

Het einde van de primaire dekkingsomschrijving in het verzekeringsrecht

HR 16 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:258 (Fjordenpaard)

Mr. J. S. Overes *

1 Inleiding

Verzekeringsovereenkomsten vallen ook onder het algemene overeenkomstenrecht. Om die reden geldt art. 6:248 lid 2 BW ook voor verzekeringen, dat het volgende bepaalt:

‘Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.’

In de verzekeringspraktijk komt deze regel van art. 6:248 lid 2 BW regelmatig aan de orde, vooral als de verzekeraar dekking afwijst met een beroep op een polisbepaling en de verzekerde dit beroep onaanvaardbaar vindt. Een belangrijke situatie die leidt tot discussies over de (on)aanvaardbaarheid van het beroep van een verzekeraar op een polisbepaling is wanneer de toepasselijkheid van de polisbepaling geen (causaal) verband heeft met het risico zoals zich dat heeft verwezenlijkt.

Twee voorbeelden:

1. Een polisbepaling in een opstalverzekering bepaalt dat het gebouw beveiligd moet zijn met een alarm en dat bij ontbreken van zo'n alarm geen dekking wordt geboden. Als dan het alarm ontbreekt en het gebouw schade oploopt die ook bij aanwezigheid van het alarm zou zijn ingetreden (bijvoorbeeld een stormschade), is de vraag of het onaanvaardbaar is als de verzekeraar vanwege het ontbreken van het alarm ook dekking kan weigeren voor die niet-gerelateerde schade.
2. Een polisbepaling in een autoverzekering bepaalt dat er geen dekking bestaat als de bestuurder bij het schadevoorzak geen geldig rijbewijs heeft. Is het dan als schade ontstaat terwijl de bestuurder vergeten was zijn rijbewijs te verlengen, onaanvaardbaar wanneer de verzekeraar vanwege het verstrijken van de geldigheid van het rijbewijs dek-

king kan weigeren, ook wanneer de schade aantoonbaar niets van doen had met het verlopen rijbewijs?

Op grond van jurisprudentie van de Hoge Raad over verzekeringsovereenkomsten gold dat de vraag of de toepassing van een polisbepaling onaanvaardbaar was in bovengenoemde situaties, afhankelijk was van het type polisbepaling. Bij zogenaamde *preventieve garantieclausules* maakte het ontbreken van (causaal) verband tussen de toepasselijkheid van de polisbepaling en de schade het beroep op de polisbepaling inderdaad onaanvaardbaar.¹ Bij zogenaamde *primaire dekkingsomschrijvingen* gold daarentegen dat het ontbreken van (causaal) verband tussen de toepasselijkheid van de polisbepaling en de schade juist geen grond was om het beroep op de polisbepaling onaanvaardbaar te achten.² De Hoge Raad maakte dus een categorisch onderscheid tussen twee typen polisbepalingen. Ingewikkeld was echter dat de Hoge Raad van beide typen polisbepalingen geen definitie had gegeven, zodat er in de praktijk vaak discussies ontstonden over de vraag van welk type polisbepaling in een concreet geval sprake was. In de praktijk werd hierbij vooral gekeken naar de tekstuele formulering van de polisbepaling. Dat riep in de literatuur weer de vraag op hoe redelijk het was om de redactie van een polisbepaling beslissend te achten voor de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW).

Dit onderscheid tussen preventieve garantieclausules en primaire dekkingsomschrijvingen is nu door de Hoge Raad afgeschaft. Op 16 februari 2024 heeft de Hoge Raad uitspraak gedaan in een geschil tussen een verzekeraar en een verzekerde waarin discussie bestond over de vraag of sprake was van een primaire dekkingsomschrijving of preventieve garantieclausu-

* Mr. J.S. Overes is professional support lawyer bij Dirkzwager te Arnhem en doet als buitenpromovendus aan de Erasmus Universiteit Rotterdam verzekeringsrechtelijk promotieonderzoek naar brandverzekering.

1 HR 27 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7915, NJ 2001/120 m.nt. M.M. Mendel (Biçak/Aegon).

2 HR 9 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV9435, NJ 2006/326 (Val-schermszweeftoestel).

le.³ De Hoge Raad heeft besloten dit categorisch onderscheid voortaan niet meer te maken. In plaats daarvan geldt voortaan eenzelfde regel voor welk type polisbepaling dan ook, die neerkomt op een afweging van gezichtspunten. Aldus is onder meer een einde gekomen aan de primaire dekkingsomschrijving in het verzekeringsrecht.

In deze bijdrage bespreek ik dit belangrijke arrest van de Hoge Raad. Nu kan worden gesteld dat de term primaire dekkingsomschrijving is verworden tot een boeiend verhaal uit de rechtsgeschiedenis, bespreek ik eerst chronologisch wat aan de primaire dekkingsomschrijving voorafging (par. 2), hoe de primaire dekkingsomschrijving begon (par. 3), en hoe de speciale status van de primaire dekkingsomschrijving onder druk kwam te staan (par. 4). Vervolgens bespreek ik het arrest van de Hoge Raad waarmee de primaire dekkingsomschrijving ten einde kwam: het Fjordenpaard-arrest (par. 5), en wat de nieuwe regel betekent (par. 6), waarna ik afsluit (par. 7).

2 Wat aan de primaire dekkingsomschrijving voorafging: het Biçak/Aegon-arrest (2000)

Het onderscheid tussen preventieve garantieclausules en primaire dekkingsomschrijvingen was het resultaat van twee Hoge Raad-arresten. Het eerste arrest is het Biçak/Aegon-arrest uit 2000.⁴

In dit arrest ging het om een caféhouder die een brandverzekering voor zijn café had afgesloten. In de polis stond de volgende clausule, waarin de caféhouder verplicht werd om metalen afvalbakken te gebruiken en alleen in de keuken voor etensresten plastic afvalbakken toegestaan werden:

‘Clausule 172

Horeca-Risico-Verzekeringnemer is verplicht het navolgende na te komen: (...)

Er mag uitsluitend gebruik worden gemaakt van metalen afvalbakken en peukenverzamelaars, voorzien van goed sluitende deksels of van vlamdovende afvalbakken. Als uitzondering hierop is het toegestaan alleen in de keuken en uitsluitend voor het verzamelen van etensresten gebruik te maken van kunststof afvalbakken. (...)

Het niet nakomen van bovengenoemde bepalingen heeft verlies van het recht op schadevergoeding tot gevolg.’

De caféhouder schond echter deze clausule door wél plastic prullenbakken met plastic zak en zonder deksel te gebruiken, voor onder meer sigarettenpeuken. Toen de caféhouder na een brand aanspraak maakte op een verzekeringsuitkering, weigerde de verzekeraar die uitkering met een beroep op deze clausule. De caféhouder stelde daartegen dat de brand niet in zo’n

prullenbak maar in de meterkast was ontstaan en dat de schade geen causaal verband had met deze niet-naleving.⁵ Volgens de caféhouder was toepassing van de clausule daarom naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Het gerechtshof Den Haag wees dit betoog echter af, kort gezegd met de overweging dat voldoende was dat ‘van de voorziening uit oogpunt van brandpreventie enig nut mocht worden verwacht en de voorziening gericht was tegen het gevaar dat zich heeft verwezenlijkt (de brand)’.⁶ De caféhouder ging in cassatie en betoogde dat concreet causaal verband tussen de niet-naleving van de clausule en de schade moest bestaan. En met succes, want de Hoge Raad oordeelde als volgt:

‘Dienaangaande moet worden vooropgesteld dat, aangenomen dat de clausule geldig is overeengekomen, de verzekeraar daarop een beroep kan doen en het recht op uitkering derhalve vervalt, indien de in de clausule omschreven verplichtingen niet zijn nagekomen. Dit neemt evenwel niet weg dat zich gevallen kunnen voordoen waarin een beroep op de clausule in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht. Daarbij kan worden gedacht aan het geval waarin onvoldoende verband bestaat tussen het niet-naleven van de in de clausule omschreven verplichtingen en het risico zoals dit zich heeft verwezenlijkt (vgl. HR 19 mei 1995, nr. 15 696, *NJ* 1995, 498). Hiervan zal in een situatie als de onderhavige sprake kunnen zijn, indien de verzekerde stelt en zo nodig bewijst dat het niet-toepassen van de voorgeschreven voorzieningen niet de oorzaak of mede-oorzaak kan zijn geweest van de brand en evenmin ervan dat de brand zich heeft kunnen uitbreiden. De onderdelen 1 en 2, die klagen dat het Hof dit een en ander heeft miskend, zijn derhalve gegrond.’ (r.o. 3.3)

De Hoge Raad verwees hierbij naar het Modalfa-arrest uit 1995.⁷ Dat arrest zag niet op zo’n clausule, maar op art. 293 Wetboek van Koophandel (WvK) (oud). Dat bepaalde voor brandverzekeringen dat een bestemmingswijziging van een verzekerd gebouw die de verzekeraar niet op gelijke voorwaarden zou hebben verzekerd, de uitkeringsverplichting van de verzekeraar deed vervallen.⁸ In het Modalfa-arrest had de Hoge Raad geoordeeld dat in bepaalde gevallen echter geen beroep

3 HR 16 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:258, NJ 2024/105 m.nt. N. van Tiggele-van der Velde, JA 2024/67 m.nt. T. Riyazi, JIN 2024/44 m.nt. P.H. Bossema-de Greef, VAST 2024/W-003 m.nt. M.L. Hendrikse (Fjordenpaard).

