HCoJ noemt dit ‘*illusory cover*’, en stelt dat dit niet kan zijn wat partijen bij het aangaan van de verzekering hebben bedoeld af te spreken.

De HCoJ geeft vervolgens aan wat de principewerking van de *trend clauses* zou moeten zijn binnen elk van de categorieën polisbewoordingen. Kort gezegd komen deze erop neer dat het gevaar waartegen is verzekerd in de *counterfactual* niet (al dan niet via een achterdeur) mag worden meegenomen. Dat betekent in dit geval dat de volledige COVID-19-pandemie moet worden weggedacht in de vergelijking, hetgeen uiteraard gunstig is voor verzekerden.

Het zal niet verbazen dat deze HCoJ-uitspraak nog vatbaar is voor beroep, en dat daarvan ook gebruik wordt gemaakt. Zowel de FCA als de betrokken verzekeraars hebben toestemming gevraagd – en gekregen – om een (in onze termen) sprongcassatie in te stellen bij de *Supreme Court*. Ondertussen wordt er echter ook druk onderhandeld tussen de FCA, de zes betrokken verzekeraars en de actiegroepen, in de hoop dat een oplossing kan worden gevonden voor de openstaande twistpunten die op dit moment de uitbetaling onder de relevante polissen nog in de weg staan. Als zo'n oplossing niet spoedig kan worden gevonden, en wij weten uit ervaring dat de raderen in de Engelse verzekeringsmarkt vaak langzaam draaien, zullen we waarschijnlijk nog een interessant cassatieberoep gaan zien ten aanzien van de nu gewezen uitspraak.

5. Gevolgen buitenlandse benaderingen voor Nederlandse markt

Worden de polissen van Nederlandse verzekeringsnemers geraakt door de *FCA test case* en/of de ontwikkelingen in andere landen? Het antwoord op deze vraag is niet eenduidig.

Allereerst is van belang dat wij in Nederland vrijwel alleen (standaard) BI-verzekeringen kennen die afhankelijk van het eerst plaatsvinden van enige vorm van materiële schade. Dit is niet het type BI-verzekering waar de *FCA test case* op ziet, zodat de uitkomsten daarvan een beperkt belang zullen hebben voor de Nederlandse verzekeringsmarkt.

Verzekerden die een op maat gemaakte polis hebben, of verzekerden die een polis hebben die (bijvoorbeeld) op de Londense verzekeringsmarkt is afgesloten, zouden daarentegen zeer wel dekking kunnen hebben voor de geleden bedrijfsschade. Het komt vaak voor dat grote bedrijven uit Nederland en andere EU-landen hun risico's op de Londense markt verzekeren, soms zelfs naar Engels recht. Voor hen zijn de uitkomsten van de *FCA test case*, en het bindende karakter van de uitspraak voor de zes betrokken (en internationaal opererende) verzekeraars van wezenlijk belang. Mogelijk overwegen deze verzekeraars om in hun volledige portefeuille één lijn te trekken, of zullen makelaars daarop druk gaan uitoefenen.

Verder valt wel een tendens te ontwaren in de discussies zoals deze in verschillende landen worden gevoerd; namelijk dat er mogelijkheden worden gezocht – door wetgevers, rechtbanken en verzekeringsfederaties – om de verzekerden tegemoet te komen, ook als polisvoorwaarden daar naar hun letterlijke tekst geen aanleiding voor geven. Het is niet ondenkbaar dat deze ontwikkelingen ook hier worden opgepikt en tot een lobby leiden.

6. Aanbevelingen voor de praktijk

Voor verzekerden die een op maat gemaakte polis hebben, of verzekerden die een polis hebben die (bijvoorbeeld) op de Londense verzekeringsmarkt is afgesloten, is het nu van belang om contact op te nemen met hun verzekeringsmakelaar en de polisvoorwaarden eens goed tegen het licht te houden. De *FCA test case* behandelt verscheidene veel voorkomende polisbewoordingen in detail, en de uitspraak in deze zaak kan als handleiding worden gebruikt bij het bepalen of een bepaalde polis dekking zou moeten bieden. Uiteraard kan een jurist met een achtergrond in het verzekeringsrecht hier ook bij helpen.

