



## *‘Wij dekken geen ondernemersrisico!’:* **DE VERVANGINGSKOSTEN- CLAUSULE IN VOGELVLUCHT**

De eerste keer dat ik een dekkingsdispuut had over een AVB-polis, las ik in de correspondentie ‘Een verzekeraar financiert geen slecht ondernemerschap. Er is sprake van een ondernemersrisico’. Daar valt weinig tegenin te brengen, was mijn eerste reactie. Maar de wereld achter de opmerking is weerbarstiger dan op het eerste gezicht lijkt. Het ondernemersrisico is namelijk niet ‘automatisch’ uitgesloten.

Wansink zegt over uitsluiting van het ondernemersrisico het volgende<sup>1</sup>:

*‘Hier openbaart zich een steeds weer terugkerend misverstand dat het begrip ondernemersrisico een zelfstandige juridische betekenis heeft waarop ter afwijzing van dekking een beroep kan worden gedaan. Dat is onjuist: het is niet meer dan een etiket waarmee de verzekeraar te kennen geeft dat zijns inziens een bepaald risico om verzekerings-technische redenen in beginsel voor rekening van de verzekerde dient te blijven. Of dat ook daadwerkelijk geldt in de contractuele verhouding tegenover zijn verzekerde, hangt af van de omschrijving van de dekking in de polis en de –juridische- uitleg daarvan. Anders gezegd, het begrip geeft slechts de verzekerings-technische achtergrond aan waartegen de uitsluiting van bepaalde risico’s in de polisvoorwaarden moet worden gezien.’*

Tot de standaarduitsluitingen in iedere AVB-polis behoort dan ook de zogenoemde vervangingskostenclausule (ook wel ‘herleveringsclausule’ genoemd). Een clausule, waarmee de verzekeraar beoogt in het kader van diensten- en productaansprakelijkheid het ondernemersrisico buiten de dekking te houden.

De ratio achter de vervangingskostenclausule is dat:

*‘van dekking wordt uitgesloten het aansprakelijkheidsrisico dat voortvloeit uit de schending van het zuivere contractsbelang van de wederpartij. Wie zich contractueel verplicht een zaak te leveren of een dienst te verrichten, moet zelf instaan voor een deugdelijke nakoming van die primaire contractuele verplichting. Presteert de verzekerde ondeugdelijk, dan dient de schade die de afnemer lijdt doordat hij niet krijgt waarop hij in het kader van de transactie recht heeft, voor rekening van de verzekerde te blijven. De ratio van de vervangingskostenclausule is dus dat verzekeraars niet instaan voor de kwaliteit van het geleverde product en dat uit dien hoofde dekking ontbreekt voor schade die haar oorzaak vindt in de ondeugdelijke overeengekomen prestatie.’<sup>2</sup>*

Voordat de vervangingskostenclausule in beeld komt, is er meestal sprake van zaakschade.

In het vervolg van dit artikel wordt voor de uitleg van de clausules uitgegaan van de clausules als opgenomen in de Nederlandse Beurspolis voor Aansprakelijkheid 2014 (NBA 2014).

## ZAAKSCHADE EN IN HET BIJZONDER 'BESCHADIGING'

In de Nederlandse Beurspolis Aansprakelijkheid is de definitie van zaakschade: 'Beschadiging, vernietiging of verlies van zaken van *derden* met inbegrip van de op geld waardeerbare gevolgen hiervan'.

Van beschadiging in de context van een AVB-verzekering is sprake bij een objectieve aantasting van de stoffelijke structuur van een zaak, die naar verkeersopvattingen haar stoffelijke gaafheid kenmerkt. De betreffende zaak moet, om te kunnen spreken van beschadiging, niet of minder voldoen aan de objectieve verwachtingen die een ieder ten minste daarvan zou mogen hebben. Niet voldoende is dat bepaalde subjectieve eisen of verwachtingen met betrekking tot de gebruikseigenschappen of de gebruikswaarde van een zaak zijn gefrustreerd (Hof Den Haag, 21 maart 2006, *NJF* 2006, 260). Daarbij moet de stoffelijke structuur van de zaak aanvankelijk gaaf zijn geweest. (HR 11 maart 2005, *ECLI:NL:HR:2005:AR6163*).