4 HR 27 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7915, NJ 2001/120 m.nt. M.M. Mendel (Biçak/Aegon).

5 Dat de brand inderdaad in de meterkast was ontstaan en de brand daarom geen causaal verband had met de plastic prullenbakken stond overigens (nog) niet feitelijk vast, maar behoefde nadere bewijsoverlevering.

6 Het hof sloot hiermee aan bij HR 22 mei 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0613, NJ 1993/381 m.nt. M.M. Mendel (Modehuis La Comtesse), r.o. 3.4, waarin dit (nog) als voldoende werd geoordeeld voor een beroep op zo’n clausule.

7 HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1733, NJ 1995/498 (Modalfa).

8 art. 293 WvK (oud) luidde: ‘Indien een verzekerd gebouw eene andere bestemming verkrijgt en daardoor aan meerder brandgevaar wordt blootgesteld, zoo dat de verzekeraar, indien zulks vóór de verzekering had bestaan, hetzelfde of in het geheel niet, of niet op dezelfde voorwaarden, zoude hebben verzekerd, houdt deszelfs verplichting op.’ Zie nader over art. 293 WvK (oud) o.m. Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2019/516 e.v.

op art. 293 WvK (oud) openstaat, waaronder ‘het geval waarin onvoldoende verband bestaat tussen de bestemmingswijziging en het risico zoals dat zich heeft verwezenlijkt’ (r.o. 3.3.2). De Hoge Raad trok in het Biçak/Aegon-arrest deze lijn van het Modalfa-arrest voor art. 293 WvK (oud) dus door naar de polisclausule in kwestie.

3 Hoe de primaire dekkingsomschrijving begon: het Valschermzweeftoestel-arrest (2006)

Vervolgens verscheen in 2006 het Valschermzweeftoestel-arrest.⁹ In dit arrest ging het om een piloot van een valschermzweeftoestel (een hangglider) die aansprakelijk werd gesteld voor een ongeval en daarom een beroep deed op de aansprakelijkheidsverzekering die voor de piloot was afgesloten. De verzekeraar wees echter dekking af met een beroep op onder meer de volgende polisclausule:

‘Clausule 904 – Niet verzekerd is: (...)

c. de aansprakelijkheid voor schade als gevolg van het gebruik van het zogenaamde liersysteem. Nadrukkelijk wordt overeengekomen dat deze bepaling niet van kracht is indien men vergunning heeft voor het gebruik van het liersysteem.’

De verzekeraar stelde dat deze clausule 904 van toepassing was en dat de benodigde vergunning niet aanwezig was. De piloot voerde daartegen aan dat causaal verband tussen de toepasselijkheid van deze clausule en de ingetreden schade ontbrak, omdat hij juist veel vliegervaring had en het ongeval met andere oorzakelijke factoren te maken had. Het gerechtshof Arnhem volgde dit betoog van de piloot en oordeelde dat het beroep van de verzekeraar op clausule 904 op basis van het Biçak/Aegon-arrest moest worden afgewezen. De verzekeraar had zich tegen toepassing van dat arrest verweerd door te stellen dat hier geen sprake was van een ‘garantiebeding’ dat de dekking deed vervallen, maar van een ‘primaire dekkingsomschrijving die de omvang van de dekking vaststelt’. Het hof ging hier echter niet in mee, kort gezegd omdat er qua gevolgen (te) weinig verschil was tussen beide typering. In cassatie trof het verweer van de verzekeraar dat het ging om een primaire dekkingsomschrijving en niet om een garantiebeding wel doel. De Hoge Raad oordeelde als volgt:

‘Het onderdeel neemt terecht tot uitgangspunt dat waar een verzekeraar in de primaire omschrijving van de dekking bepaalde evenementen heeft uitgesloten, een beroep op de primaire dekkingsomschrijving niet met succes kan worden afgeweerd met de stelling dat een beroep van de verzekeraar daarop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is met als argument dat de redenen waarom de verzekeraar dit soort evenementen niet wil verzekeren zich in het concrete geval niet voordoen. Met de dekkingsomschrijving heeft de verzekeraar immers de gren-

zen omschreven waarbinnen hij bereid was dekking te verlenen, hetgeen hem vrijstond.

Uit het bestreden arrest blijkt niet voldoende duidelijk dat het hof dit uitgangspunt in het oog heeft gehouden. (...) In dit verband ontbreekt met name een toereikende motivering ten aanzien van clausule 904, aanhef en onder c, die inhoudt dat niet verzekerd is de aansprakelijkheid voor schade als gevolg van het gebruik van het zogenaamde liersysteem, welke formulering erop wijst dat het gaat om een primaire omschrijving van de dekking.’ (r.o. 3.4.2-3.4.3)

De Hoge Raad oordeelde kortom dat de regel uit het Biçak/Aegon-arrest niet gold voor ‘primaire dekkingsomschrijvingen’. Volgens de Hoge Raad wees de ‘formulering’ van clausule 904 erop dat het daar ging om zo’n primaire dekkingsomschrijving, waarbij het dan met name ging om de formulering: ‘niet verzekerd is (...)’. De rechtvaardiging voor deze speciale status van een primaire dekkingsomschrijving was dat de verzekeraar daarmee de grenzen had omschreven waarbinnen hij bereid was dekking te verlenen, ‘wat hem vrijstond’, aldus de Hoge Raad.

Met het Valschermzweeftoestel-arrest was kortom een categorisch onderscheid geboren tussen twee typen polisbepalingen: enerzijds preventieve garanties en anderzijds primaire dekkingsomschrijvingen. Dit maakte dat de vraag of het ontbreken van causaal verband tussen de toepasselijkheid van het polisbeding en de schade afhankelijk was van de voorvraag van welk type polisbepaling sprake was. Bovendien werd de term primaire dekkingsomschrijving niet alleen relevant voor een beroep op de redelijkheid en billijkheid, maar werd dit begrip door het Chubb/Dagenstaed-arrest¹⁰ ook relevant voor de uitleg van polisbedingen. Het ging in dat arrest om de uitleg van een clausule die dekking bood voor schade ‘onmiddellijk’ veroorzaakt door ontploffing, waarbij de Hoge Raad overwoog:

‘Voorts dient tot uitgangspunt dat het een verzekeraar vrijstaat om in de polisvoorwaarden de grenzen te omschrijven waarbinnen hij bereid is dekking te verlenen (vgl. HR 9 juni 2006, nr. C05/075, NJ 2006, 326). Dat brengt ook de vrijheid mee om daarbij – op een wijze die voor de verzekeringnemer op grond van voormelde objectieve factoren voldoende duidelijk kenbaar is – binnen een samenhangend feitencomplex slechts aan bepaalde feiten of omstandigheden (rechts)gevolgen te verbinden en aan andere niet, dan wel onderscheid te maken tussen gevallen die feitelijk zeer dicht bij elkaar liggen.’ (r.o. 3.4.2)

In het Chubb/Dagenstaed-arrest trok de Hoge Raad dus de gedachte achter het Valschermzweeftoestel-arrest – de contractsvrijheid van verzekeraars – door naar de uitleg van dekkingsomschrijvingen, wat kortweg meebracht dat een verzekeraar daarin onderscheid mocht maken tussen gevallen die fei-

⁹ HR 9 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV9435, NJ 2006/326 (Valschermzweeftoestel).

¹⁰ HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2793, NJ 2008/284 (Chubb/Dagenstaed), r.o. 3.4.2.

telijk zeer dicht bij elkaar liggen. Ook dit uitgangspunt kwam in de rechtspraak vervolgens vaak terug.

