



**ACIS-symposium Actualiteiten Verzekeringsrecht 2024 Vrijdag 12
April 2024: Een 'aardverschuiving' in het verzekeringsrecht: de afschaffing
van het klassieke onderscheid primaire dekkingsbepaling/verval van recht-
beding/preventieve garantiebepaling**

Prof. dr. M.L. Hendrikse

Inleiding (1)

- Hele generaties verzekeringsjuristen zijn opgeleid met het onderhavige onderscheid. Het onderscheid is een van de ‘rode draden’ in het verzekeringsrecht. Wat houdt dit onderscheid nu precies in?
- Kortweg gezegd, is een primaire dekkingsbepaling een bepaling die de omvang van de dekking van de verzekering nader vaststelt waarbij een nader onderscheid is te maken tussen insluitingen en uitsluitingen. *Ab initio* is dan duidelijk of iets al dan niet onder de dekking valt. De dekkingsomschrijving van een verzekering bestaat dus uit het geheel van *insluitingen* en *uitsluitingen*. Insluitingen zijn de gebeurtenissen/situaties waarin de verzekeraar *dekking* biedt. Uitsluitingen zijn de gebeurtenissen/situaties waarin de verzekeraar *geen dekking* biedt.
- Zie ook Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2019, nr. 112.

Inleiding (2)

- Bij een verval van recht-beding is er sprake van een clause die een *bestaande dekking onder bepaalde omstandigheden doet vervallen*. Men noemt deze bepalingen ook wel *secundaire* dekkingsbepalingen. Zie M.M. Mendel in zijn NJ-noot bij HR 23 april 2010, NJ 2010/454.
- Een voorbeeld van een verval van recht-beding is een preventieve garantiebepaling. Met een dergelijke bepaling wordt de verzekerde verplicht *specifieke* preventiemaatregelen te nemen op straffe van verval van het recht op uitkering. Dit speelde bijvoorbeeld in het arrest van de Hoge Raad van 27 oktober 2000, NJ 2001, 120 (Bicak/Aegon) waarin op de verzekerde de verplichting werd gelegd in het horeca-gedeelte van het tegen brand verzekerde pand metalen afvalbakken te gebruiken op straffe van verval van recht. Verzekerde X maakte evenwel gebruik van plastic afvalbakken en op een gegeven moment is het pand afgebrand na een kortsluiting in de meterkast elders in het pand. Aegon weigerde uit keren vanwege de schending van de genoemde verplichting. De Hoge Raad oordeelde uiteindelijk dat het beroep op het vervalbeding in het onderhavige geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was nu er onvoldoende causaal verband was tussen de geschonden verplichting en de voorgevallen schade. De Hoge Raad kon pas aan dit oordeel toekomen nadat was vastgesteld dat er sprake was van een preventieve garantieclausule.

Inleiding (3)

- In de praktijk was er met regelmaat een discussie over de vraag of een bepaald beding in de verzekeringsvoorwaarden een primaire dekkingbepaling was of een preventieve garantiebepaling.
- Hoe moest in een dergelijk geval nu worden vastgesteld of men te maken had met een primaire dekkingbepaling of een preventieve garantiebepaling?
- In de literatuur en rechtspraak werd aangenomen dat uitleg van de bepaling de oplossing moest brengen waarbij de *formulering* van de bepaling in kwestie leidend zou zijn maar waar ook aandacht moest zijn voor omstandigheden zoals de plaats van de bepaling in de polis en de redactie en de indeling van de polis.
- Zie randnummer 3.35 van de conclusie van A-G Hartlief voor HR 16 februari 2024 (wordt hierna besproken), ECLI:NL:PHR:2023:643 en de daar aangehaalde literatuur en rechtspraak.