Een in het kader van de CAR-polis uitgewerkt voorbeeld van een niet-objectieve beschadiging wordt gegeven door Dorhout-Mees<sup>3</sup>.

*'Een houten deur wordt in strijd met het bestek rood geschilderd. Hier is sprake van een wijziging van de stoffelijke structuur: de verf hecht zich aan/in de deur en kan daarvan niet meer worden verwijderd zonder de deur te beschadigen. Er is echter geen sprake van beschadiging omdat het geen objectieve aantasting van de stoffelijke structuur betreft: alleen de direct bij de bouw betrokkenen zullen kunnen weten dat de deur de verkeerde kleur heeft; door anderen zal deze deur nog steeds als stoffelijk gaaf (een keurig geverfde deur) worden beschouwd.'*

Zoals aangegeven beoogt de verzekeraar met de vervangingskosten-

clausule het zogenoemde ondernemingsrisico buiten de dekking te houden.

Het gaat het bestek van dit artikel te buiten om de vervangingskosten van A tot Z te behandelen. Ik beperk mij tot de volgende afbakeningsvragen:

1. Wat wordt verstaan onder 'vervangingskosten'?
2. Wat is schade veroorzaakt door een zaak die is opgegaan in een andere zaak?
3. Wat is de reikwijdte van de vervangingskostenclausule ingeval sprake is van een levend product?

## WAT WORDT VERSTAAN ONDER 'VERVANGINGSKOSTEN'?

Wansink<sup>4</sup> omschrijft de vervangingskosten als: 'alle kosten, verbonden aan de inzet van de arbeid en het gebruik van materiaal en transportkostenmiddelen om de wederpartij alsnog de overeengekomen prestatie te verschaffen'.

Voordat bepaald kan worden welke kosten in een concreet geval

als vervangingskosten kwalificeren, is doorslaggevend welke prestatie op basis van de overeenkomst uitgevoerd

diende te worden.

Ter verduidelijking van deze stelling een voorbeeld dat vaak terugkeert in de literatuur: als een door een verzekerde, loodgieter

van beroep, in de muur gemetselde waterleidingpijp ondeugdelijk blijkt, blijven de kosten verbonden aan het uithakken van de muur om de oude pijp te verwijderen en het opnieuw inmettelen van een nieuwe pijp, voor rekening van de verzekerde als niet onder de AVB gedekte vervangingskosten. Indien de verzekerde zich alleen heeft verbonden tot levering maar niet tot montage van de pijp, zijn slechts de arbeids-, materiaal- en transportkosten gemoeid met die levering van dekking uitgesloten.

Krikke<sup>5</sup> vat het uitgangspunt helder samen:

*'Indien het herstellen van de materiële schade samenvalt met de (totale) primaire prestatie, is het herstellen dus uitgesloten onder de vervangingskostenclausule. Voor zover het herstellen niet samenvalt met de primaire prestatie, zijn de kosten hiervan wél gedekt onder de verzekering.'*

Ter illustratie wijst Krikke op een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam<sup>6</sup>. Eiseres – Verpa Senco – heeft spijkers geleverd aan haar Zweedse distributeur Aerfast, die op haar beurt deze spijkers weer heeft doorgeleverd aan Skanska. De spijkers zijn gebruikt voor een bouwproject in Zweden, maar bleken ondeugdelijk te zijn. Als gevolg van het roesten van de spijkers moesten namelijk diverse herstelwerkzaamheden aan de gevels van de gebouwde woningen worden verricht. Het herstel bestond voor het grootste deel uit het vervangen van de spijkers, inclusief de gevelbeplating en het opnieuw afwerken daarvan. Verpa Senco meent dat de schade waarvoor zij aansprakelijk is gesteld onder de dekking van deze polis valt. Verzekeraars doen een beroep op de vervangingskostenclausule.