4 Hoe de primaire dekkingsomschrijving onder druk kwam te staan (2006-2023)

4.1 De definiëring van het begrip primaire dekkingsomschrijving

Na het Valschermzweeftoestel-arrest werd uiteraard van belang welke polisbepalingen onder het begrip primaire dekkingsomschrijving vielen. Een definitie van dit begrip was in het Valschermzweeftoestel-arrest echter niet gegeven, terwijl vooraf aan dat arrest in het verzekeringsrecht niet gesproken werd van primaire dekkingsomschrijvingen.¹¹ Dit begrip werd pas onderdeel van het verzekeringsrecht nadat de Hoge Raad in dat arrest van een primaire dekkingsomschrijving sprak.

In de literatuur en in de (lagere) jurisprudentie na het Valschermzweeftoestel-arrest ontstond steeds meer een beeld van wat men onder het begrip primaire dekkingsomschrijving verston. In elk geval werd aangenomen dat hieronder vielen de *positieve dekkingsomschrijvingen* en *dekkingsuitsluitingen* in een polis.¹² Tegelijkertijd werd onder het begrip primaire dekkingsomschrijving (steeds) meer verstaan. Zo werd in (lagere) jurisprudentie en literatuur aangenomen dat van primaire dekkingsomschrijvingen ook sprake was bij definitiebepalingen in de polis, bij de omschrijving van het verzekerd gevaarsobject, bij polisbepalingen over de verzekerde waarde, bij de verzekerde som en bij een garantie tegen onderverzekering.¹³ Zulke bepalingen zijn niet zozeer een positieve dekkingsomschrijving of een uitsluiting, maar werken de daarin omschreven dekking nader uit. Dergelijke vormen van primaire dekkingsomschrijvingen konden daarom wel ‘uitwerkende dekkingsbepalingen’ worden genoemd.¹⁴

4.2 De definiëring van het begrip preventieve garanties

Ook voor het begrip preventieve garantie bestond geen definitie op basis van een arrest van de Hoge Raad. Voor de term preventieve garantie werden bovendien ook wel diverse begrippen gebruikt, zoals ‘preventieve garantieclausules’, ‘garanties’, ‘vervalbedingen’ en ‘promissory warranties’.¹⁵ Mijns inziens hebben deze andere begrippen ieder hun eigen beperkingen en kan daarom het best worden gesproken van preventieve garanties.¹⁶ Zo is het begrip vervalbeding zowel te ruim als te beperkt; niet alle vervalbedingen worden immers bedoeld, terwijl in dit kader ook weer niet per se sprake van een verval-

beding hoeft te zijn. Dit laatste leerde onder meer het Rode spuitlijm-arrest uit 2011.¹⁷

Het Rode spuitlijm-arrest van de Hoge Raad ging om een bedrijf dat plaatmateriaal verwerkte en dat een opstalverzekering had afgesloten met daarin de volgende bepaling:

‘Clause 3001

Deze verzekering geschiedt op uitdrukkelijke voorwaarde, dat spuiten met vloeistoffen, zoals verf, vernis, lak, lijm, oplos-, verdunnings-, verfafbijt-, houtconserverings- en impregneermiddelen, plamuren, verharders e.d., waarvan het ontvlammingspunt van het verwerkbaar mengsel 55 graden Celsius of lager is, niet plaatsvindt.’

Nadat er brand ontstond in het bedrijf weigerde de verzekeraar uitkering omdat met rode spuitlijm was gewerkt die een ontvlammingspunt van 21 graden Celsius had. De verzekerde beriep zich echter op de causaliteitsregel uit het Biçak/Aegon-arrest, omdat de brand niet was veroorzaakt of vergroot door dit te lage ontvlammingspunt. De verzekeraar voerde evenwel hiertegen aan dat de clause een primaire dekkingsoomschrijving was. Het gerechtshof Den Haag gaf echter de verzekerde gelijk en oordeelde dat sprake was van een ‘garantieclausule’, waarbij het hof betrok dat de clause op het clauseblad stond, geen onderdeel was van de omschrijving van de omvang van de dekking en een ‘verplichting voor de verzekerde (...) om iets te doen of na te laten’ inhield en bij niet-naleving bestaande dekking deed vervallen (r.o. 20-21). De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep van de verzekeraar zonder nadere motivering (art. 81 Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO)). A-G Spier had ook tot verwerping geconcludeerd, waarbij hij (al) opmerkte dat het hier ging om een moeilijk onderscheid en het moeilijk zou zijn bevredigende ‘guidance’ te geven.¹⁸ Niettemin zag Spier het verschil met name hierin dat bij een preventieve garantie geen sprake zou zijn van een ‘ab initio’ – van meet af aan – ontbreken van dekking, anders dan bij primaire dekkingsomschrijvingen.¹⁹ Deze duiding was evenwel discutabel, onder meer omdat ook bij uitsluitingen niet per se ‘ab initio’-dekking mist.²⁰

Omdat het begrip preventieve garanties dus meer (en minder) omvatte dan alleen vervalbedingen en de Hoge Raad in het Rode spuitlijm-arrest geen *guidance* had gegeven, bleef een duidelijke definitie voor preventieve garanties ontbreken. Dit gemis viel bovendien samen met de tekstuele benadering voor primaire dekkingsomschrijvingen die men op het Valschermzweeftoestel-arrest baseerde, wat maakte dat men kon spreken van een (bepaalde) tekstuele inwisselbaarheid van beide typen bepalingen.

11 A. Blom, annotatie bij HR 9 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV9435, AV&S 2007/20, p. 138.

12 Zie J.S. Overes, Primaire dekkingsomschrijvingen, preventieve garanties en de redelijkheid en billijkheid: naar een inhoudelijke benadering?, AV&S 2020, p. 17-18 met verwijzingen.

13 Overes 2020, p. 18 met verwijzingen.

14 Overes 2020, p. 18.

15 Overes 2020, p. 16 met verwijzingen.

16 Zie Overes 2020, p. 16. ‘Garanties’ is hier toepasselijk omdat het om resultaatsverplichtingen gaat.

17 HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ6074 (Rode spuitlijm).

18 Concl. A-G J. Spier 8 juli 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BQ6074, par. 3.26.1, 3.26.2 en 3.34.1.

19 Concl. A-G J. Spier 8 juli 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BQ6074, par. 3.9.

20 Zie nader Overes 2020, p. 20 met verwijzingen.

4.3 De tekstuele inwisselbaarheid van preventieve garanties en primaire dekkingsomschrijvingen

Al direct na het Valschermzweeftoestel-arrest werd in de literatuur opgemerkt dat door het effect van de formulering voor de typering van een polisbeding verzekeraars de ruimte hadden om een preventieve garantieclausule te redigeren als primaire dekkingsomschrijving. Zo schreef Londonck Sluijk dat:²¹

‘(...) het voor verzekeraars niet moeilijk zal zijn vervalbedingen zo op te schrijven dat ze als “primaire dekkingsomschrijving” of als voorwaarde voor het bestaan van dekking zouden kunnen worden aangemerkt.’

Ook in de jaren die volgden bleef de tekstuele inwisselbaarheid van preventieve garanties en primaire dekkingsomschrijvingen niet onbelicht.²² Zo kon worden gezegd dat de preventieve garantie uit het Biçak/Aegon-arrest bijvoorbeeld ook op de volgende manier geformuleerd had kunnen zijn:

‘Niet verzekerd is de schade als geen gebruik is gemaakt van metalen afvallemmers en peukenverzamelaars, voorzien van goed sluitende deksels of van vlamdovende afvalbakken. Deze uitsluiting ziet niet op kunststof afvalbakken in de keuken die uitsluitend voor het verzamelen van etensresten worden gebruikt.’

Die tekstuele inwisselbaarheid was overigens niet geheel circulair, want alle preventieve garanties waren wel te formuleren als primaire dekkingsomschrijvingen, maar alle primaire dekkingsomschrijvingen niet als preventieve garanties.²³ Zo is de bepaling ‘Niet gedekt is schade door overstroming’ niet als een preventieve garantie te formuleren. Dit onderscheid liet zien dat er ergens een onvermijdelijk – inhoudelijk – verschil tussen beide typen bepalingen bestond.

