

Mr. D.A. Pronk*

Dekkingssystematiek; de primaire dekkingsoomschrijving nader gedefinieerd

Sinds het *Valschermzweeftoestel*-arrest is het begrip 'primaire dekkingsoomschrijving' niet meer weg te denken uit het verzekeringsrecht. In de literatuur wordt dat begrip doorgaans gedefinieerd als het geheel van de positieve omschrijving van de gedekte gevaren en de uitsluitingen. Is die definitie wel juist? De auteur beantwoordt die vraag in deze bijdrage naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad van 9 juni 2017 (ECLI:NL:HR:2017:1055) ontkennend.

1. INLEIDING

Sinds het *Valschermzweeftoestel*-arrest¹ is het begrip 'primaire dekkingsoomschrijving' niet meer weg te denken uit het verzekeringsrecht. In de literatuur wordt dat begrip doorgaans gedefinieerd als het geheel van de positieve omschrijving van de gedekte gevaren en de uitsluitingen, dus (i) de (positieve) omschrijving van de gedekte gevaren, (ii) de in de (positieve) omschrijving van de gedekte gevaren besloten liggende uitsluitingen, en (iii) de expliciete uitsluitingen/dekkingsbeperkingen.² Naar mijn oordeel is die definitie te ruim, omdat niet iedere uitsluiting een primair – dus op de eerste plaats komend – vereiste voor dekking verwoordt. Het arrest van de Hoge Raad van 9 juni 2017 (ECLI:NL:HR:2017:1055, hierna '*Ovencorrosie*-arrest') – de aanleiding voor dit artikel – lijkt dat te bevestigen.

2. HR 9 JUNI 2017: UITLEG PRIMAIRE DEKKINGSOMSCHRIJVING AAN DE HAND VAN UITSLUITING IS ONBEGRIJPELIJK

2.1. Uitgangspunten

Centraal in het *Ovencorrosie*-arrest staat de uitleg van de primaire omschrijving van de dekking onder een verzekeringsovereenkomst. De kwestie had betrekking op een vanwege een eigen gebrek geleidelijk ontstane beschadiging aan een inductieoven. De verzekeringnemer, een staalbedrijf, leed als gevolg van die beschadiging schade en wenste die van haar machine- en bedrijfsschadeverzekeraars (hierna: Delta Lloyd) vergoed te krijgen.

In artikel 2.1 van de verzekeringsvoorwaarden was de dekking aldus omschreven dat 'verzekerd wordt tegen iedere plotselinge en onvoorziene materiële beschadiging aan de verzekerde zaak ontstaan door onverschillig welke oorzaak, ongeacht of de beschadiging is veroorzaakt door

een eigen gebrek of (...)'. In artikel 3 van de polisvoorwaarden was een aantal uitsluitingen opgesomd. Artikel 3.9 verwoordde een uitsluiting voor onder meer corrosie of enig ander geleidelijk bederf 'veroorzaakt door of als natuurlijk gevolg van de gewone werking of het normale gebruik van de verzekerde zaak'.

Het staalbedrijf was van oordeel dat de schade die zij als gevolg van een en ander leed onder haar polis is gedekt. Delta Lloyd weigerde dekking. Als verweer voerde zij onder meer aan dat de schade het gevolg is van een geleidelijk proces, zodat naar haar oordeel niet kon worden gesproken van een plotselinge en onvoorziene optredende materiële beschadiging (artikel 2.1 van de verzekeringsvoorwaarden). Subsidiar beriep zij zich onder meer op de uitsluiting voor corrosie door of als natuurlijk gevolg van de gewone werking of het normale gebruik van de verzekerde zaak.