De contractuele wederpartij van Verpa Senco was Aerfast. Om alsnog de met Aerfast overeengekomen prestatie te verschaffen, zal Verpa Senco nieuwe spijkers moeten leveren die wel voldoen aan de tussen hen overeengekomen corrosiebestendigheid. Aerfast moet op haar beurt de nieuwe spijkers aan Skanska leveren. De arbeids-, materiaal- en transportkosten gemoeid met die levering en doorlevering zijn op basis van de vervangingskos-

## Doorslaggevend bij kwalificatie als vervangingskosten: de prestatie die uitgevoerd moet worden op basis van de overeenkomst



tenclausule van dekking uitgesloten. Het uit de planken verwijderen van de spijkers en het inhameren van nieuwe spijkers kunnen niet als dergelijke vervangingskosten worden aangemerkt. De tussen Verpa Senco en Aerfast gesloten overeenkomst behelste immers niet de uitvoering van werkzaamheden tot bevestiging van de beplanking met de Weatherex-spijkers, maar alleen de levering van die spijkers. Voor de overeenkomst tussen Aerfast en Skanska geldt het zelfde. Dit betekent dat in de gegeven situatie, waarbij de verwijdering van de spijkers uit de door Skanska aangebrachte beplanking een dusdanige beschadiging aan de beplanking teweegbrengt dat die beplanking vervangen moet worden, de vervanging van die beplanking en het verven van de nieuw aan te brengen beplanking evenmin onder het bereik van de vervangingskostenclausule vallen.

#### **SCHADE VEROORZAAKT DOOR EEN ZAAK DIE IS OPGEGAAN IN EEN ANDERE ZAAK**

Aan de hand van de 'Fipronilzaak' (ECLI:NL:RBROT:2019:8392) wordt deze afbakingsvraag behandeld. De Rechtbank Rotterdam neemt in deze zaak als uitgangspunt dat als er bij de totstandkoming van eigeelpoeder naast eigeel besmet met fipronil geleverd door verzekerde ZEF, ook eieren zijn gebruikt van andere leveranciers die niet besmet zijn met fipronil, het eigeel uit deze schone eieren door vermenging haar stoffelijke zelfstandigheid heeft verloren en eveneens besmet is geraakt met fipronil. Het aanvankelijk eigeel is ooit gaaf geweest, maar is door de vermenging met het besmet eigeel beschadigd geraakt. Ten aanzien van de aanvankelijk schone bestanddelen is wel sprake van een beschadigde zaak van een derde en voor de daaruit (direct) voortvloeiende schade biedt de verzekeringsovereenkomst in beginsel dekking, aldus de rechtbank.

Een klein zijpaadje, maar niet minder interessant, is de overweging van de rechtbank dat zij expliciet stelt dat als uitsluitend 'fipronileieren' zijn gebruikt, er geen sprake is van beschadiging van het daaruit vervaardigde eigeelpoeder en de half- en eindfabricaten (hierna: eindproducten). De rechtbank

stelt dat deze eindproducten nooit gaaf zijn geweest. Zij hebben nooit minder fipronil bevat dan de wetgeving toestaat. Het is echter moeilijk voorstelbaar dat sprake is van beschadiging van vervaardigde eindproducten in de situatie dat niet uitsluitend 'fipronileieren', zijn gebruikt. Immers, in dat geval zijn de eindproducten ook nooit gaaf geweest. En als de eindproducten minder fipronil bevatten dan de wetgeving toestaat, is er populair gezegd weinig aan de hand. Het eindproduct is dan immers gaaf. Het zijn dan ook de schone bestanddelen die beschadigd zijn en niet het eindproduct.

