

Mw. mr. dr. M.H. Pluymen*

Toetsing van primaire dekking-bepalingen aan artikel 6:248 lid 2 BW: veiligheidsklep of toegangspoort?

1. ARTIKEL 6:248 LID 2 BW IN HET VERZEKERINGSRECHT

Artikel 6:248 lid 2 BW:

‘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.’

Contractvrijheid is een belangrijk uitgangspunt van het contractenrecht, waaronder het verzekeringsrecht. Het staat verzekeraars in beginsel vrij te bepalen of, met wie en onder welke voorwaarden een verzekeringsovereenkomst tot stand komt.¹ Het in 2006 door de Hoge Raad gewezen *Zweeftoestel*-arrest onderstreept dit ‘vrije bedrijfsbeleid’ van verzekeraars:

‘(...) met de dekkingomschrijving heeft de verzekeraar immers de grenzen omschreven waarbinnen hij bereid was dekking te verlenen, hetgeen hem vrij stond.’²

Dat artikel 6:248 lid 2 BW een rol kan spelen in het verzekeringsrecht, staat niet ter discussie. De Hoge Raad heeft artikel 6:248 lid 2 BW meermalen toegepast, zowel ten gunste van de verzekeringnemer/verzekerde³ als van de verzekeraar⁴. In de lagere rechtspraak zijn eveneens voorbeelden te vinden waarin de rechter een beroep op een verzekeringsclausule naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar oordeelde.⁵ In die gevallen betroffen de ter discussie staande clausules echter geen primaire dekkingbepalingen. Het eerder genoemde *Zweeftoestel*-arrest is vooral de boeken ingegaan als het arrest waarin de Hoge Raad het primaat van het vrije bedrijfsbeleid van verzekeraars heeft benoemd. Van belang is dat de Hoge Raad in dit arrest tevens de mogelijkheid opent om op basis van artikel 6:248 lid 2 BW een

* **Mw. mr. dr. M.H. Pluymen** is als advocaat verbonden aan JPR Advocaten te Deventer. De auteur dankt prof. mr. drs. M.L. Hendriks voor zijn waardevolle inbreng tijdens het schrijven van deze tekst.

1. Zie voor een uitzondering de basiszorgverzekering. Artikel 3 lid 1 Zvw bepaalt: ‘Een zorgverzekeraar is verplicht met of ten behoeve van iedere verzekeringsplichtige die in zijn werkgebied woont alsmede met of ten behoeve van iedere verzekeringsplichtige die in het buitenland woont, desgevraagd een zorgverzekering te sluiten.’
2. HR 9 juni 2006, *NJ* 2006, 236, r.o. 3.4.2.
3. Zie bijvoorbeeld HR 17 februari 2006, *NJ* 2006, 378, m.nt. MMM (*Royal/Polygram*), in r.o. 4.7 geeft de Hoge Raad met zoveel woorden aan dat artikel 6:248 lid 2 BW ook betrekking heeft op verzekeringsovereenkomsten: ‘Voor zover het onderdeel zich met rechts- en motiveringsklachten keert tegen het oordeel van het hof dat het beroep van Royal c.s. op het onderhavige beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, heeft het volgende te gelden. Het bestreden oordeel is in de kern gebaseerd op de omstandigheid dat Royal c.s. slechts in zeer geringe mate zijn benadeeld door de “late notification” van de vordering van Eastwood, welk nadeel volledig wordt gecompenseerd door een aftrek toe te passen van 10% van het verzekerde schadebedrag. Door op grond hiervan het beroep van Royal c.s. op art. 1.1 van de polis naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar te achten, heeft het hof niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Art. 6:248 lid 2 BW heeft immers ook betrekking op verzekeringsovereenkomsten.’ Zie bijvoorbeeld ook HR 5 oktober 2007, *NJ* 2007, 542, (overgang-van-belang-beding) r.o. 3.4.2: ‘NOWM heeft weliswaar aangevoerd dat zij op grond van de polisvoorwaarden de nieuwe verzekerde had mogen weigeren, maar zij heeft niet gesteld dat zij dat ook daadwerkelijk had gedaan indien Booltink de overgang tijdig had gemeld. Daar komt bij dat er ook niet direct aanleiding is te veronderstellen dat NOWM – als redelijk handelend verzekeraar – (in deze fictieve situatie) de nieuwe verzekerde had geweigerd. Afgezien van de rechtsvorm waarin de onderneming van Booltink werd uitgeoefend en de naam van de vennootschap, is immers niet gebleken dat er met de overgang van het verzekerd belang relevante veranderingen (verzwaringen) ten aanzien van het verzekerd risico hebben plaatsgevonden (rov. 3.14). Onder de hiervoor geschetste omstandigheden is het beroep van NOWM op artikel 11.2.2 van de algemene polisvoorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar (rov. 3.15).’
4. Zie bijvoorbeeld HR 12 januari 2007, *NJ* 2007, 371, m.nt. MMM (*Gemeente Eindhoven*), r.o. 4.2.1: ‘Uit hetgeen het hof in rov. 4.3.5 heeft overwogen, volgt dat het van oordeel was dat onder die omstandigheden van onaanvaardbaarheid in de zin van art. 6:248 lid 2 BW sprake kan zijn indien bij de besluitvorming door de Gemeente het bestaan van de aansprakelijkheidsverzekering een factor van gewicht is geweest. Dit laatste kan het geval zijn als de Gemeente, zich bewust van het bestaan van een verzekering, uit de mogelijke alternatieven die weg kiest, die de grootst mogelijke kans op schade voor Allianz scheidt en tegelijkertijd voor de Gemeente zelf het meest voordelig is. Aan ’s hofs oordeel ligt kennelijk de gedachte ten grondslag dat met een aansprakelijkheidsverzekering niet wordt beoogd dekking te bieden tegen het risico dat de verzekerde aansprakelijk wordt als gevolg van een gedraging die het resultaat is van een juist door het bestaan van die verzekering verstoorde afweging van belangen. Dit een en ander geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting, noch is het onbegrijpelijk.’
5. Een voorbeeld van betekenis vormt een uitspraak van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht van 8 juni 2007, *NJF* 2007, 359. De voorzieningenrechter overweegt hier dat een beroep door de verzekeraar op een (‘en bloc’) wijzigingsclausule naar maatstaven van

beroep op een primaire dekkingsbepaling te passeren, maar deze mogelijkheid in het specifieke geval afwijst.

In Asser/Hartkamp & Sieburgh wordt opgemerkt dat, algemeen gesteld, de formulering ‘naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar’ de bedoeling van de wetgever tot uitdrukking brengt dat de rechter de beperkende werking terughoudend zal toepassen.⁶ Toegepast op het verzekeringsrecht blijkt uit recente jurisprudentie evenwel dat dit beeld enigszins moet worden bijgesteld. Aanvankelijk zag deze verzekeringsrechtelijke jurisprudentie vooral op de betekenis van artikel 6:248 lid 2 BW toegepast op vervalbedingen.⁷ De meest recente jurisprudentie heeft evenwel betrekking op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid toegepast op primaire dekkingsbepalingen, zijnde kernbedingen. Dat is interessant, nu een geslaagd beroep op artikel 6:248 lid 2 BW een primaire dekkingsbepaling en – daarmee – de kern van de verzekeringsovereenkomst buiten toepassing stelt. Dat is zodanig ingrijpend dat een dergelijke afwijking van hetgeen de verzekeraar heeft willen overeenkomen, niet te snel mag worden aangenomen.

De vraag of en de wijze waarop een primaire dekkingsbepaling als het ware ‘buitenspel’ kan worden gezet, kan langs twee wegen worden benaderd: op basis van artikel 6:248 lid 2 BW of met toepassing van het leerstuk van de redelijke normatieve uitleg.⁸ De aanpak van de beperkende werking van de redelijkheid en de billijkheid, de heersende leer,⁹ houdt toegespitst tot het onderhavige onderwerp in dat aan de inhoud van de primaire dekkingsbepaling niets veranderd wordt maar dat de verzekeraar in het betreffende geval geen beroep op de primaire dekkingsbepaling kan doen omdat een dergelijk beroep naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Bij de benadering van de redelijke normatieve uitleg vindt de toepassing van de redelijkheid en de billijkheid al in een eerder stadium plaats: de redelijkheid en de billijkheid worden al prominent meegenomen bij de uitleg van de primaire dekkingsbepaling.¹⁰ Een toepassing van de redelijke normatieve uitleg in het verzekeringsrecht is het *Rederij Koppe*-arrest van de Hoge Raad uit 1949.¹¹ Het onderhavige arrest is een klassieker maar de aanpak van de Hoge Raad in dit arrest is zelfs in deze tijd nog revolutionair en innovatief te noemen.

Ter oprissing van het geheugen hierbij kort de kern van het geschil in de *Rederij Koppe*-zaak. Een tussen verzekeringsmaatschappij De Zwitserse en rederij Koppe gesloten verzekeringspolis bevat een ‘geen premie, geen uitkering’-

beding. In augustus 1945 vindt een ongeval plaats op een van de schepen van de rederij, waarop deze De Zwitserse verzocht om uitkering onder de polis. Deze weigert omdat over 1945 geen premie was betaald en derhalve de dekking was geschorst. De oorlogsomstandigheden waren echter redengevend daarvoor. Mede op basis van getuigenbewijs waaruit blijkt dat de betreffende schorsingsbepaling in de verzekeringsvoorwaarden in feite een dode letter was, concludeert het Hof Amsterdam dat de goede trouw meebrengt dat het beroep van De Zwitserse op de bepaling dient te worden beperkt tot de gevallen waarin dit beroep, alle omstandigheden in aanmerking genomen, redelijk is te achten, hetgeen het hof niet het geval acht. In cassatie klaagt de verzekeringsmaatschappij dat het hof zijn boekje te buiten gaat door verandering te brengen in het uitdrukkelijk overeengekomene.

Toen deze kwestie speelde, was het leerstuk van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid nog in ontwikkeling. De Hoge Raad lost in het *Rederij Koppe*-arrest de kwestie op door te overwegen dat geen sprake is van wijziging van het overeengekomene, maar van ‘vaststelling van de betekenis van hetgeen overeengekomen was’ en gebruikt daarbij de term ‘redelijke uitleg’:

‘(...) Het Hof [bedoelde] immers in dit oordeel uit te drukken, dat, al staat letterlijk genomen in art. 6, dat de verzekerde 14 dagen na het vervallen van de premie zijn aanspraken op schadeloosstelling verliest, een redelijke uitleg van deze en soortgelijke zinswendingen in polissen in dezen tak van verzekering voorkomende meebrengt, dat zij worden verstaan in de betekenis welke daaraan in voormelde wereld wordt gehecht, te weten, dat de verzekeraar bevoegd is na ommekomst van die 14 dagen een aanspraak van den verzekerde af te wijzen indien zulks, alle omstandigheden in aanmerking genomen, redelijk is te achten.’

In de recente jurisprudentie die deze bijdrage behandelt, lijkt de aantasting van een primaire dekkingsbepaling echter steeds vaker plaats te vinden op basis van artikel 6:248 lid 2 BW, waarbij wel degelijk sprake is van wijziging van het overeengekomene. De vraag rijst welke omstandigheden dan redengevend worden geacht voor een dusdanig ingrijpende wijziging, die neerkomt op een beperking van het vrije bedrijfsbeleid van verzekeraars. Het is met name die vraag die centraal staat in deze bijdrage. Ik bespreek daartoe in de eerste plaats de lijn die met het *Zweeftoestel*-arrest is ingezet door de Hoge Raad

redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, vanwege onder meer het feit dat de verzekeraar ook op een andere manier excessieve claims van bepaalde verzekerden had kunnen aanpassen.

6. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 413. In het woord ‘onaanvaardbaar’ schuilt de aansporing tot een terughoudende toepassing, die aanvankelijk met de term ‘onbetamelijk’ werd uitgedrukt, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 919, ‘voor zover in de gegeven omstandigheden een beroep op het in een overeenkomst bepaalde onbetamelijk zou zijn, blijft het overeengekomene buiten toepassing’.

7. HR 20 april 1990, *NJ* 1990, 526; HR 22 mei 1992, *NJ* 1993, 381, m.nt. MMM; HR 12 januari 1996, *NJ* 1996, 683, m.nt. MMM; HR 27 oktober 2000, *NJ* 2001, 120, m.nt. MMM (*Biçak/Aegon*).

8. Zie ook in meer algemene zin J.H. Nieuwenhuis, *Hoofdstukken vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 61-62.

9. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 366.