2.2. Het oordeel in feitelijke instanties

De rechtbank en het hof hebben voornoemde weren van Delta Lloyd verworpen. Het hof overwoog in dat verband in zijn tussenarrest als volgt (r.o. 3.14.4):

'Naar het oordeel van het hof dient de vraag wanneer sprake is van een "plotselinge en onvoorziene materiële beschadiging aan de verzekerde zaak ontstaan door onverschillig welke oorzaak" als bedoeld in artikel 2.1, mede te worden beantwoord aan de hand van de uitsluiting in artikel 3.9. Laatstgenoemde bepaling houdt onder meer in dat wanneer corrosie (of enig ander geleidelijk bederf) is veroorzaakt door de gewone werking of het normale gebruik van de verzekerde zaak, dekking (gedeeltelijk) is uitgesloten. Naar het oordeel van het hof brengen de bewoordingen van voormelde bepalingen met zich dat artikel 2.1 beoogt dekking te bieden voor het spiegelbeeld van deze (uitgesloten) situatie, namelijk het geval dat de schade door iets anders is veroorzaakt dan door de gewo-

* Mr. D.A. Pronk is advocaat bij Stadermann Luiten Advocaten.

1. HR 9 juni 2006, NJ 2006/326 (*Valschermzweeftoestel*).

2. Vgl. N. van Tiggele-van der Velde, 'De vrijheid van de verzekeraar tien jaar na het Valschermzweeftoestel-arrest', *Trema* 2016, afl. 5, p. 149-162 onder 2.1 en 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. 13. En zie ook J.H. Wansink, 'Kroniek polisrecht. Polisclausules: kernbeding of niet?', *AV&S* 2009/19, par. V.

ne werking of het normale gebruik van de verzekerde zaak. De bewoordingen “plotselinge en onvoorziene materiële beschadiging” moeten dan ook niet als een afzonderlijke voorwaarde voor dekking worden gezien, maar vooral tegengesteld aan geleidelijke schade vanwege de gewone werking of normaal gebruik.

Partijen zijn het erover eens dat de materiële beschadiging in het onderhavige geval bestaat uit corrosie en dat deze (primair) voortvloeit uit een (van meet af aan bestaande) ontwerpfout in de machines (...). Nu schade die voortvloeit uit een eigen gebrek van de verzekerde zaak volgens artikel 2.1 onder de dekking valt, is naar het oordeel van het hof in casu in ieder geval in zoverre aan de vereisten van dit artikel voldaan. Het enkele gegeven dat de corrosie (...) in het onderhavige geval kennelijk geleidelijk is ontstaan, staat naar het oordeel van het hof niet eraan in de weg dat het voorval voldoet aan de dekkingsomschrijving van artikel 2.1. Met plotseling is, naar hiervoor is overwogen, immers niet bedoeld ieder geleidelijk proces buiten de dekkingsomschrijving te brengen. Nu in het onderhavige geval sprake is van een door corrosie veroorzaakt eigen gebrek, sluit dat ook een beroep op corrosie als grond voor uitsluiting uit. Mocht artikel 2.1 de betekenis hebben die Delta Lloyd eraan toeschrijft, dan had het voor de hand gelegen corrosie in het geheel uit te sluiten en niet slechts wanneer het is veroorzaakt door of het natuurlijk gevolg is van de gewone werking of het normale gebruik van de verzekerde zaak (zoals wel geschiedt in artikel 3.9). Nu vaststaat dat de corrosie (primair) voortkomt uit de ontwerpfout in de inductieoven en niet (enkel) uit de gewone werking of het normaal gebruik, wordt het beroep door Delta Lloyd op uitsluiting van de dekking evenzeer verworpen.³

Kortom: het hof was van oordeel dat de bewoordingen ‘plotselinge en onvoorziene materiële beschadiging’ (artikel 2.1) tegen de achtergrond van de uitsluiting in artikel 3.9 niet als afzonderlijke voorwaarde voor dekking moeten worden gezien, maar als spiegelbeeld van de in artikel 3.9 van dekking uitgesloten geleidelijke schade vanwege de gewone werking of normaal gebruik. Nu de beschadiging bestond uit corrosie, die (primair) voortvloeide uit een eigen gebrek (ontwerpfout) en dus niet (enkel) uit de gewone werking of normaal gebruik van de verzekerde zaak, had volgens het hof niet alleen te gelden dat de aanspraak in zoverre binnen de positieve dekkingsomschrijving valt, maar ook dat het beroep op de uitsluiting faalt.