Inleiding (4)

- Het meest ver gaat Overes. Zijn grote bezwaar tegen een benadering waarin de nadruk ligt op de *formulering* van het beding is de tekstuele inwisselbaarheid van een primaire dekkingsbepaling en een preventiegarantiebepaling. Door een eenvoudige aanpassing van de formulering kan een preventieve garantiebepaling worden omgezet in een primaire dekkingsbepaling. Zo wijst Overes erop dat de preventieve garantiebepaling uit het arrest X-Aegon heel makkelijk kan worden omgezet in een primaire dekkingsbepaling door de volgende formulering te gebruiken: “Niet verzekerd is schade als geen gebruik wordt gemaakt van metalen afval Emmers en peukenverzamelaars, voorzien van goed sluitende deksels of van vlamdovende afvalbakken.” Naar de mening van Overes kan een verzekeraar daardoor te gemakkelijk de causaliteitsregel uit HR X-Aegon buitenspel zetten.
- Zie J.A. Overes, AV&S 2020/3, p. 18-20.

HR 16 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:258: de aanleiding

- De verzekerde in deze zaak exploiteert een manege en organiseert bosritten te paard waarbij de deelnemers onder begeleiding van een medewerker van de manegehouder een rit maken op paarden van deze laatste. Een deelnemer aan zo'n bosrit is in april 2018 slachtoffer geworden van een ongeval. Zij is van haar paard gevallen en heeft ernstig letsel opgelopen. Het ongeval heeft zich voorgedaan doordat de paarden tijdens de bosrit zijn geschrokken van een mountainbiker die ten onrechte op het ruiterspad fietste en bij het passeren van de paarden bladeren heeft doen opwaaien waardoor de paarden op hol zijn geslagen. Het slachtoffer heeft vervolgens de manegehouder aansprakelijk gesteld voor haar schade.
- De manegehouder heeft de claim doorgeleid naar zijn aansprakelijkheidsverzekeraar, Nationale Nederlanden (hierna: NN). NN heeft dekking geweigerd en heeft daarbij een beroep gedaan op de clausule 'L 656B Verhuur rijpaard(en)'. Deze clausule houdt in dat de aansprakelijkheid voor schade verband houdende met verhuur uitsluitend is verzekerd indien wordt aangetoond dat – kortweg gezegd – zowel de begeleider als de deelnemer voldoen aan bepaalde diploma-eisen. Nu volgens NN aan beide eisen niet is voldaan, heeft NN de dekking afgewezen.

HR 16 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:258: de voorafgaande feitelijke instanties

- Zie uitgebreid over dit arrest mijn bijdrage in VAST 2024 / W-003 en de NJ-noot van N. Van Tiggele-van der Velde, NJ 2024/105.
- Eind 2019 heeft de deelnemer de manegehouder gedagvaard voor de rechtbank Zeeland-West-Brabant. Deze rechtbank heeft de manegehouder toegestaan om onder andere NN in vrijwaring op te roepen. In deze vrijwaringszaak heeft de rechtbank in 2021 geoordeeld dat NN is gehouden tot het verlenen van dekking aan de manegehouder. Zij heeft daarbij overwogen dat de onderhavige clausule een preventieve garantiebepaling is en verder dat een beroep van NN op deze clausule naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is omdat er onvoldoende causaal verband is tussen de schending van de twee verplichtingen in de clausule en het risico dat zich heeft verwezenlijkt nu gesteld noch gebleken is dat het ongeval voorkomen had kunnen worden als de begeleider en de deelnemer over de vereiste diploma's zouden hebben beschikt .
- Het Hof Den Bosch heeft in zijn arrest van 1 februari 2022 het vonnis van de rechtbank bekrachtigd en daarbij grotendeels de redenering van de rechtbank gevolgd. Hof Den Bosch 1 februari 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:249.

HR 16 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:258: de overwegingen (1)

- De Hoge Raad heeft het arrest van het hof vernietigd. De Hoge Raad heeft vooropgesteld – zie r.o. 3.2-3.3 – dat hij aanleiding ziet het in eerdere rechtspraak van de Hoge Raad gemaakte onderscheid tussen bedingen die de primaire omschrijving van de dekking inhouden, de zogenoemde primaire dekkingsomschrijving, en bedingen die een voorwaarde bevatten waaronder de dekking vervalt *bijvoorbeeld* indien in het beding genoemde verplichtingen niet zijn nageleefd (ook wel preventieve garantiebepalingen genoemd) niet meer te maken. Dit onderscheid werd van belang geacht om de reden dat – zie Hoge Raad 9 juni 2006, NJ 2006, 326 – een beroep op een primaire dekkingsbepaling niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kon zijn vanwege onvoldoende causaal verband tussen het niet-voldaan zijn aan het beding en het voorgevallen risico. Bij een preventieve garantieclausule was die mogelijkheid er wel op grond van Hoge Raad 27 oktober 2000 (X/Aegon). Het is dus niet meer nodig dat de rechter het beding eerst kwalificeert voordat hij het beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid beoordeelt.