10. De leer van de redelijke normatieve uitleg kent diverse prominente aanhangers, bijvoorbeeld Eggens, Schoordijk en Van Dunné. Zie voor een overzicht Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 365. Treffend is de volgende stelling van Van Dunné in zijn dissertatie uit 1971, welke publicatie veel beroering veroorzaakte in privaatrechtelijk Nederland: ‘De problematiek van de “derogerende werking van de goede trouw” – afgezet tegen het pacta sunt servanda-beginsel – is naar mijn mening een schijnproblematiek. Zodra men bij de uitleg de regels van de goede trouw toelaat, m.a.w. de normatieve uitlegmethode hanteert, bestaat aan die figuur, evenmin als aan “misbruik van recht” enige behoefte. Zie J. van Dunné, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen* (diss. Leiden) 1971, p. 219.

11. HR 20 mei 1949, *NJ* 1950, 7, m.nt. PHANH (*De Zwitserse Mij v. Verz. tegen Ongevallen/Rederij Koppe*).

en de aan te leggen maatstaf bij de beoordeling van de vraag of een primaire dekkingsbepaling de onaanvaardbaarheidsmaatstaf van artikel 6:248 lid 2 BW kan doorstaan. Daarna volgt een actueel, chronologisch overzicht van de uitwerking daarvan in de vervolgiurisprudentie van hoven, rechtbanken en de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (GC Kifid). Deze jurisprudentie levert een wat grillig beeld op. Bij nadere beschouwing is een drietal categorieën situaties te onderscheiden, die worden besproken. Het overzicht eindigt met de bespreking van een zeer recent arrest van de Hoge Raad van 7 juni 2013,¹² op basis waarvan een vierde groep is ontstaan. In de conclusie kom ik terug op de vraag of artikel 6:248 lid 2 BW de aangewezen weg is om de te bespreken situaties te beoordelen, of dat de redelijke uitleg zich daar wellicht beter voor leent.

2. HET ZWEEFTOESTEL-ARREST, DE MOGELIJKHEID VAN AANTASTING VAN EEN PRIMAIRE DEKKINGSBEPALING VERKEND

2.1. Het Zweeftoestel-arrest en artikel 6:248 lid 2 BW

Centraal in het *Zweeftoestel*-arrest staat de vraag of een verzekeraar zich met succes kan beroepen op een tweetal primaire dekkingsbepalingen.¹³

De feiten zijn als volgt. Een zweeftoestel dat met behulp van een lier is opgetrokken, stort neer. De piloot en diens tandepassagier lopen daarbij letsel op. De tandepassagier stelt de piloot aansprakelijk, die uit hoofde van een lidmaatschap van de Koninklijke Nederlandse Vereniging voor Luchtmacht (KNVvL) verzekerd is tegen wettelijke aansprakelijkheid. De in vrijwaring opgeroepen verzekeraar beroept zich op een tweetal clausules, in de kern inhoudende dat de verzekering alleen van kracht is als conform de KNVvL-voorschriften is gevlogen (clausule 903) en dat voor het gebruik van een lier een vergunning is vereist (clausule 904).¹⁴ De rechtbank laat de piloot toe te bewijzen dat het formeel niet hebben voldaan aan de

clausules (want daarvan was sprake¹⁵) niet de oorzaak kan zijn geweest van het ongeval. Nadat zij de piloot in die bewijsopdracht geslaagd acht, oordeelt de rechtbank het beroep van de verzekeraar op deze clausules naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Het hof bekrachtigt dit vonnis.

De verzekeraar, Winterthur, stelt tegen dat beroep cassatie in en klaagt, kort gesteld dat het hof ofwel clausule 904 (het zonder vergunning gebruiken van de lier) niet in de beoordeling heeft betrokken, ofwel niet de juiste maatstaf heeft gebruikt bij de beoordeling van die clausule, nu die clausule een primaire dekkingsomschrijving geeft.¹⁶

De Hoge Raad casseert 's hofs arrest op basis van de volgende rechtsoverweging (3.4.2):

‘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 grenzen omschreven waarbinnen hij bereid was dekking te verlenen, hetgeen hem vrijstond.’

2.2. De toetsingsmaatstaf bij vervalbedingen en primaire dekkingsbepalingen

Welke maatstaf geldt bij de beoordeling van de vraag of een primaire dekkingsbepaling kan worden gepasseerd met een beroep op artikel 6:248 lid 2 BW? In het *Zweeftoestel*-arrest blijkt uit de overwegingen van de Hoge Raad dat bij die beoordeling geen ruimte is voor een causaliteitsvraag. Zowel de rechtbank als het hof had geoordeeld dat het feit dat de piloot (clausule 903) en de lierman (clausule 904) in materieel opzicht voldeden aan de in de polisvoorwaarden gestelde eisen,¹⁷ een beroep

12. HR 7 juni 2013, L/JN BZ3670.

13. Zie over de vraag hoe de beide clausules dienen te worden geïnterpreteerd N. van Tiggele-van der Velde, ‘Contractsvrijheid, Hoe vrij is de verzekeraar in (de wijze van) begrenzing van de door hem geboden dekking’, in: N. van Tiggele-van der Velde & J.H. Wansink (red.), *Contractsvrijheid in het verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 12-16 en A. Blom in zijn annotatie bij het *Zweeftoestel*-arrest in *AV&S* 2007, 20, p. 138. Ook: M.J. Tolman, ‘De uitleg van de dekking onder de polis’, *AV&S* 2008, 9, p. 64-73.

14. Clausule 903 – De verzekering is uitsluitend van kracht indien:

1) gevlogen wordt conform de regeling van de KNVvL;

4) in Nederland wordt gevlogen conform het ter plaatse geldende stekkenreglement

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 een liersysteem.

15. De piloot beschikte niet over de vereiste aantekening tot het uitvoeren van een tandemvlucht. Daarnaast was geen sprake van een vergunning voor het gebruik van het liersysteem.

16. Onder r.o. 3.4.1 verwoordt de Hoge Raad het cassatiemiddel als volgt: ‘De klachten van het onderdeel komen in de kern hierop neer dat het hof bij de verwerping van het beroep van Winterthur op de clausules aan de hand van de maatstaf van het arrest van de Hoge Raad van 27 oktober 2000, nr C99/023, NJ 2001, 120, hetzij de clausule 904 geheel over het hoofd heeft gezien, hetzij heeft miskend dat die clausule niet een garantiebeding inhoudt als waarop dat arrest het oog heeft, maar een beding dat de primaire dekkingsomschrijving geeft. Een dergelijke clausule houdt een generieke uitsluiting in van aansprakelijkheid ter zake van schade als gevolg van het gebruik van het zogenaamde liersysteem (indien en zolang men niet over een vergunning voor het gebruik van een liersysteem beschikt), en een beroep daarop zou slechts naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kunnen zijn wanneer het onaanvaardbaar zou zijn dat een verzekeraar dergelijke schade generiek uitsluit. In ieder geval kan het beroep dat Winterthur doet op het niet verzekerd zijn van de schade wegens de generieke dekkingsuitsluiting niet onaanvaardbaar worden geacht op de grond dat zich in concreto niet de redenen voordoen die de verzekeraar ertoe hebben gebracht in het algemeen geen dekking te willen bieden voor schade als gevolg van het gebruik van het liersysteem (behoudens indien een vergunning is verkregen), aldus nog steeds het onderdeel.’

17. Bij gebrek aan de vereiste aantekening op zijn brevet, was de piloot formeel niet bevoegd tot het uitvoeren van tandemvluchten, hoewel hij wel over de voor een dergelijke aanvraag vereiste ervaring beschikte. Wat betreft de lier achtte de Rechtbank bewezen dat deze in

op die verzekeringsvoorwaarden door de verzekeraar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar maakte.¹⁸ Op die basis en gesteund door een deskundigenbericht dat de oorzaak van het ongeval toeschreef aan een ongelukkige samenloop van omstandigheden overweegt het hof dat het causale verband ontbreekt tussen het ontbreken van de vereiste aantekeningen op het brevet en het ongeval, hetgeen het hof redengevend acht voor toepassing van artikel 6:248 lid 2 BW.¹⁹ Daarmee legt het hof de causaliteitsmaatstaf aan van het arrest *Biçak/Aegon*.²⁰

In het arrest *Biçak/Aegon* was sprake van een in een brandverzekeringspolis opgenomen garantiebeding, ook wel: vervalbeding, inhoudend dat in de horecagelegenheid (het ging om een café) metalen afvalbakken aanwezig dienden te zijn. In het café stonden plastic afvalbakken. Om die reden weigerde de verzekeraar na brand uitkering, dit terwijl aangenomen diende te worden dat de brand in de meterkast was gestart. De Hoge Raad overwoog evenwel dat in het geval waarin onvoldoende verband bestaat tussen het niet naleven van de in de clause omschreven verplichtingen en het risico zoals zich dit heeft verwezenlijkt een beroep op de clause in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht. Van een dergelijk geval was in het Hoge Raad arrest *Biçak/Aegon* sprake nu de verzekerde daar kon stellen en bewijzen dat het niet toepassen van de voorgescreven voorzieningen niet de oorzaak of de medeoorzaak kon zijn geweest van de brand.

Bij een garantiebeding is de dekking waarin de verzekeraar in principe wenst te voorzien, komen te vervallen wegens het niet naleven van de garantie. Onvoldoende causaal verband tussen het niet voldoen aan een garantiebeding en het veroorzaken van het schadevoorzak, is voldoende voor een geslaagd beroep op artikel 6:248 lid 2 BW, zo leert *Biçak/Aegon*. In het *Zweeftoestel*-arrest staat echter, in ieder geval waar het betreft clause 904 van de verzekeringspolis,²¹ niet een garantiebeding maar een primaire dekkingsbepaling centraal. Dekking ontbrak van meet af aan.

In het *Zweeftoestel*-arrest nuanceert de Hoge Raad het verschil tussen de aan te leggen maatstaf als het gaat om garantiebedingen en kernbedingen. Bij een garantiebeding of een vervalbeding, zoals in het arrest *Biçak/Aegon*, is

in principe sprake van dekking, die kan vervallen op het moment dat niet wordt voldaan aan de in de polis gestelde voorwaarde. De verzekeraar kan deze dekking niet weigeren als niet is voldaan aan de causaliteitsmaatstaf. De bedongen uitkering geschiedt onverkort indien de gevaar verhogende omstandigheid van geen belang was voor het risico zoals dit zich heeft verwezenlijkt.²²

In de *Zweeftoestel*-kwesie had het hof de causaliteitsmaatstaf van *Biçak/Aegon* gehanteerd. Wat betreft verzekeraar Winterthur diende echter in ieder geval clause 904 met betrekking tot de lier te worden aangemerkt als primaire dekkingsomschrijving, inhoudende een generieke uitsluiting van aansprakelijkheid van schade als gevolg van het zonder vergunning gebruiken van een liersysteem. Winterthur stelde daarbij dat een dergelijke generieke dekkingsuitsluiting niet 'onaanvaardbaar kan worden geacht op de grond dat zich in concreto niet de redenen voordoen die de verzekeraar ertoe hebben gebracht in het algemeen geen dekking te willen bieden voor schade als gevolg van het gebruik van het liersysteem (behoudens indien een vergunning is verkregen)'.²³ Dit uitgangspunt acht de Hoge Raad (r.o. 3.4.2) terecht.

Anders dan bij een garantiebeding ontbreekt bij een primaire dekkingsbepaling 'ab initio'-dekking, om de woorden van A-G Spier te gebruiken.²⁴ Deze kan de verzekeraar niet alsnog, via de zijdeur van artikel 6:248 lid 2 BW, worden opgedrongen met de stelling die erop neerkomt dat de verwezenlijking van het risico losstaat van de polisvoorwaarden.

Een ruime uitleg van het *Zweeftoestel*-arrest in die zin dat daaruit geen toepasselijkheid van artikel 6:248 lid 2 BW waar het betreft dekkingsbepalingen zou volgen, dient niet te worden aangenomen. Het arrest laat juist ruimte voor uitzondering. Het enkele argument dat de redenen waarom de verzekeraar dit soort evenementen niet wil verzekeren zich niet voordoen, is evenwel onvoldoende om een primaire dekkingsbepaling buiten werking te stellen, zo blijkt.

In het *Zweeftoestel*-arrest opent de Hoge Raad de mogelijkheid van een dekkingsbepaling te passeren vanwege de derogerende werking van de redelijkheid en de billijkheid. In het specifieke geval wordt die mogelijkheid verworpen, nu in casu geen bijkomende, relevante omstandigheden waren gesteld, die nodig zijn voor een geslaagde inzet van artikel 6:248 lid 2 BW. Gedacht kan worden

goede staat van onderhoud verkeerde. Ten tijde van het ongeval was nog geen keuring van lieren nodig. Er werden materialen gebruikt die in Duitsland, waar de keuring wel bestond, goedgekeurd waren.