2.3. Het oordeel in cassatie

De Hoge Raad casseerde (in het principaal beroep³). Hij overwoog daartoe als volgt:

‘3.3.1 Onderdeel 2 is gericht tegen de wijze waarop het hof art. 2.1 van de verzekeringsvoorwaarden heeft uitgelegd als spiegelbeeld van art. 3.9 van die voorwaarden. De onderdelen 2.1, 2.2, en 2.5 voeren aan dat het hof daarmee het belang van de dekkingsomschrijving heeft miskend. Onderdeel 2.3 voegt daaraan toe dat het hof met zijn oordeel aan de bewoordingen “plotselinge en

onvoorziene materiële beschadiging” in art. 2.1 van de verzekeringsvoorwaarden zonder deugdelijke grond hun zelfstandige betekenis ontnemt, dit in strijd met de duidelijke bewoordingen en strekking van art. 2.1 en art. 3.9 van de verzekeringsvoorwaarden alsmede de plaatsing van deze bepalingen ten opzichte van elkaar.

3.3.2 Deze klachten zijn gegrond. Art. 2.1 verzekeringsvoorwaarden, dat bepaalt dat verzekerd is “iedere plotselinge en onvoorziene materiële beschadiging aan de verzekerde zaak”, behelst de (primaire) omschrijving van de dekking. Het oordeel van het hof dat de bewoordingen “plotselinge en onvoorziene materiële beschadiging” niet als een afzonderlijke voorwaarde voor dekking moeten worden gezien, is dan ook niet zonder meer begrijpelijk. Dat oordeel kan niet worden gedragen door art. 3.9 van de verzekeringsvoorwaarden, dat van dekking uitsluit corrosie die is veroorzaakt door de gewone werking of het normale gebruik van de verzekerde zaak. Daaruit volgt nog niet dat corrosie die een andere oorzaak heeft dan de in de uitsluiting genoemde, onder de (hiervoor weergegeven) omschrijving van de dekking van art. 2.1 valt en dat daarom geen afzonderlijke betekenis toekomt aan de bewoordingen “plotseling en onvoorzien”. Dat volgt evenmin uit de door het hof in aanmerking genomen omstandigheid dat niet ervoor is gekozen corrosie in art. 3.9 geheel van dekking uit te sluiten.’

Het oordeel van de Hoge Raad komt er dus op neer dat de uit de primaire omschrijving van de dekking voortvloeiende voorwaarden als zelfstandige voorwaarden moeten worden gezien waaraan de in het geding zijnde uitsluiting niet afdoet.

3. HET KWALIFICEREN VAN POLIS-BEPALINGEN ALS PRIMAIRE DEKKINGOMSCHRIJVING EN DE CONSEQUENTIES DAARVAN

In de hiervoor beschreven zaak oordeelt de Hoge Raad contrair aan A-G Hartlief. Hartlief zette in zijn conclusie de leerstukken die bij de uitleg van verzekeringsovereenkomsten een rol (kunnen) spelen op overzichtelijke wijze uiteen om vervolgens aan de hand van die leerstukken te concluderen tot verwerping omdat hij de gedachtegang van het hof voldoende begrijpelijk achtte. De reden van de tegengestelde opvatting van de Hoge Raad is mijns inziens terug te voeren op de kwalificatie van de in het geding zijnde polisvoorwaarden. Ik zal dat toelichten.