Bedrijven die in de toekomst een BI-verzekering willen sluiten voor bedrijfsschade die niet gerelateerd is aan materiële schades, doen er goed aan om met verzekeraars in gesprek te gaan over een *tailor-made* polis of om zich te oriënteren op (bijvoorbeeld) de Londense verzekeringsmarkt waar dergelijke polissen standaard worden aangeboden. Daarbij is het raadzaam om goed de uitsluitingen in de polissen te raadplegen alvorens deze af te sluiten: juist vanwege de voor verzekeraars ongunstige uitspraken willen steeds meer verzekeraars uitsluitingen voor pandemieën opnemen. Wellicht staat verzekerden nog los daarvan een forse collectieve premiestijging te wachten, zodat verzekeraars de uitkeringen die voor deze pandemie moeten worden gedaan (deels) kunnen compenseren.

Met dank aan kantoorgenoot Linde Mayer voor haar research

Noten

¹ <https://polisvoorwaarden.moneyview.nl/>.

² Tribunal de commerce de Paris, 22 mai 2020, n° 2020017022, zie : <https://avocatsbcj.com/wp-content/uploads/2020/06/T-com-Paris-22-mai-2020-n-2020017022.pdf>.

³ Tribunal de commerce de Paris, 22 mai 2020, n° 2020017022, zie : <https://avocatsbcj.com/wp-content/uploads/2020/06/T-com-Paris-22-mai-2020-n-2020017022.pdf>.

⁴ <https://www.ffa-assurance.fr/infos-assures/coronavirus-covid-19-et-assurance>.

⁵ <https://www.en.gdv.de/en/issues/our-news/why-insurance-cover-rarely-extends-to-epidemics-57290>.

⁶ <https://www.bayern.de/betriebsschliessungsversicherungen-bayerische-loesung-fuer-hotels-und-gaststaetten/>.

⁷ Zie onder meer Mastellone v. Lightning Rod Mut. Ins. Co., 884 N.E.2d 1130 (Oh. App. 2008); Universal Image Productions, Inc. v. Chubb Corp., 703 F. Supp. 2d 705 (E.D. Mich. 2010).

⁸ Zie *Widder v. Louisiana Citizens Property Ins. Corp*; *Gregory Packaging, Inc. v. Travelers Prop. Cas. Co. of Am.*

⁹ Zie onder meer *Chickasaw Nation Department of Commerce v. Lexington Ins. Co., et al.*, Case No. CV-2020-35, in the District Court of Oklahoma, Pontotoc County (Oklahoma); *Mace Marine Inc. v. Tokio Marine Specialty Insurance Co.*, Case No. 20-CA-000120-P, in the Circuit Court of the 16th Judicial Circuit in and for Monroe County, Florida; *Cajun Conti, LLC et al. Oceana Grill v. Certain Underwriters at Lloyd's London et al.*, Civ. Dist. Ct. La. (2020). Zie voor een COVID-19 Insurance Coverage Litigation Tracker: <https://www.cov.com/en/practices-and-industries/practices/litigation-and-investigations/insurance-recovery/covid-19-insurance-coverage-litigation-tracker>.

¹⁰ <https://www.cov.com/en/news-and-insights/insights/2020/08/developments-in-coronavirus-coverage-litigation-and-legislation>.

¹¹ De 'Pandemic Risk Insurance Act of 2020', zie <https://www.natlawreview.com/article/federal-government-proposes-reinsurance-backstop-to-cover-insurance-industry-losses>.

¹² <https://lexlaw.co.uk/specialist-business-interruption-insurance-claim-lawyer-policyholder-insurance-covid-19-coronavirus-litigation-settlement-fca-advice/>.

¹³ https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3639589.

¹⁴ Zoals ook opgenomen in deze samenvatting van het advocatenkantoor dat de FCA bijstond in deze zaak <https://hsfnotes.com/insurance/2020/09/15/judgment-handed-down-in-fcas-covid-19-business-interruption-insurance-test-case/>.

Keywords

Bedrijfsschadeverzekering
BI Insurance
COVID-19
Omzetverlies
Rechtsvergelijking
Verzekeringsrecht

Auteur(s)

Evelyn Tjon-En-Fa

Partner/advocaat bij Bird & Bird

[LinkedIn](#)

Marieke van den Heuvel

Advocaat bij Bird & Bird

[LinkedIn](#)