18. Bij tussenvonnis van 9 januari 2002 heeft de rechtbank geoordeeld dat een beroep op de clauses waarop Winterthur zich heeft beroepen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn (r.o. 3). De piloot (X) wordt toegelaten te bewijzen dat 'het formeel niet voldaan hebben aan de regels en het hebben van een vergunning niet de oorzaak of mede-oorzaak kan zijn geweest van het ongeval' (r.o. 5). Het hof laat dit oordeel en de bewijswaardering in stand.

19. 'Het hof is van oordeel dat de door Winterthur genoemde omstandigheden (...) die er met name op neerkomen dat de clause duidelijk was en dat X niet bevoegd was om de tandemvlucht uit te voeren, niet van dermate ingrijpende aard zijn tegenover de omstandigheden dat het ontbreken van de bevoegdheid niet de (mede-) oorzaak van het ongeval is geweest, dat zij kunnen afdoen aan het oordeel dat het beroep op Winterthur op de clause naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is' (r.o. 4.16).

20. HR 27 oktober 2000, NJ 2001, 120, m.nt. MMM.

21. Het hof zou, volgens het cassatiemiddel, de clauses 903 en 904 kort aldus hebben samengevat dat de verzekering alleen van kracht is als conform de regeling van KNVvL wordt gevlogen. In cassatie werd geklaagd dat het in clause 904 evenwel om een andere vraag gaat, namelijk om het niet verzekerd zijn in de daar bedoelde situatie. Het hof had aangegeven dat – in de woorden van A-G Spier (r.o. 3.6) geparafraseerd weergegeven – de clauses 903 en 904 op hetzelfde neerkomen. De klacht dat het hof clause 904 niet in zijn oordeel had betrokken of over het hoofd had gezien, is wat betreft A-G Spier tevergeefs voorgesteld, nu het hof spreekt over 'clauses' (r.o. 3.6).

22. HR 27 oktober 2000 (*Biçak/Aegon*), r.o. 2.7 (concl. A-G Langemeijer).

23. HR 9 juni 2006 (*Zweeftoestel*), r.o. 3.4.1.

24. HR 9 juni 2006 (*Zweeftoestel*), r.o. 3.13 (concl. A-G Spier).

aan de situatie dat de primaire dekkingsbepaling niet op het polisblad staat maar enkel ‘verstopt’ tussen de andere bepalingen in de verzekeringsvoorwaarden. In een dergelijke situatie zou artikel 6:248 lid 2 BW in beeld kunnen komen voor het opzijzetten van een dergelijk beding. Dit aspect komt nader aan de orde in paragraaf 4.1.1.

3. ARTIKEL 6:248 LID 2 BW EN PRIMAIRE DEKKINGSOMSCHRIJVINGEN: HET ZWEEFTOESTEL-ARREST NADER GEDUID

Na het *Zweeftoestel*-arrest is in de jurisprudentie van de Hoge Raad meermalen bevestigd dat een beroep op een primaire dekkingsbepaling langs de band van artikel 6:248 lid 2 BW kan worden gepasseerd. Dat er onder omstandigheden wel degelijk ruimte kan zijn voor het buitenspel zetten van een primaire dekkingsbepaling, stelt A-G Rank-Berenschot uitdrukkelijk en onder verwijzing naar het *Zweeftoestel*-arrest voor een arrest van de Hoge Raad van 23 april 2010²⁵ (r.o. 3.23):

‘Amev voert (...) het verweer dat een dekkingsbepaling als de onderhavige niet door art. 6:248 lid 2 BW opzij gezet kan worden, waarbij wordt verwezen naar het arrest van Uw Raad van 9 juni 2006. De vraag is evenwel of uit deze uitspraak volgt dat Uw Raad inderdaad van oordeel zou zijn dat een beroep op de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid ten aanzien van uitsluitingsclausules te allen tijde onmogelijk is. Weliswaar wordt in het algemeen overwogen dat de verzekeraar met de dekkingsomschrijving de grenzen omschrijft waarbinnen hij bereid is dekking te verlenen, hetgeen hen vrijstaat, maar de uitspraak betreft een geval waarin het beroep op de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid is gebaseerd op het argument dat de redenen waarom de verzekeraar het evenement in kwestie niet wil verzekeren zich in concreto niet voordoen. *Dit lijkt de mogelijkheid in te houden dat een beroep op art. 6:248 lid 2 BW wel slaagt indien het op andere omstandigheden berust* [mijn cursivering; MP].’

Annotator Mendel sluit zich daarbij aan:

‘Ik ben het met de A-G eens dat dit de mogelijkheid inhoudt (zij zegt voorzichtig: lijkt in te houden) dat een beroep op art. 6:248 lid 2 BW wel slaagt indien het op andere omstandigheden berust zal dit slechts bij hoge

uitzondering het geval zijn (zie art. 6:248 lid 2 “onaanvaardbaar”).’

In genoemd arrest van 23 oktober 2010 kwam artikel 6:248 lid 2 BW in feite maar zijdelings aan de orde.²⁶ De Hoge Raad kwam niet toe aan een inhoudelijke beoordeling van het beroep op dit artikel.²⁷ Niettemin heeft Mendel de gelegenheid aangegrepen in zijn noot bij dit arrest het *Zweeftoestel*-arrest alsnog te duiden, mogelijk nu de betekenis van dit arrest voor de ontwikkeling van de rol van artikel 6:248 lid 2 BW in de beperking van primaire dekkingsbepalingen enige tijd onopgemerkt is gebleven. In ieder geval is het *Zweeftoestel*-arrest in de *NJ* niet geannoteerd.²⁸ Mendel duidt het verschil tussen primaire dekkingsbepalingen en garantiebedingen, een aspect dat, zoals hiervoor uiteengezet, centraal stond in het *Zweeftoestel*-arrest:

‘Wat wordt met deze term bedoeld? De Hoge Raad heeft hem ontleend aan het hof-arrest in die zaak [HR 9 juni 2006 (*Zweeftoestel*); MP]. In r.o. 4.6 maakt het hof onderscheid tussen enerzijds “een primaire dekkingsomschrijving die de omvang van de dekking vaststelt” en anderzijds een clause (een “garantiebeding”) die (onder bepaalde omstandigheden) de bestaande dekking doet vervallen. Clausules van deze laatste soort – denk bijv. aan een bepaling in een brandverzekeringpolis van een café-bedrijf “Er mag uitsluitend gebruik worden gemaakt van metalen afvalcontainers en peukenverzamelaars”, zie HR 27 oktober 2000, *NJ* 2001/120 (Biçak-Aegon) m.nt. MMM – zou men kunnen betitelen als secundaire dekkingsomschrijvingen.’

3.1. HR 21 januari 2011, het *Herbouwwaarde*-arrest

In een voor deze bijdrage belangrijk arrest van 21 januari 2011²⁹ vult de Hoge Raad de voorwaarden nader in waaraan een beroep op artikel 6:248 lid 2 BW moet voldoen om een primaire dekkingsbepaling met succes te kunnen passeren. In de kern twistten partijen in deze zaak over de vraag of de schadeverzekeraar diende over te gaan tot betaling van de herbouwwaarde, dan wel de (lagere) verkoopwaarde van een afgebrand woonhuis. De verzekeraar beriep zich op een verzekeringsvoorwaarde inhoudende dat recht op vergoeding van herbouwwaarde is uitgesloten indien herbouw niet binnen drie jaar na de

25. HR 23 april 2010, *LJN* BL6024, *NJ* 2010, 454, m.nt. MMM. De zaak had betrekking op een verzekeringsvoorwaarde waarin aansprakelijkheid voor schade als gevolg van seksuele gedragingen is uitgesloten van dekking onder een aansprakelijkheidsverzekering. De vraag lag voor of een beroep van de verzekeraar op deze uitsluitingsclausule naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is jegens een derde (het slachtoffer van verkrachting) aan wie de verzekerde (de toenmalige echtgenoot van het slachtoffer) zijn eventuele vordering op de verzekeraar heeft gecedeerd. Blijkens bespreking van de middelen (C.2) en de conclusie van A-G Rank-Berenschot (2.10) heeft het slachtoffer in eerste instantie haar (ex-)echtgenoot aangesproken op vergoeding van haar schade maar bood deze geen verhaal, waarop is gekozen voor de constructie van cessie van zijn vordering op de schadeverzekeraar.

26. Kernvraag was of de uitsluitingsclausule betreffende seksuele gedragingen (artikel 3.2) waarop de verzekeraar zich beriep, nietig was gelet op het kartelverbod van artikel 6 Mededingingswet. Zie hierover S.M.M.C. Vinken & M.P.M. Hennekens, ‘HR 23 april 2010:1 Uitsluitingsclausule naar aanbeveling van het Verbond van Verzekeraars – strijd met het kartelverbod van art. 6 Mededingingswet?’, *NTHR* 2010-5, p. 217-221.

27. R.o. 3.6: de vrouw had als cessionaris geen concrete omstandigheden gesteld die tot het oordeel konden leiden dat het beroep van de verzekeraar, Amev, op artikel 3.2 in de relatie met haar verzekerde, de echtgenoot van de vrouw, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was, zodat een dergelijk beroep de vrouw evenmin toekwam.

28. Zie voor een annotatie *JA* 2006-7, 104 (T.A. van Kampen & M. Mac Lean) en *AV&S* 2007, 20 (A. Blom).

29. HR 21 januari 2011, *LJN* BO5203, *NJ* 2011, 176, m.nt. MMM. Zie ook N.T. Vloemans, ‘Redelijke uitleg van een herbouwclausule en een beroep op 6:248 lid 2 BW, HR 21 januari 2011, *NJ* 2011, 176 (Achmea/ABN AMRO en mr. Hijmans q.q.)’, *NTHR* 2011-4, p. 157-162.

schadedatum is voltooid.³⁰ Centraal stond de vraag of het (enkele) feit dat het de verzekeringnemers ontbrak aan de financiële middelen voor deze herbouw binnen de gestelde termijn, onder meer omdat de verzekeraar had geweigerd te bevoorschotten, een beroep op 6:248 lid 2 BW rechtvaardigde. Het hof oordeelde dat de stelling van verzekeraar Achmea dat hij niet tot uitkering van de herbouwwaarde verplicht is 'in rechte geen gehoor vindt'. De Hoge Raad casseert het arrest (r.o. 3.7):

'Indien het hof van oordeel was dat Achmea op de bedoelde polisvoorwaarden geen beroep mocht doen, heeft het miskend dat daartoe is vereist dat dit beroep naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. (...)

Indien het hof dit een en ander niet heeft miskend, heeft het zijn oordeel ontoereikend gemotiveerd doordat het heeft nagelaten met voldoende nauwkeurigheid de omstandigheden weer te geven die hem in het onderhavige geval tot zijn oordeel hebben gebracht. De omstandigheid dat R. en K. "niet de middelen voor deze herbouw hebben" kan zijn oordeel niet zonder meer dragen. Het hof heeft weliswaar overwogen dat dit gebrek aan middelen aan de weigering tot uitkering door Achmea is te wijten, maar zonder nadere motivering, die ontbreekt, is niet duidelijk waarom die weigering, met een beroep op de polisvoorwaarden, niet gerechtvaardigd is.'

De Hoge Raad honoreert daarmee het cassatiemiddel dat klaagt dat het hof in zijn arrest onvoldoende tot uitdrukking brengt of het is uitgegaan van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid of van de redelijke uitleg.³¹ Het belang van dit onderscheid behandel ik in mijn concluderende opmerkingen. Op dit moment volsta ik te bedrukken dat de Hoge Raad in bovenstaande overweging expliciet de mogelijkheid accepteert dat primaire dekkingsbepalingen op basis van artikel 6:248 lid 2 BW aantastbaar zijn.