3.1. De primaire dekkingsomschrijving en de uitsluiting

De Hoge Raad kwalificeert artikel 2.1, dat bepaalt dat verzekerd is ‘iedere plotselinge en onvoorziene materiële beschadiging aan de verzekerde zaak’, als (onderdeel van de) primaire omschrijving van de dekking. Tot die primaire omschrijving rekent hij niet ook artikel 3.9 van de polisvoorwaarden, dat van dekking uitsluit corrosie die is veroorzaakt door de gewone werking of het normale gebruik van de verzekerde zaak. In de literatuur (zie noot

3. Het incidenteel cassatieberoep (dat zich vergeefs richtte tegen de overweging dat tussen partijen vaststaat dat de schade in dit geval bestaat uit corrosie die geleidelijk is ontstaan) laat ik hier onbesproken, want gaat het bestek van deze bijdrage te buiten.

2) wordt weliswaar aangenomen dat de primaire dekkingsoomschrijving het geheel omvat van (al dan niet positief geformuleerde) omschrijvingen én (alle) uitsluitingen (zoals ook A-G Hartlief in zijn conclusie tot uitgangspunt nam⁴), maar de Hoge Raad lijkt – mijns inziens terecht; zie hierna – een andere opvatting te huldigen.⁵ Dat volgt uit de omstandigheid dat hij zijn overweging inleidt met de constatering dat artikel 2.1 de primaire omschrijving van de dekking inhoudt, om daaraan de gevolgtrekking⁶ te verbinden dat de bestanddelen daarvan als afzonderlijke (dus op zichzelf staande) voorwaarden voor dekking moeten worden gezien (het andersluidende oordeel van het hof is ‘niet zonder meer begrijpelijk’). De Hoge Raad beoordeelt de vereisten die uit artikel 2.1 voortvloeien daarmee in feite geïsoleerd van de uitsluiting in artikel 3.9 (hetgeen zou bevreemden als die uitsluiting tezamen met artikel 2.1 de op de eerste plaats komende omschrijving van de dekking zou vormen), om de uitsluiting eerst daarna aan de orde te stellen en te overwegen dat de inhoud daarvan aan de uit artikel 2.1 voortvloeiende zelfstandige eisen niet afdoet.

De Hoge Raad doet daarmee recht aan de in deze kwestie aan de orde zijnde – gebruikelijke – dekkingssystematiek, waarbij eerst de dekking wordt omschreven, en die omschreven dekking vervolgens nader wordt begrensd. Uit die systematiek volgt dat eerst moet worden getoetst aan de (al dan niet positief) omschreven dekking (fase 1), om vervolgens te toetsen aan eventuele andere uit de polisvoorwaarden blijvende beletselen of inperkingen, zoals (niet van de primaire omschrijving van de dekking deel uitmakende) uitsluitingsclausules en clausules houdende preventieve garanties⁷ (fase 2).⁸

Het hof maakte dat onderscheid in zijn arrest niet, waarschijnlijk geïnspireerd door de uit *Chubb/Dagenstaed*⁹ voortvloeiende regel dat het bij uitleg van (niet-uitonderhandelde) bepalingen in een verzekeringsovereenkomst met name aankomt op objectieve factoren gelezen in het licht van de polisvoorwaarden als geheel.¹⁰ Ook A-G Hartlief concludeerde in die zin.¹¹ Maar dat is wat mij betreft een verkeerde toepassing van die regel. Want uit het samenstel van polisvoorwaarden blijkt nu juist de dekkingssystematiek. En als die systematiek voor het gedekt zijn van een aanspraak in de eerste plaats (dus primair) vereist dat sprake is van een ‘plotselinge onvoorzienbare materiële beschadiging’, dan gaat het niet aan om die duidelijk gestelde grens te verleggen aan de hand van een bepaling die (i) eerst (in fase 2) actueel wordt als aan de primaire vereisten voor dekking is voldaan en (ii) naar haar aard een beperking beoogt (van wat in fase 1 is omschreven).