De situatie dat een schone component wordt gecontamineerd met een reeds vervuilde component moet worden onderscheiden van de situatie dat twee aanvankelijk schone componenten worden samengevoegd en één van de componenten beschadigd raakt. De vraag zal dan moeten worden beantwoord of de aanvankelijk schone component zijn zelfstandigheid heeft verloren. Is het antwoord ja, dan is de gehele zaak waar de schone component in is opgegaan beschadigd en komt de vervangingskostenclausule niet

**Het is moeilijk voorstelbaar dat sprake is van beschadiging van vervaardigde eindproducten wanneer niet uitsluitend 'fipronileieren' zijn gebruikt**

in beeld. De vervangingskostenclausule komt wel in beeld als de aanvankelijk schone component niet zijn zelfstandigheid heeft verloren.

De Rechtbank Rotterdam<sup>7</sup> oordeelde over een dergelijke vraag in een zaak over delaminerende dakpanelen. In die zaak stond de vraag centraal of de kosten van het vervangen en herstellen van gebrekkige dakpanelen die tot daken waren verwerkt, uitgesloten waren van dekking onder de vervangingskostenclausule. De verzekerde beargumenteerde van niet, omdat volgens hem geen sprake was van schade aan dakpanelen, maar van schade aan het dak. Volgens de verzekerde waren de panelen in technische zin zodanig in het geheel van het dak geïntegreerd, dat zij daarmee feitelijk hun eigen herkenbare stoffelijke zelfstandigheid hadden verloren en dat met de aantasting van de panelen het dak als geheel moest worden geacht te zijn aangetast in zijn stoffelijke structuur. Omdat enkel de panelen, en dus niet het dak, waren geleverd door de verzekerde, kon de verzekeraar volgens de verzekerde geen beroep doen op de vervangingskostenclausule. De rechtbank meende dat inderdaad beoordeeld moest worden of de panelen hun stoffelijke zelfstandigheid hadden verloren. Als dat het geval zou zijn, dan zou de schade niet onder de



uitsluiting vallen. Bij deze beoordeling speelden volgens de rechtbank alle omstandigheden van het geval een rol. De rechtbank sprak over het blijven bestaan van de dakpanelen 'in verzekeringrechtelijke zin' en week hiermee expliciet af van een maatstaf aan de hand van een meer goederenrechtelijke beoordeling. Nu volgens de rechtbank de panelen, ook nadat deze waren aangebracht, nog afzonderlijk herkenbaar waren, en bovendien geen onderdeel vormden van de hoofdconstructie, meende de rechtbank dat de dakpanelen nog zelfstandig bestonden en de vervanging daarvan was uitgesloten onder de vervangingskostenclausule.

#### REIKWIJDTE VERVANGINGSKOSTENCLAUSULE INGEVAL SPRAKE IS VAN EEN LEVEND PRODUCT

Het Hof Den Haag heeft in 2016 geoordeeld over de reikwijdte van de vervangingskostenclausule ingeval sprake is van een levend product<sup>8</sup>. Mol Agrocom (de verzekerde) leverde eerstejaars plantuien aan telers. Tijdens de teelt bleken de (inmiddels tweedejaars) uien besmet met valse meeldauw. Deze telers stelden Mol Agrocom aansprakelijk voor hun schade. De AVB-verzekeraars van Mol Agrocom weigerden echter dekking en beriepen zich op de vervangingskostenclausule.



*“7. Het hof stelt voorop dat de vervangingskostenclausule, zijnde een uitsluitingsclausule, restrictief dient te worden uitgelegd. In dat licht is het hof van oordeel dat de tweedejaarsuien voor de toepassing van de vervangingskostenclausule redelijkerwijs niet gelijk kunnen worden gesteld met de door Mol Agrocom geleverde plantuitjes. De grootte van de uien, de geschiktheid voor menselijke consumptie en de waarde in het economisch verkeer zijn dermate afwijkend dat de tweedejaarsuien moeten worden aangemerkt als nieuwe producten. Anders dan Amlin c.s. betogen is een dergelijke uitleg in overeenstemming met de ratio van de vervangingskostenclausule, die inhoudt dat verzekeraars niet instaan voor de kwaliteit van het geleverde product en dat uit dien hoofde dekking ontbreekt voor schade die rechtstreeks haar oorzaak vindt in de ondeugdelijke overeengekomen prestatie. De schade waarvoor Mol Agrocom door haar afnemers is aangesproken en waarvan zij*