Hoe dan ook ontstond in de lagere jurisprudentie de lijn dat vooral de formulering en redactie van de polisbepaling maakten of deze gold als primaire dekkingsomschrijving of preventieve garantie.²⁴

4.4 Het onderscheid werd minder zwart-wit

Vanwege het ontbreken van duidelijke definities voor de begrippen primaire dekkingsomschrijving en preventieve garantie en de tekstuele inwisselbaarheid van beide typen bepalingen als gevolg van de tekstuele benadering van dit onderscheid, waren het onderscheid tussen beide typen polisbepalingen en de speciale status voor primaire dekkingsomschrijvingen geen rustig bezit. Er ontstonden in de praktijk door dit alles de no-

dige discussies over de duiding van een polisbeding in een concreet geval.

Daarbij kwam dat het onderscheid tussen primaire dekkingsomschrijvingen en preventieve garanties in de jurisprudentie steeds minder zwart-wit werd. Ook bij primaire dekkingsomschrijvingen werd immers wel eens geoordeeld dat het beroep daarop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was omdat de toepasselijkheid van het beding en de ingetreden schade geen causaal verband hadden. Dit werd dan niet met zoveel woorden geoordeeld – dat zou immers duidelijk in strijd zijn met het Valschermzweeftoestel-arrest –, maar werd gemotiveerd met de duiding dat ‘formeel niet maar materieel gezien wel’ voldaan was aan de betreffende primaire dekkingsomschrijving.²⁵ Zo oordeelde het Kifid dat een verzekeraar zich niet erop kon beroepen dat in een motorfietsverzekering een primaire dekkingsomschrijving stond waarin voorwaarde was dat een ART categorie 4 goedgekeurd slot werd gebruikt.²⁶ De verzekerde had namelijk bewezen dat het gebruikte slot minstens even goed was als een dergelijk slot, zodat volgens het Kifid de verzekeraar geen beroep kon doen op dat beding, omdat ‘materieel aan alle door [de verzekeraar] gestelde beveiligingseisen is voldaan’. Die gedachte komt echter neer op het ontbreken van (causaal) verband in de zin van het Biçak/Aegon-arrest en het Valschermzweeftoestel-arrest.²⁷ Want het betekende dat in dat geval de schade ook ontstaan zou zijn bij een ART categorie 4 goedgekeurd slot en dat dit daarom het beroep op het beding onredelijk maakte.

Verder werd het onderscheid tussen preventieve garanties en primaire dekkingsomschrijvingen in de jurisprudentie minder zwart-wit doordat ook uit arresten van de Hoge Raad ging blijken dat de toepassing van primaire dekkingsomschrijvingen soms wel degelijk naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kon zijn, althans in bepaalde gevallen. Zo werd in de literatuur aangenomen dat in het Herbouw-waarde-arrest uit 2011 door de Hoge Raad impliciet was geoordeeld dat een beroep op de redelijkheid en billijkheid mogelijk was bij een primaire dekkingsomschrijving.²⁸ Het ging daar om een polisbeding dat tijdige herbouw als voorwaarde stelde voor een uitkering naar herbouw-waarde en om de situatie dat de verzekeraar zelf eraan had bijgedragen dat de verzekerde niet aan de betreffende voorwaarde voldaan had. Expli-

21 J.B. Londonck Sluijk, Kroniek polisbepalingen, AV&S 2007/38, p. 255. Zie ook de commentaren van D.J. van der Kolk & W. Princée, Vervalbeding vs. primaire dekkingsomschrijving: een kwestie van redactie?, de Beursbengel april 2007, p. 37 en T.A. van Kampen en M.M. MacLean, annotatie bij HR 9 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV9435, JA 2006/104, nr. 6.

22 Zie Overes 2020, p. 18 met verwijzingen.

23 Overes 2020, p. 19.

24 Overes 2020, p. 17 met verwijzingen.

25 Overes 2020, p. 21-22 met verwijzingen. Zie over deze (lagere) jurisprudentie met name M.H. Pluymen, Toetsing van primaire dekkingsbepalingen aan artikel 6:248 lid 2 BW: veiligheidsklep of toegangspoort?, NTHR 2013, afl. 4, p. 193-207. Zie over deze jurisprudentie ook M.L. Hendrikse, J.G.J. Rinkes, M.H. Pluymen & A.C. de Bie, Verzekeringsrecht en algemene voorwaarden, in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huijzen & J.G.J. Rinkes (red.), Verzekeringsrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 82 e.v.

26 GC Kifid 17 oktober 2012, nr. 2012-288.

27 Zie Overes 2020, p. 22.

28 HR 21 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO5203, NJ 2011/176 m.nt. M.M. Mendel. Zie in deze zin o.a. Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2019/112. Of de Hoge Raad bij dit oordeel echt het oog had op de kwestie van primaire dekkingsomschrijvingen is echter discutabel, nu die kwestie in dat arrest nergens wordt genoemd.

ciet was vervolgens in elk geval het Bosentan-arrest uit 2014, waarin de Hoge Raad onder verwijzing naar het Valschermzweeftoestel-arrest overwoog:²⁹

‘Anders dan [de verzekeraar] aanvoert, kan ook het weigeren van een vergoeding die buiten de verzekeringsdekking valt, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn, en wel indien zich (zeer) bijzondere omstandigheden voordoen die dat oordeel rechtvaardigen. Het arrest HR 9 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV9435, NJ 2006/326, waarop [de verzekeraar] in dit verband een beroep doet, sluit dit niet uit.’ (r.o. 3.6.4)

Omdat het Bosentan-arrest zag op de dwingendrechtelijke dekking van een zorgverzekering en de verwijzing naar het Valschermzweeftoestel-arrest niet was uitgewerkt, was niet direct duidelijk wat de waarde van dit arrest voor andere verzekeringsvormen was.³⁰ Dat het Bosentan-arrest evenwel ook voor andere verzekeringsvormen geldingskracht had, bleek uit het latere Ziektebeeld-arrest uit 2020.³¹ Dat arrest zag op een arbeidsongeschiktheidsverzekering, waarbij verzekeraar Achmea dekking weigerde omdat geen sprake was van medisch objectieveerbare stoornissen zoals vereist in de definitie van arbeidsongeschiktheid in de polis. De verzekerde stelde dat deze dekkingsweigering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was, omdat alle medici ervan overtuigd waren dat sprake was van reële klachten en beperkingen. De Hoge Raad verwierp dit echter als volgt:

‘Het weigeren van een vergoeding die buiten de verzekeringsdekking valt, kan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn indien zich bijzondere omstandigheden voordoen die dat oordeel rechtvaardigen. De in het onderdeel genoemde omstandigheden zijn niet als zodanig aan te merken. Voor zover die omstandigheden betrekking hebben op de keuze van Achmea om medisch objectieveerbare stoornissen die niet zijn te herleiden tot een (herkenbaar en benoembaar) ziektebeeld, van dekking uit te sluiten, wordt miskend dat Achmea in die keuze vrij was. Om dezelfde reden is niet van belang dat [eiser] de klachten niet simuleert: een beroep op de primaire dekkingsomschrijving kan niet met succes worden afgeweerd met de stelling dat dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is omdat de redenen waarom de verzekeraar een bepaalde gebeurtenis niet wil verzekeren zich in het concrete geval niet voordoen.’ (r.o. 3.1.2)

²⁹ HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3679, NJ 2015/344 m.nt. J. Legemaate (Bosentan).

³⁰ Vgl. Legemaate in zijn NJ-noot, nr. 7 en N. van Tiggele-van der Velde, De vrijheid van de verzekeraar tien jaar na het Valschermzweeftoestel-arrest, *Trema* 2016, afl. 5, p. 159.

³¹ HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1736 (Ziektebeeld). Zie over dit arrest o.a. N. van Tiggele-van der Velde, Het Ziektebeeld-arrest als sluitstuk op twee fronten. Een bespreking – breder verband – van het arrest HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1736, *AV&S* 2021/2, p. 4-8.

De Hoge Raad bevestigde dus dat een beroep op een primaire dekkingsomschrijving in bijzondere situaties wel degelijk naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kon zijn, waarbij de Hoge Raad naar het Bosentan-arrest verwees. Alleen bleef ook gelden dat hiervoor geen grond kon zijn dat geen (causaal) verband bestaat tussen de gelding van de primaire dekkingsomschrijving en de schade, waarbij de Hoge Raad naar het Valschermzweeftoestel-arrest verwees. De verzekerde bleef dus in het Ziektebeeld-arrest op de uitzonderingsregel voor primaire dekkingsomschrijvingen stuiten.