Met het voorgaande is niet gezegd dat iedere negatief (als uitsluiting) geformuleerde bepaling die ertoe strekt bepaalde risico’s buiten de dekking te houden, niet als primaire dekkingsoomschrijving kwalificeert. Het tegendeel volgt immers uit het in de inleiding al genoemde *Valschermzweeftoestel*-arrest, waarin de Hoge Raad het uitgangspunt formuleerde dat het de verzekeraar vrijstaat om in de polisvoorwaarden de grenzen te beschrijven waarin hij bereid is dekking te verlenen.¹² Hij formuleerde dat als volgt (r.o. 3.4.2):

‘Het onderdeel neemt terecht tot uitgangspunt dat waar een verzekeraar in de primaire omschrijving van de dekking bepaalde evenementen heeft uitgesloten [cursivering DAP], een beroep op de primaire dekkingsoomschrijving 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 dekkingsoomschrijving heeft de verzekeraar immers de grenzen omschreven waarbinnen hij bereid was dekking te verlenen, hetgeen hem vrijstond.’

Uit die passage (zie cursivering) volgt mijns inziens dat er twee soorten uitsluitingen zijn, namelijk (A) de uitsluiting die onderdeel vormt van de primaire omschrijving van de dekking, en (B) de uitsluiting die géén onderdeel vormt van de primaire omschrijving van de dekking. Dat eerste type (A) was aan de orde in het *Valschermzweeftoestel*-arrest, het tweede (B) in het hiervoor besproken *Ovencorrosie*-arrest van 9 juni 2017. Ik zal het onderscheid hierna toelichten en vervolgens stilstaan bij de consequenties van dat onderscheid.

Ad A) De uitsluiting als onderdeel van de primaire dekkingsoomschrijving

Onder voormeld eerste type valt de uitsluiting die impliciet of vanwege definiëringen in de positieve omschrijving van de dekking besloten ligt. Daarbij kan worden gedacht aan een polisvoorwaarde/omschrijving die door zijn enge formulering bepaalde belangen op voorhand uitsluit, zoals ‘verzekerd is schade die is veroorzaakt door X’, welke bepaling dus (impliciet) buiten de dekking houdt de schade die is veroorzaakt door iets anders dan X. Ook kan worden gedacht aan een bepaling als ‘gedekt is schade die niet bestaat uit (...)’, of ‘gedekt is schade als gevolg van (...)’, waarbij in de definiëring van het schadebegrip beperkingen worden aangebracht (bijvoorbeeld: ‘Onder schade wordt niet verstaan: een strafrechtelijke boete (...)’).

4. A-G Hartlief in punt 3.6 van zijn conclusie voor HR 9 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1055.

5. Zie voor een andere lezing: A.G.F. Ancery & M.A.M. Essed, ‘Primaire dekking en vervalbedingen’, *NTHR* 2017, afl. 5, p. 274.

6. De Hoge Raad overweegt: ‘dan ook’.

7. Clausules die bepalen dat de dekking vervalt als niet aan specifieke voorwaarden is voldaan.

8. Zie over het onderscheid tussen de primaire omschrijving van de dekking en vervalbedingen ook Ancery & Essed 2017.

9. HR 16 mei 2008, *NJ* 2008/284 (*Chubb/Dagenstaed*) en later ook HR 8 juli 2016, *RvdW* 2016/817 (*ABN/AIG c.s.*).

10. Vgl. hierover A-G Hartlief in punt 4.5 van zijn conclusie voor het arrest.

11. Zie de conclusie van A-G Hartlief, en dan met name punt 3.8 e.v. (omschrijving van de regel) en punt 4.5 (toepassing van de regel).

12. HR 9 juni 2006, *NJ* 2006/326, r.o. 3.4.2 (*Valschermzweeftoestel*).

Onder dat eerste type moet ook worden geschaard de negatieve (als uitsluiting geformuleerde) omschrijving van de dekking die bepaalde, de essentie van de verzekering rakende belangen categorisch buiten de dekking houdt. In het hiervóór al genoemde *Valschermzweeftoestel*-arrest is sprake van een dergelijke op het niveau van de primaire omschrijving van de dekking geformuleerde uitsluiting. Dat betrof namelijk een verzekering tegen de wettelijke aansprakelijkheid van (bij een bepaalde vereniging aangesloten) piloten, waarin onder meer de navolgende clause was overeengekomen:

‘Clause 904 – Niet verzekerd is:

(...)