De gegeven omstandigheden, niet alleen de feitelijke omstandigheden maar ook de betreffende verzekeringsvoorwaarden, zijn bepalend voor de slagingskans van een beroep op artikel 6:248 lid 2 BW. Vanwege de genoemde terughoudendheid die rechters is geboden bij de toepassing van dit artikel kunnen enkel *bijzondere* feiten en omstandigheden rechtvaardigen dat de verzekeraar geen beroep op een primaire dekkingsbepaling mag doen. Het *Herbouwwaarde*-arrest bevestigt dit. De bewijslast ten aanzien van deze bijzondere omstandigheden rust op de verzekerde. In casu was aan die zware bewijslast niet voldaan. Het enkele feit dat kennelijk³² sprake was van onvoldoende middelen om de herbouw te voltooien wegens de weigering van de verzekeraar te bevoorschotten, volstaat niet om artikel 6:248 lid 2 BW met succes in stelling te brengen.³³ De feiten dienen nader te worden ingevuld om de cassatierechter de mogelijkheid te geven recht te doen aan die specifieke omstandigheden. Dit aspect komt terug in de conclusie voor een arrest van de Hoge Raad van 4 februari 2011³⁴ waarin P-G Wuisman benadrukt:

'Verder wordt het oordeel over wat naar maatstaven van billijkheid en redelijkheid onaanvaardbaar is, sterk bepaald door de omstandigheden van het geval. Dat geeft een dergelijk oordeel al gauw een vrij hoog feitelijk gehalte met als gevolg een geringere ruimte voor toetsing van het oordeel in cassatie.'

Voorlopig³⁵ sluitstuk in de jurisprudentie van de Hoge Raad waarin wordt geduid of en onder welke omstandigheden met een beroep op artikel 6:248 lid 2 BW een primaire dekkingsbepaling kan worden gepasseerd, vormt een arrest van de Hoge Raad van 8 juli 2011.³⁶ Het betrof hier eveneens een brandverzekeringzaak, waar brandbare spuitlijm was gebruikt hetgeen onder omstandigheden conform de verzekeringsvoorwaarden niet was toegestaan. Interessant binnen deze bijdrage zijn niet zozeer

30. 'Bij woningen geldt als schade:

de herbouwwaarde (...), als u binnen drie jaar na de schadedatum de herbouw in dezelfde omvang hebt voltooid;
de verkoopwaarde (...), als u niet binnen drie jaar na de schadedatum de herbouw hebt voltooid
(...)

In geval van herbouw, herstel of vervanging wordt de schadevergoeding betaald na gereedkomen. Naarmate de herbouw vordert, kunnen wij voorschotten op de schadevergoeding verstrekken.'

31. Zie A.W. van der Veen, 'Welke redelijkheid? Verplicht kiezen tussen uitleg en beperking. Bespreking van HR 21 januari 2011, NJ 2011, 176, m.nt. MMM, LjN BO5203', *MvV* 2011, 9, p. 241-245.

32. Zoals Vloemans (a.w.) aangeeft, blijft het gissen wat de concrete omstandigheden waren die maakten dat Achmea weigerde te bevoorschotten en welke moeite de verzekerde heeft gedaan alternatieve middelen aan te boren.

33. De Hoge Raad volgde daarmee niet het welwillende advies van A-G Spier. Deze achtte het omwille van het maatschappelijk belang doorslaggevend dat een verzekeraar die weigert te bevoorschotten en achterover leunt in afwachting van het verstrijken van de herbouwtijd, daarvoor niet dient te worden beloond. R.o. 4.24.2: 'Uit een oogpunt van *éducation permanente* zou ik wellicht nog wel mee hebben willen gaan met de klachten, ware het niet dat daarvan m.i. een verkeerd signaal uit zou gaan. Achmea en – als zij gelijk heeft – ook andere verzekeraars zouden daaruit de conclusie kunnen trekken dat ze bij herbouwverzekeringen achterover kunnen gaan leunen totdat de verzekerde vastloopt in zijn pogingen geld te vinden voor de herbouw. Dat ware m.i. te voorkomen.'

34. HR 4 februari 2011, LjN BO4911, NJ 2011, 367, m.nt. MMM. In een uiterst subsidiair standpunt verweert verzekeraar Chubb zich tegen een vordering tot uitkering van de waarde van gestolen goederen (boeken en schilderijen) met de stelling dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn Chubb aan een taxatie te houden, nu deze tot stand zou zijn gekomen op basis van onjuiste informatie zijdens de verzekerde.

35. Het voor deze bijdrage definitieve sluitstuk vormt HR 7 juni 2013, LjN BZ3670, dat wordt besproken in paragraaf 4.4. De jurisprudentie van rechtbanken, hoven en GC Kifid die in paragraaf 4.1 tot en met 4.3. aan de orde komt, dateert van de periode 2009-2013 en daarmee van vóór juni 2013.

36. HR 8 juli 2011, LjN BQ6074, *RvdW* 2011, 922.

de finesses van de zaak, noch dat het hof de ter discussie staande verzekeringsvoorwaarde³⁷ niet als een primaire dekkingsclausule maar als een garantieclausule heeft gekwalificeerd. Dit oordeel laat de Hoge Raad in stand. Voor deze bijdrage is vooral van belang de beschouwing van A-G Spier waarin hij (in een overweging ten overvloede) de vraag bespreekt of een beroep op een primaire dekkingsbepaling onder specifieke omstandigheden kan worden gepareerd met een beroep op artikel 6:248 lid 2 BW. Spier bevestigt het standpunt van A-G Rank-Berenschot voor HR 23 april 2010 (r.o. 3.8.1):

‘Het lijkt inderdaad niet zonder meer uitgesloten dat zich omstandigheden voor kunnen doen waarin zelfs een beroep op het ontbreken van een primaire dekkingsomschrijving kan worden getorpedeerd met behulp van art. 6:248 lid 2 BW.’

De tussenstand is daarmee dat het vrije bedrijfsbeleid van verzekeraars in concrete gevallen en op basis van goed gemotiveerde, bijzondere omstandigheden kan worden doorkruist indien deze omstandigheden aanleiding geven een beroep door een verzekeraar op een primaire dekkingsbepaling met een beroep op artikel 6:248 lid 2 BW te pareren. De rechtspraak over de onaanvaardbaarheidsmaatstaf van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid is daarmee per definitie casuïstisch. Niettemin is er in de lagere rechtspraak een lijn te ontdekken in de gevallen waarin het onderhavige leerstuk met succes in stelling is gebracht. Een bespreking daarvan volgt in de volgende paragraaf.

4. DE BEOORDELING VAN PRIMAIRE DEKKINGSBEPALINGEN OP BASIS VAN ARTIKEL 6:248 LID 2 BW IN DE LAGERE RECHTSPRAAK

De lagere rechtspraak die volgt op de door de Hoge Raad uitgezette lijn laat zich onderverdelen in een drietal groepen van gevallen waarbij sprake is van een geslaagd beroep op artikel 6:248 lid 2 BW door, in alle gevallen, de verzekerde. Deze vervolgjurisprudentie bespreek ik zo veel mogelijk chronologisch. Het betreft dan in de eerste plaats situaties waarin onvoldoende is gewaarschuwd voor de werking van een verstrekkende primaire dekkingsbepaling. De tweede categorie ziet op de situatie waarin *formeel* niet, maar in *materiële* zin wel aan een primaire dekkingsbepaling is voldaan. De te bespreken situaties in deze categorie, zien alle op beveiligingsvoorwaarden. Daarnaast laat de rechtspraak ook een enkele uitschieter zien, waar artikel 6:248 lid 2 BW wordt ingezet om voor het individuele geval onaanvaardbare gevolgen te verhelpen. Hierna volgt een uitwerking van deze drie categorieën, waarbij ik tevens inga op de vraag naar de relevante toetsingsmaatstaf.

4.1. Categorie 1: situaties waarin onvoldoende is gewaarschuwd voor een verstrekkende primaire dekkingsbepaling

Onder omstandigheden kunnen primaire dekkingsbepalingen die in beginsel zijn geoorloofd, vanwege artikel 6:248 lid 2 BW buiten toepassing blijven, omdat de verzekerde niet voldoende is ingelicht over de verstrekkende gevolgen van de bepaling. Verzekeraars dienen voldoende zorgvuldigheid te betrachten ter voorkoming van een situatie waarin verzekerden, op het moment dat zij een beroep doen op hun verzekering, verrast worden door een primaire dekkingsbepaling die aan dat beroep in de weg staat. Het verdient om die reden aanbeveling (verstrekkende) primaire dekkingsbepalingen duidelijk overeen te komen door opname daarvan op het polisblad. In het licht van artikel 6:248 lid 2 BW komt aan de waarschuwingsplicht steeds meer betekenis toe. Hieronder ter illustratie een drietal zaken waarin het onvoldoende in acht nemen van de waarschuwingsplicht, mede gelet op de verstrekkende gevolgen daarvan voor de verzekerde, zijn gesanctioneerd en met een beroep op artikel 6:248 lid 2 BW de litigieuze primaire dekkingsbepaling buiten toepassing is gelaten.

4.1.1. Reisverzekering

In een arrest van het Hof 's-Hertogenbosch uit 2009³⁸ werd geoordeeld over een reisverzekering, die via het GWK bij Fortis was gesloten onder een tweetal voorwaarden (artikelen 1.7 en 2.2) die bepaalden dat de verzekering niet geldig was indien deze niet voor de gehele reisduur (heenreis, verblijf en terugreis) was gesloten. De verzekeringnemer had een reisverzekering afgesloten voor de periode 16 juli 2005 tot en met 19 juli 2005 met de bedoeling enkel een heenreis naar Marokko te verzekeren. Nadat hij op 17 juli 2005 op de rondweg te Madrid was beroofd, verzocht hij vergoeding van zijn schade op grond van zijn reisverzekering. Fortis weigerde uit te keren op basis van de genoemde twee voorwaarden. Vooropgesteld dat het Fortis in beginsel vrijstaat om ervoor te kiezen geen verzekering aan te bieden voor – bijvoorbeeld – alleen een heenreis, achtte het hof de omstandigheden waaronder de reisverzekering was aangegaan bepalend voor het beroep op artikel 6:248 lid 2 BW. De verzekerde had namelijk meermalen via het GWK op vergelijkbare wijze reisverzekeringen afgesloten, hij was daarnaast de Nederlandse taal niet machtig en de artikelen 1.7 en 2.2 stonden niet opgenomen op het polisblad maar slechts in de aanvullende polisvoorwaarden. Onder die omstandigheden oordeelde het hof dat het op de weg had gelegen van de gevolmachtigde van het GWK de verzekerde erop te wijzen dat de gewenste reis, vanwege de dekkingsbeperking, niet met de betreffende verzekering kon worden verzekerd.

Overigens ging het hof in deze zaak voor twee ankers liggen. De verzekerde consument beriep zich zowel op het onredelijk bezwarende karakter van de bepaling als bedoeld in artikel 6:233a BW, met als sanctie vernietiging, als op artikel 6:248 lid 2 BW met als rechtsgevolg het

37. Clausule 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 verwerkbare mengsel 55 graden Celsius of lager is, niet plaatsvindt.’

38. Hof 's-Hertogenbosch 12 juni 2009, L/JN BI7715.

buiten toepassing laten van de bepaling. Het hof honoreerde beide beroepen. Fortis verweerde zich tegen het beroep op artikel 6:233a BW met de stelling dat artikel 2.2 een kernbeding betrof. Het hof overwoog (r.o. 4.5.9):

‘Volgens Fortis gaat het om kernbedingen uit de overeenkomst. Indien dat juist is, zijn de betreffende artikelen uit de polisvoorwaarden op grond van artikel 6:231 BW geen algemene voorwaarden in de zin van die afdeling van het BW. Fortis stelt dat het beroep op vernietiging van de betreffende artikelen daarom faalt. Naar het oordeel van het hof kan echter in het midden blijven of de betreffende artikelen als algemene voorwaarden in de zin van het BW beschouwd kunnen worden. Indien dat niet het geval is en het om kernbedingen gaat, honoreert het hof de stelling van [X.] dat het beroep van Fortis op de bepalingen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Het hof baseert dit oordeel op de in r.o. 4.5.6 tot en met 4.5.8 genoemde omstandigheden.’

4.1.2. AVB

In een arrest van het Hof 's-Gravenhage van 6 maart 2012³⁹ herhaalt het hof dat de waarschuwingsplicht van een verzekeraar een gegeven is, ook indien een clausele waarop de verzekeraar zich beroept ter afwering van een vordering zou hebben te gelden als onderdeel van de primaire dekkingsomschrijving. De casus luidt als volgt. Bij dakdekkerswerkzaamheden ontstaat brand waarvoor de verzekerde, Elro, aansprakelijk wordt gesteld. Deze richt zich daarop tevergeefs tot zijn AVB-verzekeraar, HDI. HDI weigert dekking omdat enige tijd daarvoor bij dakwerkzaamheden ook brand was uitgebroken, waarbij de verzekerde het verwijt trof onvoldoende voorzorgsmaatregelen te hebben genomen. Gelet hierop beroept de verzekeraar zich op een clausele inhoudende:

‘Indien deze voorzorgsmaatregelen niet of onvoldoende zijn getroffen zal een volgende schadegebeurtenis, bij een herhaalde blijk van niet of onvoldoende getroffen maatregelen, buiten de dekking van de verzekering vallen.’