HR 16 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:258: de overwegingen (2)

- In r.o. 3.4 overweegt de Hoge Raad dat bij de beoordeling of een beroep op een beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is vanwege onvoldoende causaal verband tussen het niet-naleven van het beding en de voorgevallen schade de volgende drie gezichtspunten onder meer van belang kunnen zijn:
 - 1) In hoeverre begrenst het beding het te verzekeren risico in algemene zin, bijvoorbeeld in geografische of temporele zin of door middel van een dekkingslimiet;
 - 2) In hoeverre strekt het beding ertoe dat de verzekerde maatregelen treft om de kans op schade te verkleinen of – indien er schade optreedt – de omvang daarvan te beperken;
 - 3) In hoeverre ziet het beding op andere belangen dan onder punt twee genoemd zoals het voorkomen van bewijsproblemen en discussie aangaande de vraag in hoeverre het causaal verband ontbreekt.

HR 16 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:258: de overwegingen (3)

In r.o. 3.7 overweegt de Hoge Raad toegespitst op de casus van het arrest dat indien het causaal verband tussen het niet-naleven van de vereisten in de verhuurclausule en het ongeval ontbreekt daarmee nog niet is gegeven dat een beroep op de clausule door NN naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De stellingen van NN dat de manegehouder heeft verzocht de dekking op het punt van de buitenritten uit te breiden, dat NN dit verzoek in 2015 heeft geweigerd en dat de manegehouder desondanks willens en wetens de voorwaarden van de verhuurclausule heeft overtreden, zouden kunnen meebrengen dat NN zich toch op de clausule zou kunnen beroepen ook al ontbreekt het causaal verband. Door niet in te gaan op deze stellingen is dus uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting of heeft het hof zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd.

Analyse (1)

- Door A-G Hartlief is opgemerkt dat als er twijfel blijft bestaan over de uitleg van de clausule het gezichtspunt – en als de verzekerde een consument is een rechtsregel op grond van art. 6:238 lid 2 2^e zin BW – van uitleg contra proferentem nog een rol kan spelen. Zie randnummer 3.67 van de conclusie van A-G Hartlief voor onderhavig arrest, ECLI:NL:PHR:2023:643.
- Naar mijn mening zou de Hoge Raad in het onderhavige geval via de weg van een uitleg contra proferentem zonder veel moeite de kwestie hebben kunnen oplossen. Voor toepassing van dit gezichtspunt is van belang dat wordt vastgesteld dat de bepaling in kwestie *onduidelijk* is. Dit laatste is mijns inziens zeker het geval. Van groot belang is daarbij de volgende omstandigheid. Het Hof Den Bosch heeft niet alleen op 1 februari 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:249 over de aard van de clausule ‘L 656B Verhuur rijpaard(en)’ geoordeeld maar ook in een arrest van 4 oktober 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:3331.
- Opvallend is dat het Hof Den Bosch in laatstgenoemde uitspraak tot een ander oordeel komt – waarbij uitdrukkelijk wordt benoemd dat men zich realiseert dat een andere combinatie van dit hof eerder tot een andere uitspraak gekomen – en oordeelt dat er sprake is van een primaire dekkingsbepaling. Als twee verschillende combinaties van hetzelfde rechterlijke college tegengesteld oordelen in eenzelfde casus dan lijkt het mij toch moeilijk vol te houden dat het voor de verzekerde duidelijk zou moeten zijn dat er in dit geval sprake is van een primaire dekkingsbepaling. Toepassing van het contra proferentem-gezichtspunt zou dan leiden tot het oordeel dat er in dit geval sprake is van een preventieve garantiebepaling nu deze uitleg voor de verzekerde het meest gunstig is .