4.5 Preventieve garanties een kwestie van dwingend recht met bijbehorende inhoudelijke benadering?

Hoewel dus het onderscheid tussen preventieve garanties en primaire dekkingsomschrijvingen in de jurisprudentie in meerdere opzichten minder zwart-wit werd, bleef het grote verschil overeind dat bij primaire dekkingsomschrijvingen het ontbreken van (causaal) verband met de schade geen grond was voor een beroep op art. 6:248 lid 2 BW, in tegenstelling tot bij preventieve garanties. In zoverre bleef het onderscheid van groot belang en bleef het ontbreken van duidelijke definities in combinatie met de tekstuele benadering en inwisselbaarheid van dit onderscheid tot discussies in de praktijk leiden. Bovendien waren er principiële kanttekeningen bij die benadering te maken.

Zo had ik in een publicatie in 2020 kanttekeningen geplaatst bij de tekstuele benadering van het onderscheid tussen primaire dekkingsomschrijvingen en preventieve garanties.³² Hierbij had ik onder meer betoogd dat de strekking van een preventieve garantie eigenlijk niet veel anders was dan die van een primaire dekkingsomschrijving, namelijk het afbakenen van het verzekerd risico. Frappant is bijvoorbeeld deze opmerking van A-G Langemeijer in zijn conclusie voor het Biçak/Aegon-arrest:

‘Het staat een verzekeraar vrij in de te sluiten verzekeringsovereenkomst bedingen op te nemen, houdende de voorwaarden waaronder de verzekeraar wel of geen dekking verleent.’³³

Deze opmerking past heel goed bij wat de Hoge Raad in het Valschermzweeftoestel-arrest over primaire dekkingsomschrijvingen overwoog. Alleen had Langemeijer het hier juist over preventieve garanties.

Fundamenteler was mijns inziens evenwel dat de vraag of sprake is van een preventieve garantie een kwestie was van *dwingend recht*.³⁴ Hierbij betoogde ik dat de causaliteitsregel uit het Biçak/Aegon-arrest van dwingend recht was, omdat die regel een toepassing was van (de maatstaven van) de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid en de beperkende

³² Overes 2020.

³³ Concl. A-G F.F. Langemeijer 27 oktober 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA7915, par. 2.2.

³⁴ Overes 2020, p. 19-20.

werking van de redelijkheid en billijkheid dwingend recht vormt. Dat zou dan maken dat ook de vraag of sprake is van een preventieve garantie een kwestie van dwingend recht is, wat dan maakte dat die vraag op een objectieve en inhoudelijke kwalificatie gebaseerd zou moeten zijn, en niet op de (tekstuele) uitleg die de praktijk aanhield.

In diezelfde publicatie deed ik vervolgens een eerste aanzet voor een inhoudelijke kwalificatie voor de vraag of al dan niet sprake is van een preventieve garantie. Ik kwam daarbij uit op vier grenslijnen voor het begrip preventieve garanties, die tezamen neerkwamen op de volgende definitie.³⁵ Namelijk dat een preventieve garantie (1) een verplichting voor de verzekerde behelst, waarbij die verplichting (2) preventief, (3) specifiek en (4) relatief van aard is. Omgekeerd betekende dit dat een inhoudelijke definitie van primaire dekkingsomschrijvingen, in het onderscheid met preventieve garanties, dan neerkwam op deze formule: primaire dekkingsomschrijvingen = positieve dekkingsomschrijvingen *plus* uitsluitingen *plus* uitwerkende dekkingsbepalingen *minus* preventieve garanties.³⁶

Veel respons, laat staan navolging, in de literatuur en in de jurisprudentie ontving deze eerste aanzet niet. Qua jurisprudentie valt voor zover ik weet alleen te wijzen op een arrest van het gerechtshof Den Haag uit 2020, waarin het hof overwoog dat preventieve garanties zijn te definiëren als ‘polisbepalingen die voor de verzekeringnemer of verzekerde een specifieke resultaatsverplichting van preventieve aard behelzen en het bestaan of de omvang van de dekking daarvan afhankelijk stellen’.³⁷ Verder leek de benadering van het verschil tussen primaire dekkingsomschrijvingen en preventieve garanties, waarbij dus met name een tekstuele benadering hun duiding bepaalde, vooral onberoerd te blijven.

5 Waarmee de primaire dekkingsomschrijving eindigde: het Fjordenpaard-arrest (2024)

Die beroering is nu evenwel gekomen, en rigoureuus. De Hoge Raad schaft in het Fjordenpaard-arrest het categorisch onderscheid tussen primaire dekkingsomschrijvingen en preventieve garanties af en schrijft een nieuwe en zelfde benadering voor, namelijk één open afweging van omstandigheden.

Evenals in het Valschermzweeftoestel-arrest ging het hier om een sportief-recreatieve activiteit waarbij een ongeval ontstond, in dit geval bij een paardenrit in een bos met een groep deelnemers. Tijdens deze bosrit sloegen de paarden – zogenaamde *Fjordenpaarden* – vanwege een mountainbiker op hol en viel een deelnemster van haar paard met letsel tot gevolg. De managehouder van de paarden werd hiervoor aansprakelijk gehouden. De managehouder deed een beroep op zijn aan-

sprakelijkheidsverzekering bij Nationale Nederlanden (NN), maar die weigerde dekking met (onder meer) een beroep op de volgende (verhuur)clausule:

‘L656B Verhuur rijpaard(en): De aansprakelijkheid voor schade verband houdend met verhuur als rijpaard is uitsluitend verzekerd, indien wordt aangetoond dat

- een en ander plaatsvond onder leiding van een terzake gediplomeerd instructeur of instructrice, dan wel een stagiaire van een in Nederland erkend opleidingsinstituut tot paardrij-instructeur en
- de huurder(s) beschikte(n) over een FNRS-diploma, een KNHS lidmaatschapskaart of een ruiterbewijs van de Stichting Recreatie Ruiters.’

Aan deze voorwaarden was hier niet voldaan: de medewerker van de manege die de rit begeleidde, was niet ter zake gediplomeerd en de deelnemster had geen ruiterbewijs. De managehouder stelde echter dat de verhuurclausule een preventieve garantie was en beriep zich op de causaliteitsregel van het Biçak/Aegon-arrest, en voerde daarbij aan dat ook bij de genoemde diploma’s het ongeval zou hebben plaatsgevonden. NN betwistte dit ontbrekend causaal verband en voerde ook aan dat het hier ging om een primaire dekkingsomschrijving, zodat de causaliteitsregel al daarom niet opging. Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep³⁸ werd geoordeeld dat sprake was van een preventieve garantie en werd het beroep op het Biçak/Aegon-arrest gevolgd. NN ging tegen deze oordelen in cassatie met diverse klachten. Opmerkelijk is overigens dat hetzelfde hof (in een andere samenstelling) kort na dit cassatieberoep in een andere zaak tussen de managehouder en NN die op dezelfde paardenrit zag, oordeelde dat hier juist geen sprake was van een preventieve garantie maar van een primaire dekkingsomschrijving.³⁹ Veel tekenender kon de ingewikkeldheid van hun onderscheid niet worden.

A-G Hartlief concludeerde tot vernietiging van het hofarrest. In hoofdstuk 3 van zijn conclusie ging Hartlief uitvoerig in op de jurisprudentie en de literatuur over het onderscheid tussen preventieve garanties en primaire dekkingsomschrijvingen. Daarbij stelde hij onder meer dat de regel uit het Biçak/Aegon-arrest geen harde regel was (ook bij ontbrekend causaal verband zou een beroep op de preventieve garantie mogelijk kunnen zijn in het licht van andere omstandigheden),⁴⁰ dat deze regel zelf geen dwingend recht inhield en het dus niet ging om kwalificatie maar gewoon om uitleg van de betreffende polisbepaling,⁴¹ en dat bij die uitleg niet alleen zou moeten worden gekeken naar de tekst en redactie van de polis(bepa-

35 Overes 2020, p. 23-25.

36 Overes 2020, p. 23.

37 Hof Den Haag 26 mei 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2937, JA 2023/44 m.nt. J.S. Overes, r.o. 3.27. Dit arrest werd overigens pas jaren later, na instelling van cassatie in het Fjordenpaard-arrest, op rechtspraak.nl gepubliceerd.

38 Hof ’s-Hertogenbosch 1 februari 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:249, JA 2022/67.

39 Hof ’s-Hertogenbosch 4 oktober 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:3331, JA 2022/156 m.nt. J.S. Overes.