Partijen discussiëren over de vraag of genoemde clausele dient te worden begrepen als een dekkingvervalclausele of als een primaire dekkingsbepaling. Rechtbank en hof gaan uit van het eerste. Aanvullend overweegt het hof (r.o. 11) dat:

‘(...) ook indien clausele A.52.4, zoals HDI betoogt, zou moeten worden aangemerkt als (een onderdeel van de) primaire dekkingsomschrijving, het oordeel van het hof ten aanzien van de waarschuwingsplicht van HDI niet anders zou zijn geweest. Gelet op het voorwaardelijk karakter van deze clausele en de ernstige consequenties voor een verzekerde bij het toepasselijk worden ervan had het ook dan op de weg gelegen van HDI om Elro tijdig te waarschuwen. De enkele kwalificatie als (onderdeel van de) primaire dekkingsomschrijving staat hier naar het oordeel van het hof in het onderhavige geval niet aan in de weg.’

Interessant aan deze casus is dat het hier een AVB-verzekering betrof. De verzekerde is een bedrijf. Binnen die relatie strekt het tamelijk ver dat het hof in de beoordeling van de vraag of is voldaan aan de waarschuwingsplicht meeneemt dat daartoe reden is:

‘(...) temeer, nu niet elke verzekerde zich voldoende bewust zal zijn van het bestaan van clausele A.52.4, en het bovendien voor veel verzekerden (bij afwezigheid van een duidelijke waarschuwing van de verzekeraar) niet in alle gevallen direct duidelijk zal zijn onder welke omstandigheden de verzekeraar een beroep zal doen op verval van dekking op grond van clausele A.52.4.’

Deze overweging is opvallend. Meer dan het geval is waar het betreft consumentenovereenkomsten, is in geval van een bedrijfsverzekering een terughoudende opstelling vereist bij de beoordeling van de vraag of een primaire dekkingsbepaling opzij kan worden gezet met de toepassing van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. De rechtszekerheid gaat in het handelsrecht boven het individuele belang van de contractspartijen. De dynamiek van het burgerlijk recht is in het bijzonder gericht op bescherming van het individuele belang en het rekening houden met de omstandigheden van het concrete geval, terwijl in het handelsrecht het collectieve belang van een effectief en efficiënt handels- en betalingsverkeer centraal staat.⁴⁰

Hieronder volgt nog een tweetal consumentenzaken waarin een primaire dekkingsbepaling buiten toepassing blijft nu de verzekeraar niet voldoende heeft gewaarschuwd voor de gevolgen die een beëindiging of wijziging van een verzekeringsovereenkomst meebrengt voor de dekking onder die overeenkomst.

4.1.3. AOV

In een uitspraak van de Rechtbank Utrecht van 18 juli 2012,⁴¹ betreffende de verzekeringsvoorwaarden van een AOV-verzekering, ging het om het volgende. De verzekeringsvoorwaarden bevatten een clausele (artikel 3.4.1) inhoudende dat de uitkering eindigt op de dag waarop de verzekering eindigt. De verzekerde had haar assurantietussenpersoon laten weten dat zij wilde overstappen naar een andere arbeidsongeschiktheidsverzekeraar en beëindigde een vijftal lopende verzekeringen per 1 januari 2006. De verzekeraar bevestigde voor een van de vijf verzekeringen de beëindiging per eerstvolgende contractvervaldatum, te weten 1 januari 2010. In 2007 is bij de verzekerde borstkanker geconstateerd. Zij probeerde daarop de opzegging in 2009 tevergeefs ongedaan te maken. De verzekeraar keerde na 1 januari 2010 niet meer uit. In de daaropvolgende procedure stelt de verzekerde zich (subsidiar) met succes op het standpunt dat het beroep van de verzekeraar op artikel 3.4.1 naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De rechtbank overweegt (r.o. 3.6 en 3.7):

‘De gemiddelde verzekeringnemer (niet zijnde een verzekeringsjurist) zal wel begrijpen dat arbeidsongeschiktheid

39. Hof 's-Gravenhage 6 maart 2012, LJN BV8730.

40. M.L. Hendrikse, *NTHR* 2012-3, p. 132 en Ph.H.J.G. van Huizen, *Inleiding Handelsrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 15-16.

41. Rb. Utrecht 18 juli 2012, LJN BX2398.

die intreedt na het einde van de verzekering niet meer gedekt is, maar niet zonder meer dat ook eerder ingetreden arbeidsongeschiktheid na die einddatum niet meer gedekt is.

3.7. [eiseres] verwijt [bedrijf] dat die haar niet gewaarschuwd heeft voor deze consequentie. Dat verwijt is terecht. [bedrijf] kende het belang van een arbeidsongeschiktheidsverzekering voor een zelfstandig beroepsbeoefenaar als [eiseres].'

Interessant aspect is hier dat het de verzekeraar niet helpt dat de verzekerde was bijgestaan door een assurantietussenpersoon. Het was de verzekeraar zelf die de opzegging per 1 januari 2006 converteerde in een opzegging per veel latere datum. De mededeling daarvan gebeurde rechtstreeks aan de verzekerde. Op deze basis oordeelde de rechtbank dat de verzekeraar er niet op mocht vertrouwen dat de tussenpersoon de verzekerde nader zou voorlichten.

4.1.4. Werkloosheidsverzekering

Recent, in een uitspraak van 2 april 2013, heeft de GC Kifid geoordeeld dat een verzekeraar geen beroep toekomt op het ontbreken van dekking omdat de verzekering reeds was geëindigd als gevolg van het herfinancieren van een krediet, waarvoor deze verzekering was afgesloten.⁴²

De consument had zich bij het aangaan van de kredietovereenkomst in 2006 verzekerd tegen de risico's voor arbeidsongeschiktheid en werkloosheid. Na enige tijd, in 2007, is het krediet verhoogd. Op basis van de verzekeringsvoorwaarden (artikel 16 onder a) werd daardoor (de hoogte van) het oorspronkelijke krediet waaraan de verzekering was gekoppeld, ingelost en werd de verzekeringsovereenkomst feitelijk beëindigd. Dat de dekking ophield op het moment dat de kredietovereenkomst werd gewijzigd, ontdekte de verzekerde pas in 2009 toen hij vanwege onvrijwillige werkloosheid een beroep deed op de polis. Noch de verzekeraar, noch de bank met wie de verzekeraar het verzekeringsproduct heeft aangeboden, hadden de verzekerde geïnformeerd over de gevolgen van wijziging van de kredietovereenkomst. De verzekerde had gewoon premie betaald sinds 2007.

Onder die omstandigheden en met verwijzing naar het *Herbouwwaarde*-arrest uit 2011 acht de GC Kifid een beroep op polisbepaling 16 onder a naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar (r.o. 5.4):

'Onder deze omstandigheden is het naar het oordeel van de Commissie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar indien Aangeslotene zich er met succes op zou kunnen beroepen dat geen dekking bestaat omdat de verzekering als gevolg van de herfinanciering van het krediet al was geëindigd zoals bedoeld in artikel 16 sub a van de verzekeringsvoorwaarden. Dit betekent dat artikel 16 sub a in dit geval tussen partijen niet van toepassing is.'

4.2. Categorie 2: situaties waarin formeel niet maar materieel wel aan de primaire dekkingsbepaling (beveiligingsbepaling) is voldaan

Vanaf 2011 is een aantal zaken geweest waarin beveiligingsvereisten centraal staan. In alle gevallen betreft het zaken waarin *formeel* door de verzekerde niet is voldaan aan de primaire dekkingsbepaling. Op die basis hebben de verzekeraars in de te bespreken gevallen dekking geweigerd. Een dergelijke weigering kan echter lastig worden volgehouden indien uit de omstandigheden blijkt dat *materieel* wel is voldaan aan de primaire dekkingsbepaling, zo blijkt. De omstandigheden en de wijze waarop deze zijn aangevoerd, zijn allesbepalend om in een dergelijke situatie waarin strikt formeel genomen niet, maar materieel wel aan de verzekeringsvoorwaarden is voldaan, een primaire dekkingsbepaling buiten toepassing te stellen. De te bespreken zaken geven richting aan de vraag onder welke omstandigheden artikel 6:248 lid 2 BW met succes in stelling kan worden gebracht. Deze zaken geven voorts aanleiding tot een nadere beschouwing van het onderscheid tussen de causaliteitsmaatstaf en de onaanvaardbaarheidsmaatstaf.

4.2.1. Rb. Rotterdam 2 november 2011

In een vonnis van 2 november 2011⁴³ overwoog de Rechtbank Rotterdam dat een beroep van verzekeraar Allianz op een clause in een transportverzekering inhoudende een verhoogd eigen risico, onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. De betreffende polis (artikel 9 AVW-07) kent een eigen risico van 30% bij ladingdiefstal tenzij de verzekerde aantoont dat voldoende beveiligingsmaatregelen zijn getroffen. Aanvullend stelt de polis (lid 2): 'Bij het vervoer van elektronica is op grond van de verzekering beveiligingsklasse BV3 vereist.' De omstandigheden zijn als volgt. Op een beveiligd terrein van transportbedrijf Wijsen staat een tweetal vrachtwagencombinaties, waaronder een groene Scania trekker met een oplegger. Beide combinaties zijn geladen met computerapparatuur. Voorts is aanwezig een losstaande gele Scania trekker. Deze gele trekker is voorzien van een BV3-beveiligingssysteem. Het beveiligingssysteem van de groene trekker beschikt niet over een BV3-certificering. Ondanks verwoede pogingen daartoe, slagen dieven er niet in de groene trekker te starten. De oplegger van de groene trekker is uiteindelijk gestolen met behulp van de gele trekker. Deze gele trekker kon wel worden gestart. De dieven hebben namelijk met de gele trekker de groene trekker onder de oplegger weggetrokken, deze oplegger aan de gele trekker gekoppeld, 30% van de lading van de andere op terrein aanwezige combinatie overgeladen naar de nieuwe combinatie om er vervolgens met de buit vandoor te gaan.

Allianz beroept zich op het feit dat de groene trekker niet was beveiligd met een gecertificeerd BV3-beveiligingssysteem en brengt het verhoogde eigen risico van 30% in rekening. Het transportbedrijf voert daartegen in het licht van artikel 6:248 lid 2 BW de volgende omstandigheden aan:

42. GC Kifid 2 april 2013, nr. 2013-99.

43. Rb. Rotterdam 2 november 2011, *LJN* BU9589, *S&S* 2012, 67.

‘Uit de bewoordingen van artikel 9 AVW-07 blijkt dat de verzekeraar door middel van een verhoogd eigen risico (financiële prikkel) wil stimuleren dat verzekerden zich gedragen als zorgvuldige vervoerders door onder meer te investeren in de beveiliging van de transporten met de aankoop van bepaalde beveiligingssystemen. Gelet op dit doel is het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat Allianz in het onderhavige geval een verhoogd eigen risico in rekening brengt om de enkele reden dat trekker BJ-FX-53 [de groene trekker; MP] niet was uitgerust met een gecertificeerd BV3 beveiligingssysteem. BJ-FX-53 was voorzien van een beveiligingssysteem dat in werking was ten tijde van de diefstal. Dit systeem heeft alle langdurige pogingen van de dieven om het onklaar te maken weerstaan. Het systeem had een start- en brandstofonderbreking, stuur- en contactslot, remblokkering, deurcilinderslot en versnellingsbakslot. Juist is dat dit systeem niet over een SCM-certificering beschikte, maar het enkele onbetwistbare feit dat de dieven er niet in zijn geslaagd het systeem onklaar te maken, maakt een beroep op het ontbreken van dat certificaat en/of het BV-3 systeem om redenen van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Het BV-3 beveiligingssysteem van trekker BD-FJ-94 [de gele trekker: MP] was in werking op het moment van de diefstal. Daarmee is aangetoond, althans aannemelijk dat een BV3 beveiliging op trekker BJ-FX-53 de diefstal niet had kunnen voorkomen. De dieven zijn immers in staat gebleken de BV3 beveiliging op trekker BD-FJ-94 onklaar te maken. De aanwezigheid van een BV3 beveiliging op BJ-FX-53 zou dus geen obstakel voor de diefstal van de lading zijn geweest. Er bestaat onvoldoende verband tussen het niet-naleven van de in de clausele omschreven verplichting en het risico dat zich heeft verwezenlijkt.’