Analyse (2)

- De Hoge Raad kiest evenwel voor een andere route. De Hoge Raad breekt in het onderhavige arrest met het in de praktijk lastig te maken onderscheid primaire dekking/bepaling/preventieve garantie/bepaling. De nieuwe, *inhoudelijke* benadering van de Hoge Raad verdient naar mijn mening steun. De benadering komt namelijk tegemoet aan het belangrijke kritiekpunt van Overes dat onder het oude regime de *formulering* van de bepaling te veel nadruk kreeg en dat een preventieve garantie/bepaling heel makkelijk kan worden omgezet in een primaire dekking/bepaling en dat een verzekeraar daardoor te gemakkelijk de causaliteitsregel uit HR X-Aegon buitenspel kan zetten. Het eerdere uitgangspunt van de Hoge Raad in het Zweeftoestel arrest dat het een verzekeraar vrij staat de grenzen te omschrijven waarbinnen hij bereid is dekking te verlenen wordt in die zin genuanceerd dat de Hoge Raad dit uitgangspunt ziet als een *inhoudelijk vraagstuk* en *niet als een kwestie van formulering*. Zie Overes 2020, p. 18.

Analyse (3)

- Wat houdt de nieuwe benadering van de Hoge Raad nu precies in? Ik zal dit uitleggen aan de hand van een voorbeeld. Stel dat in de verzekeringsvoorwaarden de volgende voorwaarde is opgenomen onder het kopje ‘dekkingsomschrijving’: ‘Verzekerd is het hierboven genoemde pand voor zover voorzien van 20 XPZ-brandblussers’. Stel het pand brandt af na een blikseminslag en de verzekerde vordert dekking onder de polis. De verzekeraar wijst de dekking af nu er niet is voldaan aan het onderhavige beding.
- Door het gebruik van de woorden “verzekerd is” en het gebruik van het kopje “dekkingsomschrijving” is het onder het oude regime waarschijnlijk dat een geschillenbeslechter zou oordelen dat er sprake is van een primaire dekkingsomschrijving met als gevolg dat het onvoldoende causaal verband tussen het niet-naleven van het beding en de voorgevallen schade niet van belang is.

Analyse (4)

- Met de nieuwe benadering ligt dit waarschijnlijk anders. Uitgangspunt is nu dat een geschillenbeslechter “door de bepaling heen moet kijken”.
- Zo moet hij volgens het eerste gezichtspunt kijken of er sprake is van een *algemene* begrenzing van het risico. Als dat het geval is, *lijkt* een toepassing van de causaliteitsregel niet voor de hand te liggen. In het bovenstaande is geen sprake van een *algemene* begrenzing maar meer het voorkomen van een *specifiek gevaar*.
- Bij het tweede gezichtspunt moet gekeken worden of het beding ertoe strekt dat de verzekerde bepaalde maatregelen neemt om de kans op schade te verkleinen of – indien er schade optreedt – de omvang daarvan te beperken. In het onderhavige geval heeft het beding genoemde strekking nu de brandblussers ter preventie of beperking van brand dienen. In een dergelijk geval *lijkt* een toepassing van de causaliteitsregel voor de hand te liggen.
- Gezichtspunt drie is in het onderhavige geval niet aan de orde nu het belang genoemd in gezichtspunt twee al speelt. Een interessante vraag is overigens wat de consequentie zou zijn als het punt wel speelt. Of anders gezegd: welke richting wijst dit gezichtspunt op?

Analyse (5)

- Als de drie gezichtspunten in de richting wijzen van toepassing van de causaliteitsregel betekent dat niet in alle gevallen dat deze regel *daadwerkelijk* zal worden toegepast. Nu er sprake is van een toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en de billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW) dienen *alle* omstandigheden van het geval meegenomen te worden in de afweging. Om die reden slaagt de klacht van NN die erop ziet dat het hof in zijn afweging niet heeft meegenomen dat de manegehouder heeft verzocht de dekking op het punt van de buitenritten uit te breiden, dat NN dit verzoek in 2015 heeft geweigerd en dat de manegehouder desondanks willens en wetens de voorwaarden van de verhuurclausule heeft overtreden. Het hof waarnaar de zaak door de Hoge Raad is verwezen, zou dus nog kunnen oordelen dat NN zich toch op de clausule zou kunnen beroepen ook al ontbreekt het causaal verband als het hof de door NN gestelde omstandigheden *doorslaggevend* vindt.