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

Partijen zijn dus overeengekomen dat aansprakelijkheid voor schade als gevolg van het gebruik van een zogenaamd liersysteem, tenzij een vergunning is verleend, categorisch buiten de dekking valt. De Hoge Raad kwalificeerde die clause als primaire omschrijving van de dekking (r.o. 3.4.3):

‘Indien het hof (...) tot uitdrukking heeft gebracht dat, volgens zijn uitleg van de clauses, deze niet als primaire omschrijving van de dekking kunnen gelden, behoeft het oordeel van het hof nadere motivering. In dit verband ontbreekt met name een toereikende motivering ten aanzien van clause 904, aanhef en onder c, die inhoudt dat niet verzekerd is de aansprakelijkheid voor schade als gevolg van het gebruik van het zogenaamde liersysteem, welke formulering erop wijst dat het gaat om een primaire omschrijving van de dekking.’

Uit de omstandigheid dat de Hoge Raad zijn kwalificatie van voornoemde clause (als primaire omschrijving van de dekking) baseert op de formulering daarvan, kan (en mag) mijns inziens niet worden afgeleid dat iedere bepaling die de dekking aan de hand van een negatieve formulering begrenst de primaire omschrijving van de dekking behelst.¹³ Dat geldt alléén voor duidelijk (her)kenbare negatieve begrenzing(en) die de kern van de overeenkomst betreft (betreffen) en daarmee een essentie van de verzekering rakend belang categorisch buiten de dekking houdt. Dergelijke ‘uitsluitingen’¹⁴ zal de verzekeraar doorgaans opnemen en de verzekerde doorgaans (willen) aantreffen in het hoofdstuk of artikel waarin de dekking positief wordt omschreven.¹⁵ De opbouw van de polisvoorwaarden kan derhalve een aanknopingspunt bieden

om te bepalen of een uitsluiting onderdeel is van de primaire omschrijving van de dekking.

Ad B) De secundaire uitsluiting

Dat brengt mij bij het tweede soort uitsluiting, te weten de uitsluiting die eerst in beeld komt als de schade is verzekerd volgens de (positief dan wel negatief geformuleerde) primaire omschrijving van de dekking. Dergelijke (detail)uitsluitingen worden in verzekeringsvoorwaarden doorgaans gegroepeerd in een artikel of hoofdstuk dat ten opzichte van de hiervoor benoemde primaire omschrijving van de dekking een tweede (secundaire) plaats inneemt, en hebben met de preventiegarantie (zie noot 7) gemeen dat zij de uit de (primaire) omschrijving blijvende dekkingsbereidheid van de verzekeraar nader inkleuren c.q. inperken.

In het verlengde van het voorgaande en anders dan in de literatuur doorgaans tot uitgangspunt wordt genomen (zie noot 2), meen ik dat deze (secundaire) uitsluiting dus niet als primaire omschrijving van de dekking moet worden beschouwd. Secundaire uitsluitingen beschrijven niet de kern van de verzekerde risico's of belangen, maar dienen ertoe daar nuance in aan te brengen door bepaalde situaties (die de toets aan de primaire omschrijving doorstaan) alsnog van dekking uit te sluiten. Voorbeelden van dergelijke uitsluitingen zijn bijvoorbeeld uitsluitingen ter zake van opzettelijk handelen, en de opzicht- en vervangingskostenclausule zoals men die kan aantreffen in AVB-polissen.

In het hiervóór besproken *Ovencorrosie*-arrest van 9 juni 2017 was sprake van een dergelijke – ten opzichte van de primaire omschrijving van de dekking – secundaire uitsluiting. Dat verklaart waarom de Hoge Raad vasthield aan de uit de positieve omschrijving van de dekking voortvloeiende primaire zelfstandige/afzonderlijke vereisten voor dekking (waaraan de secundaire uitsluiting dus niet afdeed, althans niet mocht worden gebruikt bij de uitleg van de primaire vereisten voor dekking).