#### De vervangingskostenclausule komt wel in beeld als de aanvankelijk schone component niet zijn zelfstandigheid heeft verloren

*thans dekking onder haar AVB-polis vordert betreft voor het overgrote deel andere schade dan de kosten die gemoeid zijn met het alsnog leveren van deugdelijke plantuien (de “vervangingskosten”). De schade aan de tweedejaars uien kan redelijkerwijs niet worden aangemerkt als schade aan “zaken die door of onder verantwoordelijkheid van de verzekerde organisatie zijn geleverd”, als vermeld in artikel 3.6.1 van de polisvoorwaarden. Een ruimere uitleg van de vervangingskostenclausule, zoals Amlin c.s. verdedigen, welke uitleg erop neer zou komen dat de uitsluitingsclausule van toepassing is en blijft op het gehele traject van telen en vermeerderen, zou de omvang van de dekking van een AVB-polis in onevenredige mate beperken. Indien verzekeraars een dergelijke ruime uitleg beogen, dienen zij dit duidelijk en niet voor tweeërlei uitleg vatbaar in hun polisvoorwaarden te vermelden. Dat Mol*

*Agrocom bij de totstandkoming van de verzekeringsovereenkomst werd bijgestaan door een deskundig assurantiemakelaar maakt het voorgaande niet anders, nu het door Amlin c.s. voor de toepassing van de vervangingskostenclausule verdedigde één-op-één criterium niet uit de clausule blijkt en het hof bovendien van oordeel is dat dit criterium bij de toepassing op levende producten onvoldoende duidelijk is. Ook het feit dat Mol Agrocom in haar algemene voorwaarden een aansprakelijkheidsbeperking heeft opgenomen is naar het oordeel van het hof onvoldoende zwaarwegend voor een ander oordeel.’*

Interessant in dit kader is dat Mol Agrocom van mening is dat de tweedejaarsuien aan te merken zijn als nieuwe zaken en niet gelijk te stellen zijn aan de geleverde plantuien. Als sprake is van ‘nieuwe zaken’, dan vraag ik me af of deze ‘nieuwe zaken’ ooit gaaf zijn geweest. Deze ‘nieuwe zaken’ zijn immers altijd besmet geweest met meeldauw<sup>9</sup>. ●

#### CONCLUSIE

Met dit artikel heb ik in vogelvlucht willen laten zien dat de ‘vervangingskostenclausule’ een lastige clausule is. Achter de opmerking ‘wij financieren geen ondernemingsrisico’ gaat een hele wereld schuil.

Mr. P.J.P. (Flip) van Huizen  
De auteur is advocaat bij JPR Advocaten te Deventer.

#### VOETNOTEN

- 1 Prof. mr. J.H. Wansink, in *Verzekering ter beurze. Coassurantie in theorie en praktijk* (O&R, nr. 67), 2011/VXII.2.
- 2 ECLI:NL:GHDHA:2016:282, r.o. 11.
- 3 Mr. T.J. Dorhout-Mees, *De CAR-verzekering* (R&P, nr. VR7a), 2019/71.0.
- 4 Prof. mr. J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering*, 2006, p. 178.
- 5 Krikke in TAV, ‘De vervangingskostenclausule nader beschouwd’ 2017, p. 17 e.v.
- 6 Zie Rechtbank Rotterdam 31 augustus 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR7081 RAV 2011/111 (samenvatting vonnis overgenomen uit RAV).
- 7 Rechtbank Rotterdam 17 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5837. De beschrijving van de casus is een op een overgenomen uit het artikel van mr. Krikke.
- 8 ECLI:NL:GHDHA:2016:2811. Dit arrest is een vervolg op het eerdere arrest van het Hof Den Haag van 16 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:282.
- 9 Ik merk op dat ik de discussie bij de rechtbank niet ken. Mogelijk is die discussie daar gevoerd.