40 Concl. A-G T. Hartlief 30 juni 2023, ECLI:NL:PHR:2023:643, par. 3.17.

41 Concl. A-G T. Hartlief 30 juni 2023, ECLI:NL:PHR:2023:643, par. 3.54 en 3.55, met verwijzing naar zijn conclusie van 10 februari 2023, ECLI:NL:PHR:2023:175, par. 3.6 en 3.7.

ling), maar ook naar meer inhoudelijke omstandigheden, zoals de vraag of sprake is van een normstellende en/of generieke dekkingsomschrijving.⁴²

De Hoge Raad doet evenwel iets anders dan het onderscheid tussen preventieve garanties en primaire dekkingsomschrijvingen nader scherpstellen; hij schaft het onderscheid af. Na een korte samenvatting van het onderscheid (r.o. 3.2) overweegt de Hoge Raad hierbij als volgt:

‘De Hoge Raad ziet aanleiding dit, in de praktijk niet steeds gemakkelijk te hanteren, onderscheid niet meer te maken. Bij beantwoording van de vraag of een beroep op een beding in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, behoeft bij verzekeringsovereenkomsten geen andere benadering te worden gevolgd dan bij andere overeenkomsten. Er is geen reden om bedingen die de verzekeraar inroept om uitkering geheel of ten dele te weigeren, op voorhand te onderscheiden in bedingen waarbij een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid op de hiervoor in 3.2 bedoelde grond niet kan slagen en bedingen waarbij dat onder omstandigheden wel kan. De rechter behoeft dus niet, alvorens het beroep van de verzekerde op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid te beoordelen, het beding te kwalificeren aan de hand van het hiervoor in 3.2 genoemde onderscheid.’ (r.o. 3.3)

De Hoge Raad stapt kortom af van het categorisch (‘op voorhand’) onderscheid tussen primaire dekkingsomschrijvingen en preventieve garanties als het gaat om de toepassing van art. 6:248 lid 2 BW bij ontbrekende causaliteit tussen de schade en de toepasselijkheid van het polisbeding. De rechter hoeft een polisbeding niet (meer) vooraf ‘te kwalificeren’. In plaats daarvan introduceert de Hoge Raad een nieuwe beoordeling van een beroep op zulk ontbrekend causaal verband:

‘Bij de beoordeling of een beroep op een beding in de verzekeringsvoorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is op de hiervoor in 3.2 bedoelde grond kunnen onder meer de volgende gezichtspunten van belang zijn:

- in hoeverre het beding het te verzekeren risico in algemene zin begrenst, bijvoorbeeld in temporele of geografische zin of door middel van een dekkingslimiet;
- in hoeverre het beding ertoe strekt dat de verzekerde maatregelen treft om de kans op schade te verkleinen of, indien schade optreedt, de omvang daarvan te beperken;
- in hoeverre het beding ziet op andere belangen dan het verkleinen van de kans op door de verzekerde te lijden schade of van de omvang daarvan, zoals het voorkomen van bewijsproblemen of debat ten aanzien van de vraag in hoeverre het hiervoor bedoelde verband ontbreekt.’ (r.o. 3.4)

De Hoge Raad concludeert vervolgens dat de klachten van NN over het oordeel dat hier sprake was van een preventieve garantie en geen primaire dekkingsomschrijving, geen belang meer hadden (r.o. 3.5). Het categorisch onderscheid tussen beide typen polisbepalingen was immers zojuist opgeheven.

Niettemin slagen wel de klachten van NN die meer in algemene zin zagen op de toepassing van de redelijkheid en billijkheid, namelijk op de daarbij geboden terughoudendheid en beoordeling aan de hand van de omstandigheden van het geval (r.o. 3.6-3.7). De Hoge Raad oordeelt hierbij allereerst dat het hof had miskend dat als causaal verband tussen de toepasselijkheid van de verhuurclausule en de schade ontbrak, ‘daarmee nog niet gegeven’ is dat NN zich niet met succes kon beroepen op de verhuurclausule. Hierbij wijst de Hoge Raad specifiek erop dat NN stelde dat de managehouder al jaren voor het ongeval concreet wist dat NN geen dekking wilde verlenen bij niet-naleving van de verhuurclausule én dat hij ‘desondanks willens en wetens’ die clausule overtrad. Deze stellingen ‘kunnen meebrengen dat NN zich op niet-naleving van de verhuurclausule kan beroepen, ook indien het bedoelde verband ontbreekt’, aldus de Hoge Raad. Het hof was hierop helemaal niet ingegaan.

Ten tweede oordeelt de Hoge Raad dat het hof zijn oordeel dat causaal verband ontbreekt evenmin voldoende gemotiveerd had in het licht van de door NN gedane stellingen. De Hoge Raad was dus, gezien het betoog van NN, hier niet overtuigd van een feitelijk ontbreken van causaal verband.

Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden moet nu een (nieuw) oordeel geven over deze Fjordenpaard-zaak.

6 Wat de nieuwe benadering betekent: eenzelfde inhoudelijke afweging

6.1 Een vereenvoudiging van het verzekeringsrecht

Duidelijk is dat het Fjordenpaard-arrest een belangrijke wijziging vormt voor het verzekeringsrecht. De wijziging ziet primair op de techniek van de beoordeling van een beroep op art. 6:248 lid 2 BW op basis van één specifieke grond, namelijk dat causaal verband ontbreekt tussen de gelding van een polisbeding en de schade. Binnen die techniek is een belangrijke voorvraag vervallen en ligt de focus nu op eenzelfde gelijktijdige afweging. Zo bezien kan men spreken van een vereenvoudiging van het verzekeringsrecht. Zo’n vereenvoudiging valt natuurlijk al op zichzelf toe te juichen, maar zij is hier zeker toe te juichen gezien het ingewikkelde onderscheid tussen beide typen polisbedingen.⁴³

Het afschaffen van elk categorisch onderscheid voor de toepassing van art. 6:248 lid 2 BW lijkt mij ook eigenlijk logisch, nu

⁴² Concl. A-G T. Hartlief 30 juni 2023, ECLI:NL:PHR:2023:643, par. 3.61-3.69.

⁴³ Vgl. ook positief de annotaties van T. Riyazi, JA 2024/67, nrs. 1 en 16, N. van Tiggele-van der Velde, NJ 2024/105, nr. 18, P.H. Bossema-de Greef, JIN 2024/44 en M.L. Hendrikse, VAST 2024/W-003, nr. 3 bij HR 16 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:258.

art. 6:248 lid 2 BW als zodanig onverkort geldt voor welke contractuele bepaling dan ook. De Hoge Raad wijst hier ook min of meer op (r.o. 3.3). Het type bepaling kan wel onderdeel van de redelijkheidsafweging zijn, maar niet op voorhand meer dan dat. Dat de Hoge Raad het categorisch onderscheid tussen primaire dekkingsomschrijvingen en preventieve garanties niet nader scherpstelt, bijvoorbeeld via een inhoudelijke benadering zoals ik had voorgesteld, of zoals A-G Hartlief op basis van uitleg betoogde, maar gewoon totaal afschaft, lijkt mij dan ook het allerbeste.

Met deze vereenvoudiging vindt ook een afscheid plaats van de term primaire dekkingsomschrijving in het verzekeringsrecht. Die term vond immers zijn oorsprong en belang in het onderscheid met preventieve garanties en dat onderscheid is nu niet meer. Uiteraard kan men nog steeds spreken van positieve dekkingsomschrijvingen, uitsluitingen en uitwerkende dekkingsbepalingen, en daarmee ook overkoepelend nog van primaire dekkingsomschrijvingen. Dat zulke polisbepalingen als primaire dekkingsomschrijvingen te zien waren, maakt nu echter *rechtens* niet meer uit. Het verzekeringsrecht bevat immers geen categorisch eigen regel meer voor primaire dekkingsomschrijvingen. Het juridisch belang van de term primaire dekkingsomschrijving is daarmee ten einde. Dat deze term op basis van het Chubb/Dagenstaed-arrest ook voor de uitleg van dekkingsomschrijvingen aan de orde was, maakt dit mijns inziens niet anders. De gedachte achter het Chubb/Dagenstaed-arrest – contractsvrijheid van verzekeraars – valt immers evengoed ook te betrekken op preventieve garanties, zoals de genoemde opmerking van A-G Langemeijer voor het Biçak/Aegon-arrest ook wel aangeeft. Ook in het kader van uitleg bestaat mijns inziens dus niet (meer) een categorisch onderscheid dat ziet op primaire dekkingsomschrijvingen. Wel lijkt mij dat met name de term preventieve garanties (of de variaties daarop) nog wel in zoverre feitelijk van belang blijft, dat deze term nog steeds bruikbaar is om zulke polisbedingen met verplichtingen van preventieve aard kortweg overkoepelend aan te duiden.⁴⁴

6.2 Voortaan een inhoudelijke benadering

Hoewel het afschaffen van het categorisch onderscheid tussen primaire dekkingsomschrijvingen en preventieve garanties de wortel van veel gevoerde discussies weghaalt, is een beroep op de redelijkheid en billijkheid op de grond dat causaal verband met de schade ontbreekt geen hamerstuk geworden. Dat is een beroep op art. 6:248 lid 2 BW, gezien de geboden afweging van alle relevante omstandigheden van het geval, al van nature niet. Bovendien noemt de Hoge Raad hier drie gezichtspunten – ‘in hoeverre’ – die ‘onder meer’ ‘van belang’ ‘kunnen zijn’ bij een beoordeling van het beroep op de redelijkheid en billijkheid op de grond dat dergelijk causaal verband ontbreekt (r.o. 3.4). Enerzijds maakt de Hoge Raad een en ander concreter door gezichtspunten aan te dragen, maar anderzijds lijkt de

Hoge Raad – gezien de voorzichtige formuleringen – ook geen harde regels te willen. Dat is gezien de nogal categorische voorgeschiedenis van het Fjordenpaard-arrest te begrijpen.