Analyse (6)

- In de eerste zin van r.o. 3.2 van het onderhavige arrest overweegt de Hoge Raad dat in zijn rechtspraak een onderscheid is gemaakt tussen enerzijds een primaire dekkingbepaling en anderzijds een verval van recht *zoals bijvoorbeeld* een preventieve garantiebepaling. In de eerste zin van r.o. 3.3 vervolgt de Hoge Raad met dat de Hoge Raad aanleiding ziet om *dit* onderscheid niet meer te maken en dat bij de vraag of een beding in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is geen andere benadering hoeft te worden gevolgd dan bij andere overeenkomsten.
- Strikt genomen, zegt de Hoge Raad met dit laatste niets nieuws nu de Hoge Raad in de arresten van 9 juni 2006 (impliciet) en 21 januari 2011 (expliciet) al naar voren had gebracht dat ook een beroep op een primaire dekkingbepaling – zoals dat ook bij een verval van beding het geval kan zijn – *onder omstandigheden* naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn. Alleen had de Hoge Raad in zijn arrest van 9 juni 2006 wel geoordeeld dat onvoldoende causaal verband tussen het beding en de voorgevallen schade niet een dergelijke omstandigheid was.

Analyse (7)

- Als men de overwegingen in een *breder perspectief* plaatst, kan de afschaffing van onderhavig onderscheid meer gevolgen hebben dan alleen een bredere toepassing van de causaliteitsregel bij risicoverzwaringsclausules.
- Het vermelde onder bullet 1 verdient een nadere toelichting. Uit de eerste zin van r.o. 3.2 lijkt allereerst te volgen dat de Hoge Raad het gehele onderscheid primaire dekking/bepaling/verval van recht beding heeft afgeschaft voor zover het gaat om – zie r.o. 3.3 – de mogelijkheid van een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid ex art. 6:248 lid 2 BW. De Hoge Raad beperkt zich niet – zie het woord ‘bijvoorbeeld’ in de eerste zin van r.o. 3.3 – tot het onderscheid primaire dekking/bepaling/preventieve garantieclausule.
- Verder blijkt uit r.o. 3.3 dat het gaat om de vraag *in het algemeen* of een beroep in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De Hoge Raad beperkt zich niet tot de toepassing van de causaliteitsregel. Dit roept de vraag op of de nieuwe, inhoudelijke benadering ook gevolgen heeft voor andere toepassingen van de beperkende werking van de redelijkheid en de billijkheid.
- In die zin ook Van Tiggele-van der Velde in randnummer 26 van haar NJ-noot waarin zij opmerkt dat de gezichtspunten-benadering ook in andere gevallen dan het ontbreken van causaal verband een rol kan spelen maar zij werkt niet uit in welke gevallen dat dan zou zijn.

Analyse (8)

- Aan welke toepassingen van de beperkende werking van de redelijkheid en de billijkheid zou men dan kunnen denken?
- 1) Het proportionaliteitsbeginsel
- 2) Het redelijk belang-vereiste

- Meer hierover weten? Zie mijn bijdrage in VAST 2024 / W-003

Hoe nu verder?

- Het onderhavige arrest heeft duidelijk gemaakt dat een geschillenrechter niet eerst hoeft uit te zoeken of er sprake is van een primaire dekkingsbepaling of een verval van recht-beding zoals bijvoorbeeld een preventieve garantiebepaling alvorens hij via de weg van de beperkende werking van de redelijkheid en de billijkheid de causaliteitsregel kan toepassen. De *inhoud* van het beding is van belang en niet de *formulering* van het beding.
- Naar mijn mening beperkt de Hoge Raad zich niet tot de genoemde toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en de billijkheid maar zijn ook andere toepassingen zoals bijvoorbeeld het proportionaliteitsbeginsel en het redelijk-belang-vereiste mogelijk.
- Deze nieuwe benadering van de Hoge Raad heeft voor de verzekeringspraktijk grote gevolgen zoals ik in deze voordracht heb laten zien. Met recht kan men dan ook stellen dat de afschaffing van het klassieke onderscheid primaire dekkingsbepaling/verval van recht-beding /preventieve garantiebepaling een ‘aardverschuiving’ in het verzekeringsrecht is.