Allianz verweert zich hiertegen onder meer door te stellen dat niet ter zake doet of er een causaal verband bestaat tussen de diefstal en de beveiliging van de trekker. De rechtbank oordeelt:

‘Niet in geschil is dat de onderhavige clausele geldig is overeengekomen. Vooropgesteld moet worden dat Allianz daarop een beroep kan doen en dat dus het verhoogde eigen risico geldt, tenzij Wijsen de in lid 2 vermelde maatregelen heeft genomen en geen sprake is van roekeloosheid aan haar zijde. Niet vereist is dat tussen het ontbreken van de beveiligingsmaatregelen en de ontstane schade causaal verband bestaat. Dit neemt niet weg dat zich gevallen kunnen voordoen waarin een beroep op de clausele in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht.’

Vanwege de door de Wijsen gestelde omstandigheden concludeert de rechtbank dat de beveiliging van de niet gestolen, groene trekker minstens zo goed is geweest als de in artikel 9 lid 2 AVW-07 bedoelde BV3-beveiliging, reden waarom mede gelet op de overige door Wijsen getroffen veiligheidsmaatregelen het beroep op artikel 6:248 lid 2 BW slaagt.

4.2.2. GC Kifid 17 oktober 2012

In een uitspraak van 17 oktober 2012⁴⁴ komt de GC Kifid eveneens tot het oordeel dat indien een verzekerde materieel gezien voldoet aan de verzekeringsvoorwaarden, de verzekeraar zich gelet op de maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet aan dekking kan onttrekken door vast te houden aan de strikte tekst van de primaire dekkingsbepaling.

De verzekeraar weigerde hier dekking onder een motorrijwielverzekering nadat een verzekerde Honda Goldwing motorfiets uit een afgesloten berging was gestolen. De verzekeringsvoorwaarden schreven beveiliging door middel van een ART categorie 4 goedgekeurd slot voor, bij gebreke waarvan geen recht op schadevergoeding bestond. De motor stond ten tijde van de diefstal op slot met een beugelslot van Honda. Het betrof echter geen ART goedgekeurd slot. Het beroep op de clausele achtte de GC Kifid met de verzekerde, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Redengevend daarvoor was dat de verzekerde aantoonde dat het gebruikte Honda-slot was goedgekeurd door CNPP, een Franse keuring die veel strenger is dan een ART-keuring. Daarnaast had de stichting ART aangegeven dat het Honda slot een ART goedkeuring kon krijgen en dat dit alleen nog administratief geregeld diende worden. Onder die omstandigheden moet worden aangenomen dat het gebruikte Honda U-slot ten minste een even goede beveiliging tegen diefstal biedt als een ART categorie 4 goedgekeurd slot.

‘De Commissie is van oordeel dat het onder deze omstandigheden – waarbij materieel aan alle door Aangeslotene gestelde beveiligingseisen is voldaan – naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is indien Aangeslotene zich desondanks met succes erop zou kunnen beroepen dat geen dekking bestaat om de enkele reden dat geen gebruik is gemaakt van een in artikel 27 van de verzekeringsvoorwaarden bedoeld ART categorie 4 goedgekeurd slot. Dat betekent dat die bepaling in dit specifieke geval tussen partijen niet van toepassing is (vgl. Rechtbank Rotterdam 2 november 2011, LJN: BU9589).’

Naast de feitelijke omstandigheden, stelde de verzekerde dat aangenomen diende te worden dat de diefstal ook met een ART 4 goedgekeurd slot zou hebben plaatsgevonden. Dit onderdeel van het betoog volgt de GC Kifid uitdrukkelijk niet (r.o. 5.4):

‘(...) niet is vereist dat tussen het ontbreken van de diefstalpreventiemaatregelen en de ontstane schade causaal verband bestaat (vgl. Rechtbank Rotterdam 2 november 2011, LJN BU9589). Dat laat echter onverlet dat ingevolge artikel 6:248, lid 2 BW een dekkingsbepaling tussen partijen niet van toepassing is indien dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (vgl. r.o. 3.7 van HR 21 januari 2011, NJ 2011, 176).’

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

4.2.3. Hof 's-Gravenhage 11 december 2012

In een arrest van 11 december 2012⁴⁵ volgt het Hof 's-Gravenhage deze lijn. De feiten laten zich vergelijken met die van de voornoemde twee zaken.

In een transportverzekering is opgenomen een clausule ladingdiefstallen bij beroepsgoederenvervoer over de weg. Conform deze bepaling is het ontbreken van een alarmsysteem met de voorgeschreven beveiligingsklasse gesancioneerd met (onder meer) het fixeren van de schadevergoeding tot maximaal € 125 000. Het verzekerde transportbedrijf, Lock, had een trekker met een oplegger, geladen met 25 bundels tin staven geparkeerd op een door hem gehuurd, afgesloten parkeerterrein. De lading werd gestolen. Lock keerde een schadevergoeding uit van € 193 333,33 aan de ladingbelanghebbenden. De verzekeraar vergoedde echter maar € 125 000, omdat de trekker beschikte over een alarmsysteem van een lagere klasse (klasse 2) dan conform de verzekeringsvoorwaarden vereist (klasse 3). Lock beroept zich op artikel 6:248 lid 2 BW met de onderbouwing dat causaal verband ontbreekt tussen de beveiligingsklasse van het op de trekker aanwezige alarmsysteem en de diefstal. De Rechtbank Rotterdam volgt Lock in dit betoog. Dit oordeel houdt bij het hof geen stand. Het hof overweegt dat de clausule deel uitmaakt van een primaire dekkingsomschrijving en dat het enkele feit dat causaal verband ontbreekt, zoals de verzekeraar erkent, onvoldoende is om een beroep op de verzekeraar op de clausule naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar te achten (r.o. 9).

4.2.4. *Intermezzo: de formele en materiële toets van een primaire dekkingsbepaling aan artikel 6:248 lid 2 BW. Welke maatstaf geldt?*

Bovengenoemde uitkomsten zijn verstrekkend te noemen in vergelijking tot de uitgangspunten uit het *Zweeftoestel*-arrest. Als besproken in paragraaf 2.1 hadden de rechtbank en het hof in de *Zweeftoestel*-kwestie clausules 903 en 904 beide beoordeeld langs de lat van de causaliteitsmaatstaf van het arrest *Biçak/Aegon*.⁴⁶ In ieder geval clausule 904 betrof echter wat betreft verzekeraar Winterthur een primaire dekkingsbepaling en geen garantiebeding of een verval-van-recht-beding, zoals wel het geval in het Hoge Raad arrest *Biçak/Aegon*. Anders dan bij een garantiebeding, ontbreekt bij een primaire dekkingsbepaling, dekking van meet af aan. Gelet op het vrije bedrijfsbeleid van verzekeraars, kan een verzekeraar niet met een beroep op de derogerende werking van artikel 6:248 lid 2 BW een dekking worden opgedrongen die er nooit is geweest, tenminste niet door te stellen dat de verwezenlijking van het risico losstaat van de verzekeringsvoorwaarden. De causaliteitsmaatstaf zoals in *Biçak/Aegon* ontwikkeld voor garantiebedingen, kan niet toegepast worden op primaire dekkingsbepalingen, zo volgt mijns inziens uit het *Zweeftoestel*-arrest.⁴⁷

Des te opvallender en met betrekking tot het causaal verband ook interessant zijn de besproken beveiligings-

zaken van de Rotterdamse Rechtbank en de GC Kifid. Nu het betreft primaire dekkingsbepalingen is daar de expliciete overweging dat de causale relatie tussen het niet voldoen aan de beveiligingsvoorschriften en de diefstal niet ter zake doet. De onaanvaardbaarheidsmaatstaf valt niettemin uit in het nadeel van de verzekeraar nu de veiligheidsmaatregelen die de verzekerde wel trof, inhoudelijk neerkomen op de polisvereisten. In beide gevallen beroepen de verzekerden zich op een causaal verband, namelijk dat indien de voorgeschreven maatregelen wel waren getroffen, het voorval zich ook had voorgedaan. In het kader van de beoordeling van de maatstaf van artikel 6:248 lid 2 BW doet de causaliteitsvraag er in dezen echter niet toe. Bepalend is dat hoewel formeel niet is voldaan aan de verzekeringsvoorwaarden, in materieel opzicht maatregelen zijn getroffen die de formele maatregelen evenaren, dan wel overtreffen. In beide zaken stond centraal in de beoordeling van het beroep op artikel 6:248 lid 2 BW de omstandigheid dat de getroffen veiligheidsmaatregelen even goed, zo niet beter waren dan de polisvereisten, zodat die polisvereisten de verzekerde niet konden worden tegengeworpen nu daaraan inhoudelijk was voldaan.

Het causale verband kan dus in geval van een primaire dekkingsbepaling niet ter discussie worden gesteld. De vraag of het schadeveroorzakende feit zou zijn ingetreden indien aan de primaire dekkingsbepaling was voldaan, doet simpelweg niet ter zake. Al had de verzekerde kunnen bewijzen dat de trekker of de motor ook zou zijn gestolen indien was voldaan aan de in de verzekeringsvoorwaarden vereiste beveiliging, dan nog had het beroep op naleving van de verzekeraar stand kunnen houden. Immers, de voorwaarden waaronder hij dekking wenst te verlenen, zijn aan hem te bepalen, in principe ongeacht de vraag of deze daadwerkelijk effectief zijn in het voorkomen van schade.

4.2.5. *Rb. Rotterdam 28 november 2012*

In dit verband een korte uitstap naar een recente uitspraak van (wederom) de Rechtbank Rotterdam⁴⁸ in een brandverzekeringkwestie, die inzicht geeft in het onderscheid tussen een primaire dekkingsbepaling en een garantieclausule en de rechtsgevolgen daarvan. In de verzekeringsvoorwaarden van een brandverzekering van een Chinees restaurant staat opgenomen dat 'deze verzekering geschiedt op de uitdrukkelijke voorwaarde, dat opslag van brandbare zaken (...) tenminste 10 meter buiten de gevel (...) plaatsvindt'. De overweging op basis waarvan de rechtbank oordeelt dat deze opslagclausule kwalificeert als garantieclausule, is binnen het kader van deze bijdrage vermeldenswaardig en verhelderend (r.o. 5.3.2):

'(...) relevant is de vraag of sprake is van een dekkingsomschrijving of van een garantieclausule. In het eerste geval gaat het om een omschrijving van de verzekeraar van de grenzen waarbinnen hij bereid is dekking te verlenen

45. Hof 's-Gravenhage 11 december 2012, *LJN* BZ0887.

46. HR 27 oktober 2000, *LJN* AA9715, *NJ* 2001, 120, m.nt. MMM.

47. Zo ook T.A. van Kampen & M. Mac Lean in hun annotatie bij HR 9 juni 2006, *JA* 2006-7, 104. Zie ook N. van Tiggele-van der Velde, 'De primaire dekkingsomschrijving: een bespreking van het valschermttoestel-arrest', in: N. van Tiggele-van der Velde & J.H. Wansink, *Contractsvrijheid in het verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 3-16.

48. Rb. Rotterdam 28 november 2012, *LJN* BY7505.

(insluitingen). Een beroep daarop kan niet worden afge-weerd (...) met als argument dat de reden waarom de verzekeraar dit soort evenementen niet wil verzekeren zich in het concrete geval niet voordoet. Dat zou immers afbreuk doen aan de contractsvrijheid van de verzekeraar, in die zin dat de verzekeraar gedwongen wordt om evenementen die zij kennelijk niet wenst te verzekeren, toch onder de dekking te laten vallen. In het tweede geval – de clause “Buitenopslag” kwalificeert als garantieclause – is er [in] beginsel sprake van dekking, doch vervalt de dekking indien niet aan de clause is voldaan. In dat geval kan er wel plaats zijn voor een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, indien er onvoldoende verband bestaat tussen het niet-naleven van de in de clause omschreven verplichting en het risico zoals dat zich heeft verwezenlijkt. Daartoe dient de verze-kerde te stellen en zonodig te bewijzen dat het niet toepassen van de voorgeschreven voorziening niet de oorzaak of de mede-oorzaak kan zijn geweest van de brand en er evenmin debet aan is geweest dat de brand zich heeft kunnen uitbreiden.’

Niet van belang is de causale relatie tussen het niet vol- doen aan de formele vereisten en het schadevoorval, zo blijkt. Bepalend is de vraag of *materieel* is voldaan aan de primaire dekkingsbepaling waarop de verzekeraar zich beroept. Indien daarvan sprake is, is het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar om aan de verzekerde tegen te werpen dat in *formele* zin niet aan de primaire dekkingsbepaling is voldaan.