De daadwerkelijke impact van de gezichtspunten zal daarom nog moeten blijken. Daarbij komt dat de Hoge Raad zelfs helemaal niet aangeeft in welke richting die gezichtspunten dan wijzen. Maar gezien de voorgeschiedenis van dit oordeel van de Hoge Raad, met name wat in de literatuur was opgemerkt over het verschil tussen primaire dekkingsomschrijvingen en preventieve garanties, is mijns inziens wel voor te stellen wat de Hoge Raad per gezichtspunt lijkt te bedoelen.⁴⁵

Zo lijkt het eerstgenoemde gezichtspunt, ‘in hoeverre het beding het te verzekeren risico in algemene zin begrenst’, in een geval waarin hiervan (sterk) sprake is, meer te passen bij wat voorheen gold voor primaire dekkingsomschrijvingen. Dan is immers meer sprake van een *generieke* bepaling dan van een specifieke bepaling, waarvan bij een preventieve garantie weer meer sprake was.⁴⁶ Begrenzing van het verzekerd risico in algemene zin pleit dan tegen een oordeel dat ontbrekend causaal verband met de ingetreden schade tot een geslaagd beroep op art. 6:248 lid 2 BW zou moeten leiden.

Het tweede gezichtspunt, ‘in hoeverre het beding ertoe strekt dat de verzekerde maatregelen treft om de kans op schade te verkleinen of, indien schade optreedt, de omvang daarvan te beperken’, pleit mijns inziens daarentegen in een geval waarin hiervan (sterk) sprake is weer in de omgekeerde richting. Dan is meer sprake van een *normstellende* bepaling die een verplichting *van preventieve aard* behelst, waarvan juist bij een preventieve garantie meer sprake was.⁴⁷ Omgekeerd geldt dan dat naar mate van het ontbreken van zo’n preventieve verplichting, ontbrekend causaal verband met de ingetreden schade juist weer minder snel een grond voor toepassing van art. 6:248 lid 2 BW vormt.

Het derde gezichtspunt, ‘in hoeverre het beding ziet op andere belangen dan het verkleinen van de kans op door de verzekerde te lijden schade of van de omvang daarvan’, lijkt in een geval waarin hiervan (sterk) sprake is weer te pleiten tegen toepassing van art. 6:248 lid 2 BW bij ontbrekend causaal verband. Andere belangen dan preventie lijken dan het polisbeding meer uit de (voormalige) hoek van preventieve garanties te houden en meer in die van primaire dekkingsomschrijvingen te brengen. Lastig vind ik echter het voorbeeld dat de Hoge Raad hierbij geeft, namelijk ‘zoals het voorkomen van bewijsproblemen of debat ten aanzien van de vraag in hoeverre het hiervoor bedoelde verband ontbreekt’. Dit belang valt mijns inziens bij welk beding dan ook te zien of te construeren. Want als een polisbepaling geen causaal verband vergt met de schade

⁴⁵ Vgl. ook de annotaties van T. Riyazi, JA 2024/67, nrs. 11 e.v. en M.L. Hendrikse, VAST 2024/W-003, nr. 3 bij HR 16 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:258.

⁴⁶ Zie o.a. Overes 2020, p. 20 en 24.

⁴⁷ Overes 2020, p. 21 en 23-34.

⁴⁴ Vgl. N. van Tiggele-van der Velde, annotatie bij HR 16 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:258, NJ 2024/105, nr. 31.

(of anderszins niet een *causaliteitsescape* bevat),⁴⁸ biedt dat altijd bewijsvoordelen en discussiereducties voor de verzekeraar, nu zo'n causaal verband dan in beginsel irrelevant is. Daarom betwijfel ik of zo'n 'bewijs- of discussiebelang' echt gewicht in de schaal legt.

Een ander belang dat wel duidelijk(er) afsteekt, is mijns inziens bijvoorbeeld het belang van een verzekeraar om bij een risico-wijziging, zoals een bestemmingswijziging van een pand, een herbeoordeling van de dekkingsbereidheid te kunnen plegen. Een dergelijk belang is te zien achter bedingen die verzekerden verplichten een risicowijziging tijdig te melden.⁴⁹ In zo'n geval vormt ontbrekend causaal verband met de schade niet (snel) een redelijke grond voor toepassing van art. 6:248 lid 2 BW, omdat in die situaties de verplichting niet zozeer op het intreden van de schade zag, maar op de dekkingskeuze, zodat veeleer met die dekking causaal verband moet bestaan.⁵⁰

Voer voor enige discussie blijft in de praktijk dus mogelijk. Bovendien lijkt, met het voorgaande, het onderscheid tussen primaire dekkingsomschrijvingen en preventieve garanties nog steeds in enige mate door te echoën, namelijk in de vorm van gezichtspunten die in dat onderscheid hun oorsprong en betekenis hebben.⁵¹ Anders dan bij de tekstuele benadering van dit gewezen onderscheid lijkt in de nieuwe benadering echter sprake van *inhoudelijke* gezichtspunten.⁵² Alle drie spreken zij immers in wezen over de inhoud van het beding ('begrenst', 'ertoe strekt' en 'ziet op').

De Hoge Raad spreekt bij de drie gezichtspunten evenwel over 'onder meer', wat aangeeft dat ook andere gezichtspunten relevant zouden kunnen zijn. Dit werpt de vraag op of dus (toch) ook tekstuele en redactionele factoren, zoals de positionering van het beding in de polis of in de voorwaarden, relevant kunnen zijn. art. 6:248 lid 2 BW is bovendien een open afweging van alle (relevante) omstandigheden van het geval, zodat zo bezien men zou kunnen zeggen dat ook tekstuele of redactionele factoren niet uitgesloten zijn van deze redelijkheidsafweging. Niettemin lijkt mij dat tekstuele en redactionele omstandigheden hier niet snel als relevant gezichtspunt zullen gelden.⁵³ Ten eerste pleit tegen relevantie dat NN expliciet tekstuele en redactionele argumenten voor haar zaak had aangevoerd. De Hoge Raad vermeldt deze argumenten wel (r.o. 3.1), maar laat deze in het geheel niet terugkeren bij de vorming van voortaan relevante gezichtspunten (r.o. 3.4). Daarentegen oor-

deelt de Hoge Raad dat NN geen belang meer had bij deze argumenten vanwege de nieuwe benadering (r.o. 3.5). Dit suggereert dat de Hoge Raad die factoren bij dit vraagstuk niet als voortaan (nog) relevant ziet. Ten tweede blijft voor mij ook onduidelijk waarom de formulering of redactie van het beding dan in een bepaalde richting wijst. De positionering van een beding op het polisblad is mijns inziens bijvoorbeeld geen aanwijzing dat sprake is van een primaire dekkingsomschrijving (*après la lettre*), althans een beding dat bij ontbrekend causaal verband met de schade niet leidt tot een succesvol beroep op art. 6:248 lid 2 BW. Integendeel, het ligt in de rede dat bijzondere (preventieve) verplichtingen voor de verzekerde een prominente polispositie krijgen. Treffend is dat bijvoorbeeld ook de preventieve garantie uit het Rode Sputlijm-arrest op het polisblad stond. Ten slotte pleit mijns inziens tegen relevantie van tekstuele en redactionele argumenten dat de tekstuele benadering juist een van de kritiekpunten was van het oude onderscheid tussen primaire dekkingsomschrijvingen en preventieve garanties. Terug naar die discussie lijkt niet heilzaam noch de bedoeling. De afschaffing van het onderscheid zou dan via de achterdeur, bij de afweging van gezichtspunten, alsnog wel heel betrekkelijk worden. Dit alles pleit mijns inziens dan ook tegen relevantie van tekst en redactie.