3.2. De consequenties van de kwalificatie van de polisvoorwaarde

Het onderscheid tussen (bepalingen houdende) de primaire dekkingsomschrijving en de secundaire uitsluiting is mijns inziens om meerdere redenen van belang.

Allereerst omdat een beroep van een verzekeraar op een primaire omschrijving van de dekking niet kan worden afgeweerd met de stelling dat dat beroep 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

13. Dat zou ook niet stroken met r.o. 3.4.2, waaruit kan worden afgeleid dat er (ook) volgens de Hoge Raad twee soorten uitsluitingen zijn (zie het hiervoor gemaakte onderscheid; A en B).

14. Men zou zich nog kunnen afvragen of het niet praktischer (want duidelijker) is om de kwalificatie ‘uitsluiting’ voor dit eerste type (de negatieve omschrijving van de dekking) achterwege te laten en te reserveren voor uitsluitingen die zien op risico's die de toets aan de primaire dekkingsomschrijving (in fase 1) doorstaan, maar die de verzekeraar toch van dekking wil uitsluiten (in fase 2). Juist nu aan die kwalificatie consequenties kleven (zie hierna).

15. De verzekeraar zal dergelijke omschrijvingen veelal positief (willen) formuleren, nu hem dat een zeker bewijscomfort geeft (vgl. Van Tiggelevan der Velde 2010, p. 6 en 7). Zie ook hierna.

geval niet voordoen.¹⁶ Kwalificeert de bepaling waarop de verzekeraar zich beroept echter als secundaire uitsluiting, dus als (detail)uitsluiting die eerst in beeld komt als aan de positief dan wel negatief geformuleerde dekkingsomschrijving is getoetst, dan lijkt dat argument – net als bij vervalbedingen (die eveneens een secundaire rol vervullen)¹⁷ – nog wél ten dienste te staan, althans wordt die mogelijkheid door de strekking van het *Valschermzweeftoestel*-arrest in elk geval nog niet doorkruist.

Daarnaast zal het verschil in kwalificatie ook doorwerken in uitlegkwesties. Dat toont het *Ovencorrosie*-arrest van 9 juni 2017 aan. Bovendien is inmiddels vaste lijn in de literatuur en jurisprudentie dat uitsluitingen restrictief moeten worden uitgelegd.¹⁸ Ik meen dat die restrictieve uitleg minder voor de hand ligt als sprake is van een als uitsluiting geformuleerde primaire omschrijving van de dekking. Dat strookt mijns inziens met de vrijheid die de Hoge Raad de verzekeraar laat in het *Valschermzweeftoestel*-arrest waar hij tot uitdrukking brengt dat het de verzekeraar vrijstaat om bepaalde risico's categorisch buiten de dekking te houden.

En ten derde kan het onderscheid van belang zijn voor de (verdeling van de) bewijslast en het bewijsrisico. Op grond van artikel 150 Rv geldt als uitgangspunt dat de verzekerde de bewijslast en het bewijsrisico draagt van de stellingen die hij ten grondslag legt aan een beroep op de rechtsgevolgen van een insluitende c.q. positief geformuleerde bepaling ('Verzekerd is (...)'). De verzekeraar daarentegen draagt in beginsel de bewijslast en het bewijsrisico van de stellingen die hij ten grondslag legt aan een beroep op een negatief geformuleerde bepaling ('Niet gedekt is (...)') of 'Van dekking uitgesloten is (...)'.¹⁹ Daarbij is dus niet alleen de kwalificatie van de aan de orde zijnde bepaling relevant, maar vooral ook de formulering daarvan. De verzekeraar die bewijscomfort wil creëren kan dat (dus) proberen te bereiken door gewenste inperkingen van de dekking (impliciet) te vatten in een eng omschreven positieve omschrijving van de dekking.²⁰ Die verzekeraar zal zich dan echter wel bewust moeten zijn van het risico dat de verzekerde op een dergelijke 'verborgen' uitsluiting niet steeds bedacht is, hetgeen ertoe kan leiden dat de door een verzekeraar beoogde (impliciete) uitsluiting effect mist.²¹