4.2.6. Ktr. Utrecht 10 april 2013

Afwijkend in dat opzicht (en wat mij betreft onjuist) is een recent gewezen vonnis van de Rechtbank Midden- Nederland (Kamer voor kantonzaken Utrecht) van 10 april 2013, waarin eveneens een primaire dekkingsbepaling (beveiligingsvoorwaarde) centraal stond.⁴⁹ Hier ging het om de diefstal van een caravan. In de verzekerings- overeenkomst was de volgende bepaling opgenomen:

‘Schade door diefstal of poging tot diefstal is niet verze- kerd als u niet voorzichtig genoeg bent. U bent niet voorzichtig genoeg als u bijvoorbeeld:

- (...)
- uw caravan niet beveiligt met een VbV/SCM goed- gekeurd disselslot of wielklem. Als uw caravan in een afgesloten stalling staat, is het disselslot of de wielklem niet verplicht.’

De dag voorafgaand aan de geplande reis stallen de verze- kerden een voor de vakantie gepakte caravan, voorzien van een volgens eisers ‘hoogwaardig slot’, op een met camera’s bewaakt terrein van het RIVM te Bilthoven. ’s Nachts wordt de caravan gestolen. Verzekeraar Univé weigert uitkering, omdat de caravan niet beschikte over het conform de verzekeringsvoorwaarden vereiste VbV/SCM-disselslot. Het disselslot bestond uit een bak en een discusslot. Alleen de bak was SCM-gecertificeerd; het discusslot niet. De verzekerde voert aan dat zij niet wist en niet kon weten dat het aan haar verkochte dissel-

slot niet aan de gestelde eisen voldeed. Zij heeft in een gerenommeerde zaak gevraagd om een SCM-slot. Het haar verkochte slot beschikt over een SCM-certificaat, dat wat de kantonrechter betreft de gerechtvaardigde in- druk heeft gewekt dat het gehele disselslot (bak én discus- slot) SCM-gecertificeerd was. Mede nu de verzekerde de caravan op een bewaakt terrein heeft geparkeerd, oordeelt de kantonrechter het beroep van Univé op artikel 6 CAR-8 naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.

Dit vonnis wijkt af van de lijn zoals uitgezet in de zaken die handelen over beveiligingsvoorwaarden die als primai- re dekkingsbepaling zijn geformuleerd. Immers, formeel noch materieel is voldaan aan de primaire dekkingsbepaling. Niettemin acht de kantonrechter het beroep op arti- kel 6:248 lid 2 BW gegrond.

De kantonrechter zet de uitspraak in de sleutel van een interpretatie van de in de verzekeringsvoorwaarden ge- noemde ‘zorgvuldigheid’. Indien zorgvuldig is gehandeld, dient uitkering te volgen. Wat betreft de kantonrechter was zorgvuldig gehandeld: de caravan was op een bewaakt terrein gestald en de verzekerde had geconstateerd dat de caravan er om één uur ’s nachts nog stond. De kanton- rechter hecht vervolgens waarde aan het feit dat het dis- selslot op het oog voldeed aan de verzekeringsvoorwaar- den. Daarmee hangt de kantonrechter de verzekeraar op aan feiten en omstandigheden die buiten zijn eigen in- vloedssfeer liggen. Mogelijk is het oordeel in deze zaak ingegeven door het feit dat het een consumentenzaak betrof. De kantonrechter gaat echter voorbij aan de invul- ling die de verzekeringsvoorwaarden geven aan de voor- waarde van ‘zorgvuldigheid’, namelijk dat sprake moet zijn van een SCM-goedgekeurd disselslot. De schijn dat het slot voldoet aan de primaire dekkingsbepaling, is niet door de verzekeraar gewekt. Toch wordt zij daaraan ge- houden. Dat komt mij onjuist voor in het licht van de terughoudendheid die geboden is bij toepassing van arti- kel 6:248 lid 2 BW.

Artikel 6:248 lid 2 BW lijkt in dit vonnis ingezet om het in dit specifieke geval vervelende gevolg van gebrek aan dekking te pareren. Daarmee past het vonnis van de Kantonrechter Utrecht niet zozeer binnen de als tweede categorie besproken situaties waarin formeel niet maar materieel wel aan de primaire dekkingsbepaling (beveili- gingsbepaling) is voldaan, maar eerder binnen de hierna te bespreken derde categorie van de individuele uitschie- ters.

4.3. Categorie 3: situaties waarbij artikel 6:248 lid 2 BW wordt gebruikt om vervelende individuele gevolgen op te vangen

In een vonnis van 27 april 2011 acht de Rechtbank Am- sterdam⁵⁰ een beroep van aansprakelijkheidsverzekeraar ING op de opzetbepaling in een AVP-verzekering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaard- baar. De casus is als volgt. Een 17-jarig meisje krijgt in een café ruzie met een man van 28 jaar die haar, onder invloed van alcohol, lastig valt. Op het moment dat de ruzie al is beëindigd door ingrijpen van omstanders, gooit het meisje opzettelijk een bierglas naar de man, die daar-

49. Ktr. Utrecht 10 april 2013, L/JN BZ7147.

50. Rb. Amsterdam 27 april 2011, L/JN BX0745.

door ernstig oogletsel oploopt. In de strafzaak wordt het meisje veroordeeld tot een werkstraf van 40 uur wegens het plegen van mishandeling met zwaar letsel tot gevolg. In de civiele zaak wordt het meisje aangesproken tot betaling van schadevergoeding, nadat zij aansprakelijk is geoordeeld voor 80% van de schade van de man. De verzekeraar beroept zich op de opzetclausule en wijst dekking af. Het meisje beroept zich op artikel 6:248 lid 2 BW. De rechtbank volgt haar in haar betoog en oordeelt dat gezien de omstandigheden waaronder het voorval plaatsvond, de gevolgen van de gedraging niet in redelijke verhouding staan tot de ernst van de gedraging van het meisje. Het beroep op de opzetclausule wordt dan ook niet gehonoreerd.

Artikel 6:248 lid 2 BW is echter niet geschreven om tegevoet te komen aan zogezegd zielige gevallen. Wat mij betreft kunnen de aangevoerde omstandigheden (leeftijdverschil, intimidatie en dronkenschap) niet leiden tot een geslaagd beroep op artikel 6:248 lid 2 BW. Daarbij geeft met name de overweging te denken dat de ernst van de gedraging niet in relatie staat tot de gevolgen ervan. De door de strafrechter bewezen verklaarde mishandeling levert simpelweg een onrechtmatige daad op voor de verzekeringspolis, op basis waarvan de verzekeraar zich op de opzetclausule kan beroepen. Opzet is immers gericht op de gedraging, niet op de gevolgen. Indien de feiten tot een andere uitkomst hadden moeten leiden, had dit in de strafzaak moeten worden meegenomen. De strafrechter had bijvoorbeeld wegens een beroep op noodweerexces kunnen komen tot het uitspreken van ontslag van alle rechtsvervolgning. Dat dit in de strafzaak niet is gebeurd, kan in de civiele zaak niet worden gerepareerd, nu de aangevoerde omstandigheden wat mij betreft ontoereikend zijn om de opzetclausule te omzeilen. In een arrest van 8 mei 2013 heeft het Hof Amsterdam het vonnis van de rechtbank vernietigd. Het hof overweegt (r.o. 3.7):

‘Voor het hof weegt zwaar – en is doorslaggevend – dat het voorval plaats had nádat [X] [Geïntimeerde] had weggeduwd, [Geïntimeerde] door omstanders werd vastgehouden en [X] door een vriend werd weggetrokken. Toen – dus ná het handgemeen – heeft [Geïntimeerde] een bierglas van de bar gepakt en van twee tot drie meter afstand naar het hoofd van [X] gegooid. Hier past naar het oordeel van het hof een fors verwijt aan [Geïntimeerde], ook al had [X] haar in het café onder invloed van alcohol steeds lastig gevallen, omdat ook een 17-jarige geacht moet worden te beseffen dat het gooien van een glas van twee tot drie meter afstand naar iemands hoofd zeer ernstige gevolgen kan hebben. De aangevoerde omstandigheden bieden dan ook onvoldoende aanleiding voor het oordeel dat het door [X] opgelopen letsel niet in redelijke verhouding staat tot de ernst van de gedraging van [Geïntimeerde], in die zin dat daardoor de redelijkheid en billijkheid zouden meebrengen dat de opzetclausule in de met ING gesloten verzekering zich niet tegen dekking voor de daaruit voortvloeiende aansprakelijkheid

verzet dan wel dat ING zich niet op de opzetclausule mag beroepen.’

Voordat het hof tot deze inhoudelijke beoordeling komt, overweegt het:

‘Als, zoals hier, vaststaat dat een bepaalde aansprakelijkheid voor schade niet is gedekt door de primaire omschrijving van de dekking, dan kan een beroep op de redelijkheid en billijkheid daarin geen verandering brengen. Iets anders is, dat bij de (voor)vraag óf uit hoofde van de opzetclausule een bepaalde aansprakelijkheid is gedekt, een redelijke uitleg van die clausule kan meebrengen dat deze moet worden uitgelegd als een uitsluitingsclausule.’

Indien hieruit moet worden opgemaakt dat het hof het alleen bij uitsluitingsclausules denkbaar acht dat een beroep op de clausule niet mogelijk is vanwege artikel 6:248 lid 2 BW, dan is dat oordeel naar mijn mening niet zonder meer begrijpelijk. Ook insluitingsbepalingen kunnen primaire dekkingsbepalingen zijn. De vraag of de bepaling insluitend dan wel uitsluitend is geredigeerd, is vooral bepalend voor de bewijslast.⁵¹ In de genoemde transportzaken was bijvoorbeeld sprake van insluitingsclausules die niettemin aan de toets van artikel 6:248 lid 2 BW zijn onderworpen.

Het voert uiteraard wat ver om op basis van een tweetal vonnissen, waarvan een in hoger beroep is vernietigd, te spreken van een ‘categorie’. De onderhavige derde categorie is in feite een oneigenlijke categorie van zaken die ten onrechte zijn afgedaan op de basis van artikel 6:248 lid 2 BW. In het *Herbouwwaarde*-arrest adviseerde A-G Spier de Hoge Raad uit maatschappelijk oogpunt de eventuele motiveringsgebreken van het hof door de vingers te zien. De Hoge Raad volgt dit advies niet en doet de zaak af op formele overwegingen. Voor een geslaagd beroep op artikel 6:248 lid 2 BW gelden dan ook hoge motiveringseisen. De bijzondere omstandigheden dienen aanleiding te geven voor het oordeel dat een beroep van de verzekeraar op de primaire dekkingsbepaling in het betreffende geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. In enkele gevallen zal de conclusie daarbij zijn dat een vervelend individueel resultaat rechtens juist is. Dat zij zo. In zijn noot bij het *Herbouwwaarde*-arrest⁵² wijst Mendel er terecht op dat artikel 6:248 lid 2 BW het karakter dient te hebben van een veiligheidsklep, niet dat van een toegangspoort. De wetsgeschiedenis van het artikel staat daaraan ook in de weg. Zeker in het handelsrecht is *pacta sunt servanda* en daaraan gekoppelde rechtszekerheid het vertrekpunt. De rechtszekerheid die verzekeringsvoorwaarden – en zeker primaire dekkingsbepalingen – bieden, kunnen slechts wegens bijzondere omstandigheden opzij worden gezet.

51. Zie N. van Tiggele-van der Velde, ‘Contractsvrijheid: Hoe vrij is de verzekeraar in (de wijze van) begrenzing van de door hem geboden dekking’, in: N. van Tiggele-van der Velde & J.H. Wansink (red.), a.w., p. 6 en 7.

52. *NJ* 2011, 176.

4.4. Categorie 4: situaties waarin *formeel* gezien voldaan is aan een overgang-van-belang-clausule maar *materieel* gezien er sprake is van dezelfde eigenaar met een ongewijzigd risicoprofiel

Voor zover nog discussie mogelijk zou zijn over de vraag of de Hoge Raad nu daadwerkelijk met het *Zweeftoestel*-arrest en het *Herbouwwaarde*-arrest de weg heeft willen inzetten naar de optie van aantasting van een dekkingsbepaling op basis van artikel 6:248 lid 2 BW, is deze discussie beslecht met een arrest van de Hoge Raad van 7 juni 2013.⁵³ In dat arrest overweegt de Hoge Raad met zoveel woorden dat de derogerende werking van de redelijkheid en de billijkheid het beroep van de verzekeraar blokkeert op een primaire dekkingsbepaling die einde van de dekking meebrengt.