Gezien het 'open systeem' van art. 6:248 lid 2 BW en ook meer specifiek de opsomming van de drie gezichtspunten, zal verdere jurisprudentie moeten uitwijzen hoe hiermee in de praktijk moet worden omgegaan. In elk geval maakt het Fjordenpaard-arrest wel al duidelijk dat naast de drie bovenstaande gezichtspunten sowieso nog één belangrijk gezichtspunt te vermelden is, en dat is opzet bij de verzekerde.⁵⁴ Want opmerkelijk is dat de Hoge Raad de klachten van NN niet doet slagen met een specifieke verwijzing naar (een of meer van) de bovenstaande gezichtspunten, maar (mede) op een andere grond.

6.3 *Opzettelijke niet-naleving ook relevant*

Een argument dat NN aanvoerde – maar pas in cassatie in de uitspraken naar voren kwam – was dat zij de manegehouder al enkele jaren aantoonbaar en concreet ervan op de hoogte bracht dat de verhuurclausule een principiële dekkingsvoorwaarde was, en hij desalniettemin de vereisten daarin niet naleefde, kortom 'willens en wetens' (r.o. 3.6). De Hoge Raad grijpt met name deze omstandigheden aan om de klachten van NN geslaagd te achten. Hij oordeelt dat het hof ten onrechte niet is ingegaan op deze stellingen van NN, terwijl die stellingen 'kunnen meebrengen dat NN zich op niet-naleving van de verhuurclausule kan beroepen, ook indien het bedoelde verband ontbreekt' (r.o. 3.7). Kortom: zelfs als causaal verband met de schade ontbreekt, kan een *opzettelijke* (want: 'willens en wetens') niet-naleven van verplichtingen in een beding alsnog maken dat het beroep op dat beding niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Hoewel de Hoge Raad spreekt over 'kunnen', lijkt dit een zwaarwegend ge-

48 Vgl. Van Tiggele-van der Velde 2016, p. 150.

49 Zie o.a. Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2019/526 en Hof 's-Hertogenbosch 1 oktober 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3592, r.o. 2.15.1.

50 Zie o.a. Hof Arnhem-Leeuwarden 22 maart 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:2176, JA 2022/80 m.nt. J.S. Overes.

51 Vgl. ook N. van Tiggele-van der Velde, annotatie bij HR 16 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:258, NJ 2024/105, nr. 27.

52 Vgl. ook M.L. Hendrikse, annotatie bij HR 16 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:258, VAST 2024/W-003, nr. 3.

53 Vgl. ook N. van Tiggele-van der Velde, annotatie bij HR 16 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:258, NJ 2024/105, nr. 17.

54 Vgl. ook T. Riyazi, annotatie bij HR 16 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:258, JA 2024/67, nr. 11.

zichtspunt. Dit zou dan maken dat het bestaan van opzet bij de verzekerde ter zake de niet-naleving van de polisverplichting het niet-bestaan van causaal verband ter zake de schade overtreft, ongeacht de duiding van het beding.

Zo'n betrekkelijk zwaarwegende relevantie van opzet bij niet-naleving van verplichtingen door de verzekerde valt goed te begrijpen. Men zou kunnen zeggen dat het ontbreken van causaal verband en het type beding dan niet (meer) opwegen tegen het eigen laakbare gedrag van de verzekerde. Ook loopt zo'n gedachte parallel aan het wettelijk systeem, waarin immers opzettelijke verzwijging bij het aangaan van de verzekering, ongeacht andere factoren, tot verlies van uitkering leidt (art. 7:930 lid 5 BW) en dit ook geldt bij opzettelijke misleiding na een schademelding (art. 7:941 lid 5 BW).

Opmerkelijk is dat het aldus prevaleren van opzet boven ontbrekend causaal verband een nuancering lijkt van de oorspronkelijke regel uit het *Biçak/Aegon*-arrest voor preventieve garanties. Die regel leek immers een 'harde' causaliteitsregel te zijn, gezien de rechtsoverweging van de Hoge Raad daar dat er gevallen kunnen zijn waarin een beroep onaanvaardbaar 'moet' worden geacht, en dat vervolgens 'daarbij kan worden gedacht aan het geval waarin onvoldoende verband bestaat (...)'.⁵⁵ Hierin viel te lezen dat de Hoge Raad de situatie van ontbrekend causaal verband zag als een van de (denkbare) gevallen waarin art. 6:248 lid 2 BW *moet* gelden. Weliswaar vervolgde de Hoge Raad bovenstaande rechtsoverweging met de opmerking dat 'hiervan' 'sprake zal kunnen zijn (...)', wat voor Hartlief reden was om in het *Biçak/Aegon*-arrest geen harde causaliteitsregel te lezen,⁵⁶ maar dat 'kunnen zijn' leek daar te zien op het ontbreken van causaal verband – namelijk bij bewijs daarvan – en niet op het onaanvaardbaar zijn van het beroep op een polisbeding.⁵⁷ Daarnaast wees de Hoge Raad daar naar het *Modalfa*-arrest, waarbij de causaliteitsregel ook 'hard' was.⁵⁸ Hoe dan ook en wat van deze discussie (achteraf) ook zij, ook voor preventieve garanties is opzet nu (duidelijk) relevant.

7 Afsluiting

Al met al vormt het *Fjordenpaard*-arrest een belangrijke wijziging van de omgang met de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid bij verzekeringsvoorwaarden. Het luidt daarmee allereerst het einde in van het boeiende verhaal van de primaire dekkingsomschrijving in het verzekeringsrecht. Dat verhaal van primaire dekkingsomschrijvingen werd geschreven in een heel aantal arresten van de Hoge Raad, met in de hoofdrol namen als *Biçak/Aegon*, *Valschermzweeftoestel* en *Fjor-*

denpaard, in een bijrol namen als *Modalfa*, *Chubb/Dagenstaed*, *Rode Spuitlijm*, *Herbouwwaarde*, *Bosentan* en *Ziektebeeld*, en in lagere jurisprudentie nog talloze figuranten. De term primaire dekkingsomschrijving lijkt hoogstens nog descriptief bruikbaar als overkoepelende term voor bepaalde polisbepalingen, maar hij is *rechtens* niet meer relevant, want het categorisch onderscheid als reden voor die term bestaat niet meer. Veel verzekeringsrechtelijke handboeken zullen zo bezien aangepast moeten en kleiner kunnen worden.

Wel echoot het onderscheid tussen primaire dekkingsomschrijvingen en preventieve garanties nog in enige mate door in de nieuwe benadering die de Hoge Raad in het *Fjordenpaard*-arrest voorschrijft. Met het *Fjordenpaard*-arrest is namelijk niet alleen het oude voorbij, maar ook het nieuwe gekomen. Voortaan geldt bij een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid vanwege ontbrekend causaal verband tussen de gelding van een polisbepaling en de schade eenzelfde redelijkheidsafweging, die neerkomt op een inhoudelijke beoordeling van de situatie. Daarbij lijken gedachten die in het onderscheid tussen primaire dekkingsomschrijvingen en preventieve garanties een verklarende rol speelden, terug te keren, zij het nu als gezichtspunten en niet als categorische kantlijnen. Bovendien voegt het *Fjordenpaard*-arrest nu uitdrukkelijk toe dat ook naar eventueel opzet bij de verzekerde moet worden gekeken. En hoewel met deze nieuwe open benadering in de praktijk (natuurlijk) niet alle vragen of discussies uitgesloten zullen zijn, lijkt deze nieuwe koers wel minder problematisch te zijn en meer recht te kunnen doen aan de omstandigheden van een concreet geval.

55 HR 27 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7915, r.o. 3.3. Zie par. 2.
56 Concl. A-G T. Hartlief 30 juni 2023, ECLI:NL:PHR:2023:643, par. 3.17.
57 Vgl. ook T. Riyazi, annotatie bij HR 16 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:258, JA 2024/67, nr. 14.
58 Vgl. M.L. Hendrikse & J.G.J. Rinkes, *Risicoverzwaren en risicovermindering in het verzekeringsrecht*, in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huijzen & J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 616.