4. CONCLUSIE EN AFRONDING

In de inleiding van dit artikel schreef ik dat de in de literatuur wel gehanteerde definitie van het begrip 'primaire dekkingsomschrijving' mijns inziens te ruim is. Ik zou dat begrip tegen de achtergrond van al het voorgaande willen definiëren als het geheel van de positieve omschrijving van de gedekte risico's en de *in* die omschrijving gemaakte uitzonderingen. Daaronder vallen dus (i) de (positieve) omschrijvingen van de gedekte risico's, (ii) de in die omschrijving van de gedekte risico's besloten liggende uitsluitingen, en (iii) de op het niveau van die omschrijving opgenomen expliciete uitsluitingen/beperkingen die (daarmee) invulling geven aan het wezen van de verzekeringsovereenkomst (door bepaalde belangen categorisch buiten de dekking te houden; zie hiervóór onder A). (Detail)uitsluitingen die een secundaire plaats innemen en daardoor aan die definitie niet voldoen (zie hiervóór onder B), maken naar mijn oordeel net zomin als garantieclausules deel uit van de primaire dekkingsomschrijving, en komen daarom eerst aan bod als aan die omschrijving is getoetst. Dergelijke uitsluitingen zijn secundair van aard, en die aard is – zo bevestigt het *Ovencorrosie*-arrest – voor uitlegkwesties niet zonder gevolgen.

16. Vgl. HR 9 juni 2006, *NJ* 2006/326 (*Valschermzweeftoestel*). Daarmee is niet gezegd dat een beroep door een verzekeraar op een primaire dekkingsomschrijving altijd geoorloofd is. Integendeel, vgl. HR 21 januari 2011, *NJ* 2011/176, r.o. 3.7. Pluymen heeft – op basis van een rechtspraakanalyse – in een eerdere *NTHR*-bijdrage een viertal groepen van gevallen onderscheiden waarin een primaire dekkingsbepaling op grond van artikel 6:248 lid 2 BW buiten toepassing kan blijven (M.H. Pluymen, 'Toetsing van primaire dekkingsbepalingen aan artikel 6:248 lid 2 BW: veiligheidsklep of toegangspoort?', *NTHR* 2013, afl. 4, p. 193-207). Hendrikse voegde daaraan naar aanleiding van Rb. Midden-Nederland 12 augustus 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:6488 nog een vijfde categorie toe (M.L. Hendrikse, 'Een nieuwe uitzondering op het uitgangspunt dat primaire dekkingsbepalingen in een verzekeringsovereenkomst niet aangetast kunnen worden?', *NTHR* 2015, afl. 6, p. 304-307).

17. Vgl. HR 20 oktober 2000, *NJ* 2001/120 (*Biçak/Aegon*).

18. M.L. Hendrikse, '25 jaar nieuw vermogensrecht: uitleg van overeenkomsten in het handelsrecht', *NTHR* 2017, afl. 3, p. 137. Hof Amsterdam 20 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5473. Hof Den Haag 4 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2811.

19. Vgl. Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012/328 e.v.

20. Vgl. Van Tiggele-van der Velde 2010, p. 7.

21. HR 14 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6014, *NJ* 2006/117 (*Sneewdruk*). Deze aan impliciete uitsluitingen inherente problematiek zou mijns inziens kunnen worden ondervangen door de uitsluiting ook expliciet te verwoorden als verduidelijking van het positief omschreven verzekerd belang (zonder daarmee afbreuk te doen aan de uit die positieve formulering volgende bewijslastverdeling). Vereenvoudigd weergegeven: 'Verzekerd is schade als gevolg van X. Dat betekent dat dus niet is verzekerd schade die het gevolg is van Y'.