De casus is als volgt. Wasserij De Blinde B.V. exploiteert een waterrij. De verzekeringen van onder meer haar bedrijfsgebouwen zijn ondergebracht bij Achmea. Op 23 juli 2004 heeft Wasserij De Blinde haar onroerende zaken verkocht en geleverd aan Phrontos B.V., de moedermaatschappij van Wasserij De Blinde. De vennootschappen zijn gevestigd op hetzelfde adres. Op 29 december 2005 brandt het bedrijfsgebouw van Wasserij De Blinde volledig af. Achmea is nimmer op de hoogte gesteld van de rechtsovergang, noch van de wens de verzekering voort te zetten. Wel heeft Wasserij De Blinde de verzekeringspremies doorbetaald. Achmea weigert dekking onder de verzekering, met een beroep op artikel 14 van de polisvoorwaarden, dat luidt:

‘Artikel 14 Eigendomsoverdracht

A. Doorlopen van de verzekering

Bij eigendomsoverdracht van het verzekerde belang geldt, dat de verzekering gedurende dertig dagen van kracht blijft ten bate van de nieuwe eigenaar. Deze dertig dagen worden geteld vanaf de dag waarop het eigendom is overgegaan.

De verzekering zal ook na dertig dagen doorlopen onder voorwaarde dat de nieuwe eigenaar binnen deze termijn ons of de verzekeringsadviseur hiervan schriftelijk mededeling heeft gedaan. Na ontvangst van de kennisgeving van eigendomsovergang bevestigen wij de nieuwe eigenaar zo spoedig mogelijk of wij hem als verzekeringnemer accepteren of wij de verzekering beëindigen. In dat geval nemen wij een opzegtermijn van ten minste dertig dagen in acht.’

Hoewel dit nergens met zoveel woorden in het arrest tot uitdrukking is gekomen, is deze bepaling onmiskenbaar een primaire dekkingsbepaling.⁵⁴ Er is duidelijk sprake van een omschrijving van de voorwaarden van dekking, zoals ook blijkt uit de overwegingen van het hof. De rechtbank had Achmea veroordeeld tot betaling, onder meer omdat Achmea in het geheel geen argumenten had

aangedragen ter onderbouwing van het standpunt dat Achmea Phrontos als nieuwe verzekerde niet zou hebben geaccepteerd, als zij daartoe toestemming had gevraagd. Het hof laat dat oordeel niet in stand vanwege de onvoldoende betekenis die de rechtbank heeft gehecht aan het feit dat Phrontos die toestemming nu eenmaal niet had gevraagd, temeer omdat de situatie die Phrontos daarmee in het leven had geroepen, indruist tegen het belang van de verzekeraar en de kern van verzekeringsovereenkomsten. Ofwel: de verzekeraar mag geen dekking worden opgedrongen die van meet af aan heeft ontbroken. A-G Spier merkt op (r.o. 4.9):

‘Het is juist dat een verzekeraar in beginsel mag bepalen of hij een bepaalde partij wil verzekeren. Eveneens dat geen contracteerplicht bestaat. Maar dat neemt niet weg dat het in situaties als de onderhavige op de weg van een verzekeraar ligt om uit de doeken te doen waarom hij in het onderhavige geval geen dekking zou hebben willen verlenen;’

In cassatie is geklaagd dat het beroep van Achmea op artikel 14 van de polisvoorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Daartoe voert Wasserij De Blinde aan dat vanwege het concernverband de eigendomsovergang geen materiële wijziging van het risico met zich heeft gebracht en de premie steeds is doorbetaald. De Hoge Raad oordeelt dat deze klacht slaagt nu het hof deze omstandigheden niet kenbaar in haar oordeel heeft betrokken.

A-G Spier plaatst de discussie over artikel 6:248 lid 2 BW in context. Hij haalt een arrest van de Hoge Raad van 5 oktober 2007⁵⁵ aan, nu in dat arrest duidelijk wordt dat een beroep op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid mogelijk is bij een meldingsverplichting, in dat geval geformuleerd als een verval-van-recht-beding.⁵⁶ Vervolgens stelt Spier (r.o. 3.18 en 3.19):

‘Toepassing van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid is niet bedoeld voor generieke uitzonderingen. Integendeel: het vereist maatwerk. Zoals de wettelijke maatstaf al aangeeft en in vaste rechtspraak ook wordt benadrukt moet strikte toepassing van een contractuele bepaling in de gegeven omstandigheden onaanvaardbaar zijn. Dat is niet spoedig het geval.

De enkele omstandigheid dat één partij van strikte toepassing van hetgeen is overeengekomen duidelijk beter en (dus) de andere partij duidelijk slechter wordt, is niet voldoende om een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid te rechtvaardigen. Zeker niet wanneer er, al met al, een voldoende goede grond voor een dergelijke onevenwichtige situatie bestaat. Wanneer ter afwering van een beroep op art. 6:248 lid 2 BW serieuze argumenten ter rechtvaardiging van de on-

53. HR 7 juni 2013, *LJN* BZ3670.

54. Zie over de reikwijdte van een primaire dekkingsbepaling onder meer M.J. Tolman, ‘Contractsvrijheid en kernbedingen. Een dode hoek in het verzekeringsrecht’, in: N. van Tiggele-van der Velde & J.H. Wansink (red.), a.w., p. 17-37.

55. HR 5 oktober 2007, *NJ* 2007, 542, hiervoor genoemd in noot 3.

56. In zowel HR 7 juni 2013 als HR 5 oktober 2007 gaat het – mede – om een overgang-van-belang-clausule. In het arrest van 5 oktober 2007 was de polisvoorwaarde waarover werd getwist (artikel 11.2.2), duidelijk geredigeerd als een verval-van-recht-beding; ‘Na overgang van het verzekerde belang anders dan door overlijden, vervalt de overeenkomst door verloop van 30 dagen, tenzij de nieuwe verzekerde binnen die termijn aan verzekeraars heeft verklaard dat hij de verzekering overneemt.’

balans naar voren worden gebracht door degene tegen wie dit beroep in stelling wordt gebracht, dan zal het beroep doorgaans niet kunnen slagen.’

De Hoge Raad overweegt (r.o. 3.3.2 en 3.3.3):

‘Indien de verzekeringnemer het verzekerde risico heeft doen overgaan op een derde en die derde zich op dekking beroept, staat het de verzekeraar in het algemeen vrij zich te beroepen op een clause als hiervoor in 3.1 onder (ix) is weergegeven. Een beroep op een zodanige clause is dan ook niet reeds naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar op de enkele grond dat de verzekeraar zijn standpunt dat hij de derde als nieuwe verzekerde zou hebben geweigerd, niet heeft gemotiveerd. Dit neemt niet weg dat art. 6:248 lid 2 BW een beroep op een dergelijke clause kan beletten in verband met – door de verzekeringnemer of derde te stellen en zo nodig te bewijzen – omstandigheden van het concrete geval. Bij de beoordeling kan meewegen dat de verzekeraar zijn voormelde standpunt niet heeft gemotiveerd.

Het onderdeel doet een beroep op diverse in de feitelijke instanties door Wasserij de Blinde c.s. gestelde omstandigheden, die samengevat erop neerkomen dat de overgang van de gebouwen van dochtermaatschappij Wasserij De Blinde op moedermaatschappij Phrontos feitelijk geen enkele voor de onderhavige verzekeringsovereenkomst relevante wijziging heeft teweeggebracht, noch op het moment van die overgang, noch nadien. Meer in het bijzonder wijst het onderdeel op het concernverband tussen Wasserij De Blinde en Phrontos alsmede op het feit dat de premie steeds is doorbetaald en voert het aan dat van een hoger risico nimmer sprake is geweest. Het hof heeft in dit verband weliswaar overwogen dat “Achmea in het geheel geen argumenten heeft aangedragen op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd zou zijn dat zij haar toestemming om Phrontos als nieuwe verzekerde te accepteren zou hebben geweigerd als die toestemming tijdig door Phrontos zou zijn gevraagd”, maar het heeft de overige door Wasserij De Blinde c.s. ter onderbouwing van hun beroep op art. 6:248 lid 2 BW gestelde omstandigheden niet kenbaar in zijn beoordeling betrokken. Aldus heeft het zijn beslissing onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd.

De hierop gerichte klachten van onderdeel 1 slagen derhalve. De overige klachten van dit onderdeel behoeven geen behandeling.’

Het hof heeft de door Wasserij De Blinde aangevoerde omstandigheden die afwijking van de primaire dekkingsbepaling rechtvaardigden, gelet op artikel 6:248 lid 2 BW, niet kenbaar in de motivering betrokken. Zodoende komt het hof niet toe aan het daadwerkelijk opmaken van de balans tussen de door Wasserij De Blinde aangevoerde feitelijke omstandigheden die nopen tot afwijking van polisvoorwaarde 14 en de enkele stelling van Achmea dat

zij Phrontos niet als verzekerde zou hebben geaccepteerd en haar dus een beroep op artikel 14 toekomt. Om die reden casseert de Hoge Raad het arrest van het hof. De mogelijkheid van aantasting van een primaire dekkingsbepaling was door de Hoge Raad al eerder erkend, zo hebben wij gezien. Baanbrekend aan dit arrest van 7 juni 2013 is dat de Hoge Raad een primaire dekkingsbepaling (nu daarvan in casu sprake is) expliciet onderwerpt aan de onaanvaardbaarheidsmaatstaf en dan in dat kader overweegt dat een kenbare afweging dient plaats te vinden van alle aangevoerde relevante feiten. Wasserij De Blinde stelde op basis van duidelijke feiten dat Achmea niet kon volhouden dat zij door de gang van zaken in haar belangen was geschaad. Die feiten dient het hof dan in de beoordeling te betrekken, ook, of zelfs, indien dat tot het ingrijpende gevolg heeft dat een dekkingsbepaling buiten werking dient te worden gesteld, zoals in casu het geval.

5. TOT SLOT

Aan het begin van dit artikel wierp ik de vraag op of gevallen waarin de omstandigheden afwijking van een primaire dekkingsbepaling rechtvaardigen mogelijk ook, of misschien zelfs beter, op grond van een redelijke normatieve uitleg kunnen worden beslecht in plaats van op basis van de onaanvaardbaarheidsmaatstaf. Naar mijn mening zou de benadering uit het besproken *Rederij Koppe*-arrest in alle besproken categorieën gevallen een betere uitkomst bieden. Uitzondering vormt categorie 3 nu een opgerekte uitleg daar niet redelijk is. In het *Herbouwwaarde*-arrest legt A-G Spier de daar ter discussie staande casus zowel langs de lat van de redelijke uitleg van de verzekeringsvoorwaarden als langs die van de toepassing van de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid.⁵⁷ In de leer van de redelijke normatieve uitleg geldt dat – in tegenstelling tot het leerstuk van de beperkende werking van de redelijkheid en de billijkheid – niet het beroep op de bepaling als zodanig wordt terzijde geschoven maar de bepaling wordt uitgelegd op het punt waar de in die bepaling besloten liggende norm onder de gegeven omstandigheden gaat afwijken van de norm die partijen redelijkerwijs voor ogen hadden met het sluiten van de overeenkomst. Op het moment dat de bepaling niet is geschreven voor de situatie zoals die zich voordoet, kan dat via een redelijke uitleg worden gecorrigeerd. Daarmee wordt het beroep op de primaire dekkingsbepaling als zodanig niet beperkt, maar wordt de reikwijdte van de primaire dekkingsbepaling door uitleg nader ingevuld. Een dergelijke benadering doet volledig recht aan het vrije bedrijfsbeleid van verzekeraars en daarmee aan de rechtszekerheid. Om die reden heeft het mijn voorkeur dat een rechter, indien de omstandigheden van het geval afwijking van een primaire dekkingsbepaling rechtvaardigen, ingrijpt op basis van de redelijke uitleg en niet op basis van artikel 6:248 lid 2 BW.

57. R.o. 4.10 en 4.11: ‘Bovendien zou het Hof hebben miskend dat blijkens de polisvoorwaarden herbouw binnen drie jaar moet plaatsvinden. In de polisvoorwaarden is niet te lezen en deze konden evenmin zo worden opgevat dat herbouw geen voorwaarde is als de middelen daartoe ontbreken. Deze klacht veronderstelt dat ’s Hofs oordeel is gebaseerd op uitleg van polisvoorwaarden. Zoals al vermeld onder 4.5 is dat ook m.i. één van de twee meest voor de hand liggen lezingen, waarbij ik de kanttekening plaats het iets waarschijnlijker te achten dat het Hof het oog heeft gehad op de hierna te bespreken derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.’